



UNIVERSIDAD DE OVIEDO
Programa de Doctorado en Derecho

**LA MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD
DE LA PERSONA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y LA
CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

TESIS DOCTORAL

Dirigida por el Dr. D.
Julio Carbajo González

M^a. Victoria Rodríguez Escudero

Oviedo, 2016



UNIVERSIDAD DE OVIEDO
Programa de Doctorado en Derecho

**LA MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD
DE LA PERSONA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y LA
CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

TESIS DOCTORAL

Dirigida por el Dr. D.
Julio Carbajo González

M^a. Victoria Rodríguez Escudero

Oviedo, 2016



"disability", and its study from the Civil law. The overarching aim of this research is to precisely analyse the true contribution of the CRPD to our legal system, including which actions are required to be implemented and particularly if the protection procedure is divergent from the principles and guarantees of the Convention. In turn, this will determine whether the civil law necessitates a change to better protect and defend all vulnerable people with a disability.

**SR. DIRECTOR DE DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO Y DE LA EMPRESA
SR. PRESIDENTE DE LA COMISIÓN ACADÉMICA DEL PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO**

Agradecimientos

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	9
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	15
1. Los destinatarios de la protección. El mandato constitucional.	25
2. Destinatarios de los distintos medios de protección: adultos vulnerables.....	40
3. La complejidad del concepto de “discapacidad”	43
4. Alcance del artículo 12 de la CDPD: visión general.....	49
4.1. Cambio de modelo, cambio de paradigma del artículo 12 de la CDPD	52
4.2. La dualidad capacidad jurídica – capacidad de obrar.....	59
4.2.1. ¿La incapacitación se adapta a la Convención?.....	66
5. La repercusión del artículo 12 de la Convención en el ámbito del Derecho Civil	79
5.1. Discapacidad y Derecho Civil.....	79
5.2. Resultados declarados en el ordenamiento español tras la Convención.....	96
5.2.1. Evolución de la legislación española a la espera de la reforma de su	
derecho interno: aumento de reconocimiento de derechos	96
6. Reconocimiento de derechos	100
6.1. Derecho de sufragio	100
6.2. Derecho a contraer matrimonio.....	109
6.3. El derecho a disponer de sus bienes <i>Mortis Causa</i>	115
7. Instrumentos de Protección: Los apoyos	120
7.1. Modelos en los que se fundamentan los apoyos	125
8. Los principios fundamentales en las medidas de protección de la persona	130
8.1. Consideraciones generales	130
8.2. Principios en que se inspiran las medidas de apoyo.....	136
8.3. Desarrollo de los principios esenciales en los futuros sistemas de apoyo..	140
8.3.1. Flexibilidad en la respuesta jurídica	140
8.3.2. Máxima preservación de la capacidad.....	142
8.3.3. Necesidad y subsidiariedad	146
8.3.4. Proporcionalidad	148
8.3.5. Preminencia de los intereses y del bienestar de la persona interesada o	
principio del interés superior de la persona	149
9. Bibliografía.....	161
9.1. Monografías	161
9.2. Capítulos de libro	167
9.3. Artículos de revista	179
9.4. Otros.	197
10. Fuentes documentales	201

10.1.	Legislación española	201
10.2.	Jurisprudencia	205
10.2.1.	Jurisprudencia internacional.....	205
10.2.2.	Jurisprudencia nacional	206
10.3.	Otros	211
CAPÍTULO II. OBJETIVOS		215
1.	Objetivos generales y específicos	215
2.	Estructura.....	217
3.	Informe sobre el factor de impacto de las publicaciones	218
CAPÍTULO III. DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....		219
CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES		225
CAPÍTULO V. COMPENDIO DE PUBLICACIONES.....		231
1.	“La incapacitación y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida”, en: <i>La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad / coord.</i> , por José Pérez de Vargas Muñoz, Montserrat Pereña Vicente, vol. 2, ed. LA LEY, Madrid, 2011, pp. 373-392.	231
1.1.	Introducción.....	231
1.2.	El incapaz, titular de derechos fundamentales	237
1.3.	La incapacitación es una forma de protección	240
1.4.	La incapacitación no es una medida discriminatoria.....	245
1.5.	Ley 25/2010, de 20 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia	248
2.	“La legitimación de los tutores para ejercer la acción de separación y divorcio”, <i>Diario La Ley</i> , nº 8117, 2013, pp. 8- 18.	251
2.1.	Consideraciones generales	251
2.2.	El principio de igualdad, el derecho a la tutela judicial efectiva, garantías indiscutibles en el interés tutelado	253
2.3.	El ejercicio de la acción de separación y/o divorcio: Recurso extraordinario en la defensa del beneficio del incapacitado	260
2.3.1.	La autorización judicial al tutor para su ejercicio y la intervención del Ministerio Fiscal	262
2.4.	La compleja dicotomía y actos personalísimos y no personalísimos	264
2.4.1.	Otras alternativas en el ejercicio de acciones personalísimas por el tutor	274
3.	“El porvenir de la curatela en el derecho español”, en: <i>Historia Iuris: Estudios dedicados al Profesor Santos M. Coronas González</i> , vol. I y II, ed. KRK, Universidad de Oviedo, 2014, pp. 1449-1469.	279

3.1.	Consideraciones generales	279
3.2.	Derecho romano	281
3.3.	Del Derecho romano a las Partidas	281
3.4.	La curatela en la codificación española: Los proyectos de 1821 y el proyecto de 1851.....	283
3.5.	El Código Civil de 1889	285
3.6.	La curatela en la Ley de 24 de octubre de 1983	287
3.7.	La curatela y su variada esfera de actuación	290
3.8.	Asistencia y complemento en interés de la persona	294
3.9.	La curatela y Convención de la ONU de protección de las personas con discapacidad.....	303
3.10.	La curatela en el Código Civil de Cataluña	309
3.11.	La legislación francesa de 5 de marzo de 2007.....	313
4.	“El reconocimiento de la dignidad en la protección de los derechos al honor y a la propia imagen de la persona con discapacidad”, <i>Revista Actualidad Civil</i> , Pendiente de publicación. Aceptada el 8 de marzo de 2016.	317
4.1.	Introducción	317
4.2.	Complejidad en la trayectoria del concepto de dignidad	328
4.3.	La dignidad en la Convención de Nueva York para la protección de los derechos con discapacidad	332
4.4.	La dignidad humana en la CE	339
4.4.1.	La dignidad de la persona, presupuesto y fundamento de los derechos de la personalidad	342
4.5.	Los derechos fundamentales: honor e imagen en las personas con discapacidad.....	349
4.5.1.	Consentimiento de los menores e incapacitados	349
4.5.2.	El consentimiento de los menores e incapaces en la LO/82 y en la LO/96	354
4.6.	Límites al consentimiento	364
4.6.1.	Interés del discapacitado	364
4.6.2.	La exigencia de una garantía adicional de los derechos	367
4.6.3.	Limitación por las libertades de expresión e información.....	368
4.6.4.	Ordenamiento en general	372

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AC	Actualidad Civil
ACM	Aranzadi Civil-Mercantil
AD	Anales del Derecho
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADH	Anuario de Derechos Humanos
ARAJL	Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
BMJ	Boletín del Ministerio de Justicia
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOPA	Boletín Oficial del Principado de Asturias
Cc	Código Civil
Cc. Cat.	Código Civil Catalán
CDF	Código de Familia
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDF	Cuadernos Digitales de Formación
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CE	Constitución Española

CERMI	Comité Español de Representantes de Minusválidos
CFc	Código de Familia de Cataluña
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CLE	Colección legislativa española
CNUDPD	Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
Cod. Civ.	Codice civile
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DJ	Documentación Jurídica
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DPC	Derecho Privado y Constitución
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGDPD	Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social
LH	Ley Hipotecaria
LJV	Ley de Jurisdicción voluntaria
LO	Ley Orgánica
LRc	Ley del Registro Civil

PF	Protocolo Facultativo
RAD	Revista Aranzadi Doctrinal
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RD	Real Decreto
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDUNED	Revista de Derecho UNED
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REDIS	Revista Española de Discapacidad
REEI	Revista Electrónica de Estudios Internacionales
RFDUC	Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense
REDUR	Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja
RGD	Revista General del Derecho
RGDE	Revista General de Derecho Europeo
RGLJ	Revista de General de Legislación y Jurisprudencia

RITSCS	Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RJEDJB	Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía
RJN	Revista jurídica del Notariado
RJPF	Revue juridique Personnes et Famille
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RMTAS	Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
RN	Reglamento Notarial
RPJ	Revista del Poder Judicial
RRC	Reglamento del Registro Civil
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TC	Tribunal Constitucional

TS

Tribunal Supremo

Capítulo I. Introducción

Esta tesis ha nacido por mi preferencia personal por los temas con dimensión humana importante y con repercusión práctica en la vida de las personas. Desde luego, todo lo que se refiere a los sistemas de protección de las personas me ha inquietado siempre, y en especial los de las personas con discapacidad.

El grupo de personas sobre el que se realiza esta investigación es el de las personas especialmente vulnerables y dentro de ellas, las personas con discapacidad, que por razones de edad, o de enfermedad, están debilitadas, y cuya protección ha quedado algo en la sombra en nuestro Derecho, frente a la posición de los menores, también vulnerables, en los últimos años. En nuestra sociedad, ha preocupado y preocupa mucho al legislador, a las familias, a civilistas, a los jueces, al mundo del Derecho y a la sociedad civil en general, la temática de los menores, cuyo contenido ha sido y es clave en el Derecho privado actual. En cambio, el legislador se ha preocupado mucho menos por otros colectivos en la búsqueda de ese bienestar. Es curioso que el Derecho de familia español no se dedique al estudio de personas mayores, discapacitadas, y otros colectivos con la intensidad que merece. La persona mayor, la persona discapacitada no se han tratado jurídicamente con el esfuerzo debido. Su consideración no ha sido tanto jurídica como social. Considero, pues, importante realizar este análisis, con el fin de proponer herramientas o mecanismos legales para conseguir que estas personas puedan contar con el máximo apoyo por parte de nuestro Ordenamiento jurídico. Y ello con más razón, aún, en un momento en que estas personas se están viendo, de hecho, ante esta falta de protección jurídica, en un estrato social inferior y de discriminación real.

Recientemente, como consecuencia de la publicación de estudios sobre población y envejecimiento, se aprecia una preocupación creciente en nuestro Ordenamiento por un estudio más integral de las personas en situación vulnerable. Esta preocupación se inicia a nivel mundial, en Textos internacionales, Declaraciones, Cartas¹, y más tímidamente en las Constituciones occidentales más recientes. Y ha desembocado en la actualidad en una pluralidad, muy abundante, de normas jurídicas que conllevan su adaptación a los Derechos internos. En ese marco es clave, sobre todo, el Convenio de la Haya sobre Protección Internacional de los Adultos del 2000, a mi juicio, el gran olvidado siempre que se habla de la capacidad de la persona, la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas discapacitadas, además de las Recomendaciones del Consejo de Europa y las Resoluciones del Parlamento europeo. La Convención de Nueva York ha revolucionado el marco legislativo vigente porque parte de la igualdad jurídica de todas las personas, que cuentan con la misma capacidad sean o no discapacitadas, y además obliga a cambiar los derechos internos de todos los Estados firmantes para asegurar la no discriminación y el goce todos los derechos fundamentales a todas las personas con cualquier discapacidad. Este texto será objeto de un profundo estudio, sobre todo

¹ *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea general de las Naciones Unidas; el *Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos* y el *Pacto internacional relativo a los derechos económicos, sociales y culturales* del 16 de diciembre de 1966; la *Declaración de los derechos del deficiente mental* proclamada el 20 de diciembre de 1971 por la Asamblea general de las Naciones Unidas; la *Declaración de los derechos de las personas discapacitadas*, proclamada el 9 de diciembre de 1975 por la Asamblea general; la *Resolución de la Asamblea general sobre la aplicación del Plan de acción internacional sobre el envejecimiento y actividades conexas del 16 de diciembre de 1991* y la *Resolución de la Asamblea general sobre la protección de las personas afectadas por una enfermedad mental y la mejora de los cuidados de la salud mental* del 17 de diciembre de 1991. RECOMENDACIÓN N° R (99) 4 (*) Del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados (Adoptada por el Comité de Ministros el 23 de febrero de 1999, en la 660 reunión de Delegados de los Ministros).

en su artículo 12², que incorpora nuevas alternativas, principios en que han de fundamentarse los sistemas de protección y apoyos –más de acuerdo con la filosofía de la propia Convención- a las personas sin que sea necesario restringir su capacidad de obrar.

“Nuestra responsabilidad frente a nuestros descendientes no consiste en seguir siendo eternamente jóvenes, ni en negar nuestro envejecimiento, ni en quitarnos de en medio, hacernos invisibles o escondernos. Nuestra tarea consiste en reformar el calendario de nuestra vida social. Consiste en combatir la discriminación de la vejez cuando sea necesario y por medios políticamente correctos en principio. Y en lo que se refiere a modelos e imágenes propias consiste en sentar un antecedente y dar ejemplo a las generaciones venideras de cómo vivir la vejez”³.

² Artículo 12. *Igual reconocimiento como persona ante la Ley*: “1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

³ SCHIRRMACHER, F., *El complot de Matusalén*, ed. Taurus, Madrid, 2004, p. 224.

Esta afirmación podría ser considerada válida, no solo en los supuestos de envejecimiento, sino en todas aquellas situaciones especiales en las que las personas puedan sentirse discriminadas por razón de la edad o de una discapacidad física o psíquica grave, o cualquier situación de dependencia que las haga vulnerables respecto del resto de la población.

La Tesis presentada como compendio de publicaciones, comprende los siguientes trabajos publicados: 1) "La incapacitación y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida". 2) "La legitimación de los tutores para ejercer la acción de separación y divorcio". 3) "El reconocimiento de la dignidad en la protección de los derechos al honor y a la propia imagen de la persona con discapacidad". 4) "El porvenir de la curatela en el derecho español".

Sirva esta introducción no solo como nexo de unión de las publicaciones, sino también de justificación de la evolución en materia de capacidad que se ha seguido en España, no solo a partir de la Convención de Nueva York, sino que ha sido una continuidad de logros que dieron comienzo con la reforma de 1983. Los avances no han sido solo modificaciones puntuales de distintas leyes, sino que se han dado en otros ámbitos, entre ellos, los que se han producido en las resoluciones de los Tribunales porque, en mi opinión, son los que mayor interés suscitan y suponen un reconocimiento al alto nivel jurídico de nuestros jueces.

Es necesario, por ello, detenerse en el estudio del art 12 de la Convención (en adelante), por las diferentes cuestiones que ha suscitado, unas de mayor calado que otras. A la vez quiero poner de manifiesto que

la Convención, como tratado que es, pretende que sus reivindicaciones obliguen a todos ciudadanos y Estados que las hayan incorporado a su derecho interno. Entiendo que una buena parte de todas ellas están recogidas con mayor o menor fortuna en el Derecho Español y, admito que son susceptibles de ser mejoradas. La consecuencia es que no todo comienza con la Convención y no es necesario ponerse a elaborar *ex novo* las normas sobre capacidad, como se ha pretendido en algún momento. Esta reflexión me produjo la necesidad de averiguar que aportaba la Convención a nuestro Derecho y en que se debería reformar la legislación española con su entrada en vigor, en particular la controversia que originaba la cuestión de la incapacitación como mecanismo restrictivo de la capacidad de obrar⁴, hoy más aceptada gracias a la verdadera interpretación que han hecho de ella los Tribunales. Después de un largo periodo de estudio, de conocer las distintas opiniones de expertos en la materia y la abundante doctrina que se ha elaborado sobre el particular, quisiera hacer unas precisiones que de justicia me parecen necesarias para reconocer que, con independencia de las reformas para mejorar desde todas las perspectivas la situación de la persona que no está protegida suficientemente, existen medios adecuados que puedan remediarlo ya en la actualidad, y sobre todo ver dónde tienen que surgir mayores reformas de futuro. Sin pretender la defensa a ultranza del actual sistema, las modificaciones pertinentes no pasan por tirar por la borda lo realizado hasta el momento. Creo firmemente que una parte del problema es la de no haber aprovechado todas las posibilidades que la Ley vigente ofrecía, sin querer afirmar con ello que así se solucionarán todos los problemas.

⁴ Véase RODRIGUEZ ESCUDERO, V., “La incapacitación y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida”, en: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* / coord., por José Pérez de Vargas Muñoz, Montserrat Pereña Vicente, vol. 2, ed. LA LEY, Madrid, 2011, pp. 373-392.

Me he permitido en el análisis previo que debo realizar del art. 12 de la Convención hacer referencia a la situación legislativa en materia de capacidad, a sus destinatarios para entender mejor la situación, a la complejidad del propio término, “discapacidad”, y a su estudio desde el Derecho civil. La interpretación del mencionado artículo la realizo íntegramente en todos sus puntos, sin hacerla separadamente de cada uno de sus párrafos; ello no obsta a que me refiera algún apartado en particular.

Existió un cierto caos en el panorama jurídico español en materia de capacidad, cuyo núcleo principal estaba formado, por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de Tutela, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria (ésta introdujo un nuevo concepto en nuestro ordenamiento jurídico, el de “discapacitado”, extraño totalmente a la terminología del Derecho Civil que tan solo distingue entre personas capaces e incapaces, y entre personas incapacitadas o no incapacitadas⁵), o la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, enmarcada más en el ámbito de la protección social que jurídica. Todo ello ha propiciado un goteo legislativo que en numerosas ocasiones ha creado confusión, sobre todo respecto de quiénes son los destinatarios de las normas y, en otras, ha faltado cierta coherencia como consecuencia de legislar fragmentariamente.

⁵ AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces, en previsión de su futura pérdida de capacidad, en: *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, ed. Colegio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios, Madrid 2006, p. 86.

El legislador no solo introducía una situación nueva a proteger, sino que estaba dando los primeros pasos hacia una deseada modificación de la tutela y de la Ley 13/1983, conforme con las reformas que poco a poco han ido produciéndose en la mayor parte de los países de nuestro entorno, superando la rigidez que provoca el binomio capacidad e incapacidad, mostrando su interés por otras situaciones necesitadas de protección y no exclusivamente por aquellas que propician la incapacitación judicial de la personas cuando concurren los requisitos del art 200 del Código Civil.

Por una parte, la Ley de 18 de noviembre de 2003 ha creado la figura del patrimonio protegido que se configura como un patrimonio separado, carente de personalidad jurídica, cuyo titular sólo puede ser una persona con un determinado grado de discapacidad, y cuyo administrador puede ser el mismo titular o una persona diferente si el primero no tiene suficiente capacidad⁶ y por otra, esta ley tiene presente como modelo constante la protección de la situación del menor discapacitado, y sobre todo su cuidado cuando falten sus padres, llegando a parecer, en ocasiones, que la inclusión de mayores se hubiera hecho posteriormente⁷, creando así confusión en quiénes son los titulares y verdaderos destinatarios de la Ley (debido a que figuras que se regulan unas van dirigidas a los discapacitados exclusivamente y otras a discapacitados y mayores, incapacitados). A pesar de las importantes aportaciones de medidas de protección, la ley, resultó insuficiente en mostrar un verdadero sistema uniforme y cohesionado, más bien ha significado una oportunidad de llenar algunas lagunas existentes en el

⁶ PEREÑA VICENTE, M., “El nuevo papel de la autonomía de la voluntad en la protección de los incapacitados en el Código Civil español y francés”, *BMJ*, nº 2040, 2007, pp. 2647-2659.

⁷ AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., “La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces, en previsión de su futura pérdida de capacidad”, *op. cit.*, p. 81.

Derecho Civil sobre todo, pero al margen de una modificación más integradora, pendiente desde hace tiempo. Con ello no quiero empequeñecer las modificaciones que se puedan hacer; eso sí, hay que hacerlas siguiendo un modelo, un plan previamente trazado para que no den como resultado dudas sobre quiénes eran los sujetos implicados, como ocurrió con esta ley.

Precisamente esa confusión de términos, ha sido objeto de críticas PEREÑA VICENTE, se ha referido a la ligereza con la que el legislador español utiliza, en la mencionada ley, los términos incapacidad y discapacidad, así como la necesidad de que exista una terminología lo más uniforme y extendida posible en la que, aconseja la OMS, se evite el recurso a términos que puedan atentar a la dignidad de la persona⁸. Sin duda, esta ley se sitúa en una línea de preocupación político social sobre la solvencia de las instituciones públicas para hacer frente a las necesidades de los ciudadanos en situaciones de precariedad física y psíquica, o simplemente de edad postlaboral, cada vez más numerosos⁹.

Posteriormente, la ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, regula la figura del “dependiente”. El art 2 define la dependencia conforme a la Recomendación del Consejo de Europa⁷, como un concepto más integrador que el de capacidad e incapacidad, que incorpora a todas aquellas personas en situación de vulnerabilidad, adoptando un modelo más amplio que el que ha existido

⁸ PEREÑA VICENTE, M., “Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007”, *RCDI*, septiembre- octubre, nº 703, 2007, p. 2239. En mismo sentido las Conclusiones de la Fundación Aequitas, Foro Justicia Y Discapacidad.

⁹ HERBOSA MARTÍNEZ, I., “El patrimonio especial del discapacitado en la ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad”, *AC*, nº 16, Septiembre 2005, p. 2.

hasta el momento; ello no implica que no se distinga ni se tenga en cuenta cada uno de las situaciones especiales en que se pueda encontrar una persona. La dependencia se define como “El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física y mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”¹⁰.

Las reflexiones sobre el grado y alcance de la situación de dependencia -que son esencialmente funcionales-, conectan este concepto con una serie de contextos, entre los que destacan, en principio, la situación de las personas mayores, las derivadas de ciertas enfermedades, y la de las personas con discapacidad. Sin embargo, no debe olvidarse que las situaciones de dependencia constituyen también un riesgo universal, que puede afectar, en principio, a todas las personas, y presentarse en cualquier etapa de la vida¹¹.

¹⁰ Art. 2.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE 15 de diciembre de 2006).

¹¹ DE ASIS ROIG, R., PALACIOS, A., “Aproximación al concepto de dependencia”, en: *La Protección Internacional de las personas con discapacidad*, Universidad Carlos III de Madrid, 2007, p. 17. La Ley 39/2006 se configuró en su tramitación como una ley para atender a los mayores, después se extendió a los discapacitados, a los menores de tres años y a los enfermos. Consagra un cambio de sistema jurídico-económico en la atención de las situaciones de dependencia. Se configura un sistema de atención pública, universal, igualitario y participativo entre administraciones, superando los sistemas de atención privada, familiar o basado en subvenciones. Esta situación obedece a un cambio en el modelo de sociedad: el anterior, de protección familiar con obligaciones morales, plasmadas en la obligación de alimentos, hoy deja paso a un modelo basado en la atención a la dependencia por los poderes públicos, artículos 9.2 y 50 de la Constitución Española.

Con todo, no se debe considerar la normativa protectora del dependiente, desarticulada y dividida, pero como advierte RIVERA ÁLVAREZ¹² “nuestra normativa relativa a incapacidades y discapacidades suele plantear las situaciones demasiado estáticamente sin comprender que una serie de enfermedades o deficiencias se manifiestan no en un momento determinado con igual intensidad, sino de forma progresiva, pasando el sujeto por diferentes ciclos en la enfermedad en donde la pérdida funcional de determinadas facultades no incapacitantes va seguida de una gradual merma de facultades intelectivas o volitivas”. Fijar el momento exacto en que una persona deja de ser consciente para la realización de un acto jurídico válido genera situaciones dudosas, aun cuando desde el punto de vista médico en algunas enfermedades se ha conseguido conocer con bastante exactitud su evolución.

Se han sucedido numerosos textos internacionales y nacionales reconociendo no solo derechos, sino también revisando instituciones tradicionales del Derecho Civil en la protección jurídica de mayores, discapacitados, dependientes. A pesar de sus disparidades, parece posible entrever ciertos modelos en la legislación europea. El Consejo de Europa reconoce que existen tres tipos de sistemas en los derechos nacionales en lo que se refiere a la protección de los mayores incapacitados¹³, el Derecho Español ha seguido cronológicamente un

¹² RIVERA ÁLVAREZ, J., “La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, *RDP*, enero-febrero 2006, p. 88.

¹³ Primero, un modelo de tipo tradicional, en el que la respuesta jurídica clásica consiste en suprimir o restringir la capacidad jurídica y que, de ordinario, está asociado a un tutor que representa al incapacitado en casi todos sus aspectos. Encontramos, después, un modelo que podría ser calificado como el tipo tradicional modificado funcionalmente, en el que las necesidades sociales que se han advertido han sido satisfechas mediante añadidos al marco legislativo y el que se encuentra un abanico más amplio de medias disponibles y una mayor flexibilidad en la respuesta jurídica. Finalmente, un modelo que se podría calificar de sistema reformado en profundidad, en

sistema tradicional reformado, pero la Ley del 2003 y sobre todo la del 2006 nos lleva a pensar en la adopción futura del sistema reformado.

1. Los destinatarios de la protección. El mandato constitucional.

Quedan ya lejanas las diferencias que se hacían desde la doctrina entre las distintas situaciones de capacidad; a modo de ejemplo, capacidad plena, situaciones especiales o intermedias e incapacidad absoluta¹⁴. Determinar la capacidad de la persona ha generado siempre polémica a su alrededor, se ha vinculado a cuestiones de la edad, a la creación de nuevos estados civiles y a la discusión de categoría o condición jurídica en el caso de los mayores, entre otras.

Si en el sistema tradicional la disyuntiva es “capacidad/incapacidad” y la de proteger constituyendo nuevos estados civiles, GARCÍA CANTERO plantea la conveniencia- en una futura reforma de nuestro Código Civil- de configurar la posición jurídica de los ancianos como un verdadero status de la persona, merecedor de especial protección por el ordenamiento¹⁵.

el que se hace hincapié resueltamente y sin excepción en la protección y en la asistencia más que en la privación de la capacidad jurídica. Observaciones sobre la Recomendación según el informe del Sr. Clive. Recomendación nº R (99)4. Resolución de 2 de febrero de 1999 adoptada por el Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados. Consejo de Europa 1999, p. 44.

¹⁴ MUÑOZ DE DIOS, G., "El patrimonio del discapacitado", en: *La protección Jurídica de Discapacitados, Incapaces y Personas en situaciones especiales*. Seminario Organizado por el CGN en la UIMP, dirigido por R. MARTÍNEZ DIE, p. 60.

¹⁵ GARCÍA CANTERO, G., “Los ancianos ante el Derecho Civil”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 73, nº 5, 1976, p. 425. MARTINEZ MAROTO, A., Distingue Persona capaz, Persona Incapaz y Presunto Incapaz, en: *Incapacitación, tutela y personas dependientes*, vol. I, nº 212, 2003, p. 46.

En contra de que exista un estado civil, a modo tradicional, del colectivo de mayores, GETE- ALONSO y NAVAS NAVARRO ¹⁶, defienden la denominación de situaciones civiles emergentes, que se erigen en torno a la idea de una protección especial que acota condiciones personales con trascendencia jurídica:

- a) Las personas mayores son sujetos que actúan y participan de la vida de la sociedad. En realidad, se recuerda, cuando se alude a “tener una vida digna e independiente”, que son personas como los demás.
- b) La condición personal específica de persona mayor deriva en la necesidad de una protección que, aparte de la persona (como sujeto de derecho) se centra en el ámbito económico (garantía para procurar suficiencia económica de medios a los ciudadanos).

El impacto de los principios constitucionales en las situaciones de capacidad es fundamental. Si bien la protección de los derechos garantizados en la Constitución de 1978 es siempre una buena oportunidad para un estudio exhaustivo de los derechos fundamentales, no me referiré más que a aquellos que han influido en situaciones necesarias de protección, donde quizá haya habido más debate y menos unanimidad, obviando posturas doctrinales acerca de los derechos que se enmarcan en el Capítulo III de la Constitución. GARCÍA LLERENA afirma que los artículos 9.2, 10.1, 14, 17 y 49 CE ofrecen el marco general dentro del cual se debe estructurar cualquier limitación o

¹⁶ GETE-ALONSO Y CALERA, C.; NAVAS NAVARRO S., “La situación Jurídica de las personas mayores”, en: *Los Derechos de las personas Mayores. Perspectivas, jurídicas, políticas y filosóficas*. Instituto Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, 2007, p. 43.

restricción de la capacidad de obrar de las personas que se encuentran imposibilitadas de gobernarse por sí mismas a causa de un enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico¹⁷.

Por otra parte, los artículos 49 y 50 de la CE¹⁸, que se incluye en el Capítulo tercero del Título primero, *De los principios rectores de la política social y económica*, presentan una serie de normas, caracterizadas por afectar específicamente a determinados segmentos de la población, el constituyente ha pretendido, mediante estos preceptos singularizar a determinados colectivos de personas, conforme a una circunstancia ya personal, como es la edad o la discapacidad, ya social, como es el caso de la emigración, o bien ha tomado en cuenta al grupo familiar en lugar del individuo aisladamente considerado¹⁹.

Por ello hemos asistido a un cambio de mentalidad, que como han recordado BIEL PORTERO y REY ANEIROS, referido a la discapacidad ha derivado primero desde el paternalismo social, para en un segundo momento, analizar la fase intermedia y de transición que condujo hacia el reconocimiento de derechos de las personas con

¹⁷ GARCÍA LLERENA, V., *El Mayor Interés en la esfera personal del incapaz*, Fundación Paidea, Galicia, 2002, p. 47. La propia autora reconoce estas u otras disposiciones constitucionales como normas relevantes para el Derecho Civil tutelar.

¹⁸ Art 50CE “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Así mismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

¹⁹ AZNAR LOPEZ, M., “Las personas Mayores en la Constitución Española. Comentario al art. 50” en: *Gerontología y Derecho. Aspectos jurídicos y personas mayores*, ed. Panamericana, 2001, p. 6. El autor los cita, son la infancia y la familia (art. 39), los emigrantes (art. 42), la juventud (art. 48), las personas con discapacidad (art. 49) y las personas mayores (art. 50). En igual sentido GETE-ALONSO Y CALERA, C., “Condición civil de la persona y género”, *AC*, nº 11, Jun. 2008.

discapacidad y que vino a cuajar en el nuevo modelo comunitario que se fundamenta, sobre todo, en el principio de igualdad²⁰.

Las modificaciones legislativas más llamativas de las últimas décadas se han producido en torno a la situación y consideración jurídica de la persona. La intervención del legislador ha tomado como soporte principios fundamentales universales: La igualdad y la libertad, valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE, también art. 14 CE); la dignidad, los derechos inherentes inviolables de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, elementos que se erigen «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10 CE)²¹. Lo que antecede nos lleva a pensar que las garantías y principios constitucionales se aplicarán a las distintas situaciones en que se puede encontrar la persona, protegiéndola en todas las etapas de su vida, reforzando sus derechos cuando su autonomía, edad, circunstancias vayan limitando su calidad de vida. El campo protegible, es por lo tanto, más amplio y sin que importe en estos momentos la conveniencia de conceder una denominación a los destinatarios de estos derechos, que bien pudiera ser, la de “colectivos vulnerables”.

Comparto con MORETÓN SANZ que sea cual sea la noción técnica que, finalmente, el legislador escoja como clave de acceso a ciertas medidas tutelares, lo cierto es que se fundan todas en el hecho indubitable de que, en las sociedades occidentales, el paulatino envejecimiento de su población ha evidenciado este nuevo riesgo social o situación de necesidad que es la dependencia o, en síntesis, aquel

²⁰ BIEL PORTERO, I.; REY ANEIROS, A., “La Política Social de la Unión Europea como única vía para la protección de los derechos de las personas dependientes. ¿una Etapa superada?”, en: *Protección Internacional de las personas con discapacidad*, Universidad Carlos III de Madrid, 2007, p. 187.

²¹ GETE-ALONSO Y CALERA, C., “Condición civil de la persona y género”, *AC*, nº 11, Jun. 2008.

estado fundado en la pérdida o limitación de la autonomía personal que exige del concurso de un tercero para realizar ciertas actividades cotidianas, conviene retener que la esencia de cualquier calificación de la situación de dependencia, de discapacidad o incluso de incapacitación, no es otra que su tratamiento como meras situaciones adjetivas y que, sea cual sea la que corresponda, no ha de impedir que quien la padezca ostente idénticos derechos que cualquier otra persona²².

No quedaría más que recoger en el Derecho Civil el reto de la elaboración de una ley reformadora en materia de capacidad, de creación de nuevos mecanismos tutelares y de modificación de otros, que preserven la capacidad y los derechos de la persona. Si un gran número de países han sabido dar respuesta en sus textos normativos a situaciones producidas por el debilitamiento de la capacidad intelectual, edad, dependencia, discapacidad y otras situaciones, donde no es necesario acudir exclusivamente al mecanismo de la incapacitación judicial, el legislador español tiene que, acudiendo a Convenios internacionales que le obligan, y a otras legislaciones extranjeras que le inspiren, formalizar la normativa modificadora de la tutela. Sin embargo, a mi juicio esa reforma se está haciendo en la actualidad con la mejor interpretación de sus normas.

El Parlamento Europeo²³ considera necesarias medidas para reforzar la protección jurídica y los derechos no solo de los adultos

²² MORETÓN SANZ, M^a. F., “El nuevo sistema de Protección de la Persona con Autonomía limitada: De la Incapacitación Judicial a la Discapacidad y Dependencia”, en: *La Protección de las Personas Mayores*, /coord. por LASARTE ÁLVAREZ, C., ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 35.

²³ Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre de 2008, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección jurídica de los adultos: implicaciones transfronterizas, 24.11. 2008(2008/2123(INI), Informe de López- Istúriz Considera que deben tenerse en cuenta las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, y las disposiciones del Convenio de La Haya. Principios y objetivos de la propuesta: 1.

vulnerables por razones de edad, sino también de aquellos adultos que son vulnerables a causa de una discapacidad física o mental grave, y demanda “que se tengan en cuenta sus necesidades también cuando se adopten en el futuro medidas sociales para garantizarles esos derechos legales”. Para ello solicita a la Comisión Europea, que presente una propuesta legislativa al objeto de que estos sistemas de protección sean reconocidos en el caso de situaciones transfronterizas.

España no ha sido ajena en ningún momento a estos movimientos, y en la actualidad, a la espera por los más críticos con el sistema actual, de una modificación esencial en nuestro Ordenamiento, es importante el debate y la reflexión crítica. Ahí tiene el origen esta tesis. El objetivo principal de esta investigación es analizar con detenimiento y con una atención especial cuál es la aportación real de la CDPD a nuestro Ordenamiento Jurídico, qué medidas tendrían que implantarse y sobre todo si el procedimiento de protección, el de incapacitación, está tan alejado de los principios y garantías de la Convención y si hay que dar un vuelco total a nuestro Derecho Civil para proteger y defender a la persona con discapacidad, como pretenden algunos.

Una de las mejoras más solicitadas que deberían hacerse es la que respecta al sistema de apoyos, y dentro de estos a aquellos que puedan

Favorecer el reconocimiento y la ejecución de las decisiones judiciales o administrativas adoptadas respecto de personas que son objeto de medidas de protección. 2. Disposiciones con miras a contribuir al logro del objetivo consistente en la realización del espacio de justicia, libertad y seguridad, facilitando el reconocimiento y la ejecución de las decisiones por las que se dicta una medida de protección, la determinación de la normativa aplicable y la cooperación entre autoridades centrales. 3. Sería oportuno aplicar medidas específicas y apropiadas de cooperación entre Estados miembros que podrían basarse en los instrumentos del Convenio de La Haya. 4. Formularios comunitarios únicos para favorecer la información sobre las decisiones en materia de protección y la circulación, el reconocimiento y la ejecución de las mismas. 5. Elaboración de un formulario único a escala de la Unión Europea en el caso de las sentencias de incapacitación, con el fin de garantizar su efectividad en todos los Estados miembros.

servir para situaciones transitorias, que se correspondan con los inicios de la enfermedad, inexistentes en el sistema español y no sean motivo para incapacitar. Las tres figuras clave que existen en el Derecho comparado (en Francia, Alemania e Italia) para la protección de la persona vulnerable sin necesidad de que sea declarada incapaz, merecen atención para el estudio de esa mejora que planteo. Estas fórmulas son “Sauvegarde de justice”²⁴ francés, el “Betreuung”²⁵ alemán y la “Amministrazione di sostegno”²⁶ en Italia, y podrían ser el espejo donde mirarse el legislador español. No puedo adentrarme en el estudio de esas medidas de protección por razones obvias, ni en tratar en mi investigación todos los aspectos que podría conllevar la mejora de la persona con discapacidad. Ahí lo dejo apuntado. En un futuro, determinaré su viabilidad para su inclusión, o no, en el Derecho positivo español. Me propongo señalar el marco adecuado para que nuestra legislación interna española, siguiendo los principios y las garantías internacionales, especialmente de la Convención de Nueva York de 2006, esté en la primera línea o vanguardia de la protección y los derechos de las personas implicadas. El interés de la persona con discapacidad ha logrado su mejor interpretación al hacer quebrar la distinción entre actos personalísimos y no personalísimos, admitiendo

²⁴ *Loi n. 2007-308 du 5 mars 2007, Réforme de la protection juridique des majeurs*, Journal Officiel de la République Française, 7 mars 2007 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

²⁵ Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige, Betreuungsgesetz – BtG. (Ley para la reforma del derecho de tutela y curatela para mayores de edad – ley de asistencia – de 12 de septiembre de 1990, su entrada en vigor tuvo lugar en 1 de enero de 1992). “Bundesgesetzblatt”, teil 1990, y la Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts sowie weiterer Vorschriften, Betreuungsänderungsgesetz BtÄndG. (Ley para la modificación del derecho de asistencia así como otras disposiciones) de 25 de junio de 1998, que entró en vigor el 1 de enero de 1999.

²⁶ La Legge del 6 gennaio del 2004, introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all’istituzione dell’amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale*, n°14, 19 gennaio 2004.

que los tutores estén legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada²⁷.

La preocupación por los cambios normativos que está experimentando la persona en cuanto a su capacidad y protección puede ser considerado uno de los hechos más relevantes de los últimos tiempos y si se añade que esos cambios afectan sobre todo a la persona adulta, discapacitada y/ o vulnerable, se trata además de reparar la injusticia con que se han venido tratando hasta la fecha las distintas situaciones en que se pueden encontrar sus destinatarios. Si bien la CDPD ha sido el punto de inflexión para que se produjesen las modificaciones legislativas desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es cierto que anteriormente otros textos internacionales, Recomendaciones del Consejo de Europa etc., establecían poco a poco las bases para la mejora normativa²⁸.

La expectación del alcance de la reforma no solo afecta a razones de técnica legislativa, y a la necesidad de adecuar la legislación española a los principios rectores de la Convención. Existen otros motivos: nos encontramos ante una reforma que afecta a la persona, al ser humano, la razón de ser del Derecho. Superado con creces el plazo de la anunciada modificación previsto en la Ley de 25 de marzo de 2009 del Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, significó sin lugar a dudas un avance significativo en el largo camino de la pretendida reforma del régimen jurídico de las personas desprotegidas, aún cuando no se trataba de un verdadero texto articulado y sistematizado sobre la regulación de la

²⁷ RODRIGUEZ ESCUDERO, V., “La legitimación de los tutores para ejercer la acción de separación y divorcio (1)”, *Diario La Ley*, nº 8117, 2013.

²⁸ RODRIGUEZ ESCUDERO, V., “La incapacitación y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida”, *op. cit.*, pp. 373-392.

protección de las personas vulnerables. Se puede considerar el anuncio formal de la futura reforma en materia de incapacitación y organismos tutelares.

Son numerosos los borradores, propuestas ²⁹ elaborados principalmente por organismos cuya finalidad es la defensa y protección de personas discapacitadas, y opiniones doctrinales acerca de cómo debería ser la normativa sobre capacidad del siglo XXI. La cuestión más controvertida, cada vez menos, el mantenimiento o no de la incapacitación. Sería deseable- la regulación de algunos instrumentos protectores impulsados desde la autonomía de la voluntad. Por el momento se ha optado por modificaciones parciales y sustanciales y, no por una ley especial.

La Convención reconoce entre sus principios generales “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas” (art. 3.a). Las medidas derivadas de la autonomía de la voluntad son apoyos muy validos en cualquier sistema de derecho, pero no los únicos, tienen que coexistir con otra clase de medidas para cuando

²⁹ 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. Madrid, a 13 de junio de 2012. Disponible en: (www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-reforma-aequitas.htm). El Ministerio de Justicia llegó a elaborar un Borrador de Anteproyecto de ley de reforma del Código civil, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente, cuyas novedades fueron presentadas por el Secretario General Técnico del Ministerio en una Jornada de la Fundación Hurkoa en diciembre de 2010. Dicho borrador puede consultarse en: (www.bizkaia.net/Home2/Archivos/DPTO3/Temas/Adjuntos/21_Ponencia_Santiago_Hurtado.ppt). Procedimiento de modificación de la capacidad de obrar. Regulación de la tutela, curatela y otros preceptos del código civil, ley de enjuiciamiento civil y otros.- julio 2008- Foro de Justicia y Discapacidad.

la persona no haya hecho uso de ellos y no tenga capacidad ya para hacerlo. Comparto plenamente la opinión de ARCE Y FLOREZ-VALDES, pionero defensor de los instrumentos de protección derivados de la autonomía de la voluntad, de la autotutela y voluntades anticipadas antes de ser admitida en el Derecho español, donde la obligación del tutor aparte de velar por el tutelado, y al objeto de que pueda cumplirla de la forma más adecuada, podrá la persona capaz en vistas de su eventual incapacitación, formular los criterios que estime oportunos conforme a un hipotético manual de instrucciones y debe actuar movido por el interés de persona protegida³⁰. Sí quiero poner de relieve la admisión y necesidad de las medidas de protección derivadas del autogobierno de la persona en previsión de su incapacitación futura en nuestro ordenamiento, su regulación de forma minuciosa y que ofrezcan toda clase de garantías, de las que carece por lo menos en la actualidad en lo que respecta a los poderes preventivos. ECHEVARRÍA DE RADA, defiende la «autonomía de la voluntad» y «exigencia de forma», en concreto, de escritura pública, son términos que han de ir vinculados para garantizar la protección de la voluntad de las personas especialmente vulnerables³¹. Sin embargo las medidas derivadas de la autonomía de la voluntad, muy deseables en cualquier ordenamiento, no serían suficientes para la protección en todos los casos. “El autogobierno es la aptitud necesaria para obrar por uno mismo, para actuar libremente. Una acción libre presupone un conocimiento suficiente y un acto de la voluntad, de querer o desear algo. De ahí que si algunas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas limitan el autogobierno o lo excluyen, ya

³⁰ ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., “La incapacitación eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntades anticipadas”, en: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* / coord. por Antonio Cabanillas Sánchez, vol. 1, ed. Civitas, 2002, p. 215.

³¹ ECHEVARRÍA DE RADA, T., “Autonomía de la voluntad y exigencia de forma en determinados instrumentos de protección de personas especialmente vulnerables”, *ACM*, vol. 2, nº 7, 2013, p. 30.

sea porque impiden el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulan o merman la voluntad, constituirán causas de incapacitación. Pero lo serán en atención a este efecto de impedir en la realidad el autogobierno de una persona determinada. Y como la realidad ordinariamente es complicada, es preciso admitir que, en algún caso el estado mental de una persona admite distintos grados de discernimiento, y conforme a ellos la pérdida de autogobierno sea parcial o referida a algunas actividades vitales y no a otras”³². DIAGO DIAGO destaca la tendencia a la flexibilización de las estructuras tradicionales de protección de personas mayores, que se manifiesta en la no dependencia de las medidas de protección de la previa incapacitación y la penetración de la autonomía de la voluntad³³.

Soy consciente de la complejidad de la materia y sobre todo cuando se trata de compatibilizar capacidad y autonomía. CAMPUZANO TOMÉ, al profundizar sobre la capacidad para ejercitar el derecho a la autonomía personal a través de la prestación del consentimiento, exige diferenciar entre personas discapacitadas con facultades para tomar libremente decisiones sobre su persona, y personas discapacitadas que adolezcan de tales facultades. Las primeras serán asimiladas a los sujetos con plena capacidad de obrar y podrán ejercitar su derecho de autonomía personal prestando por sí mismos el consentimiento informado. Respecto al segundo grupo, habrá que diferenciar entre aquellos que hayan sido judicialmente incapacitados y los que no lo hayan sido. Para los primeros, las legislaciones arbitran sistemas de protección a través del consentimiento por representación, mientras que para los segundos, el actual estado de nuestra legislación, no se contemplan mecanismos adecuados ni garantías suficientes para

³² SSTS de 1 de julio de 2014 y 20 de mayo de 1994.

³³ DIAGO DIAGO, P., “Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado”, *Revista Geriatrianet*, vol. 3, nº 1, 2001, p. 4.

preservar adecuadamente su integridad e identidad personal³⁴. Participo plenamente de la dificultad en cuanto al tratamiento jurídico de éste último grupo, que es el que más problemas plantea, tal como expuse en la publicación aportada³⁵, y exigiría una regulación adecuada por parte del legislador.

Nuestro Ordenamiento Jurídico, sobre todo en el ámbito del derecho civil ha sido poco receptivo a introducir en la legislación nuevos mecanismos de protección –demandados más por la doctrina-, pese al movimiento iniciado hace tiempo en tal sentido en el Derecho Comparado y en el entorno de ciertas Organizaciones Internacionales, y que tiene en leyes recientes de otros países, entre ellas, la vigente Ley francesa de 5 de marzo de 2007, de Protección Jurídica de Mayores, la ley italiana de 2004, la ley alemana etc., modelos que pueden ayudarnos con la técnica adecuada, aún cuando los sistemas citados han tenido que corregir con bastante regularidad sus normas hasta dar con la fórmula que proteja mejor los intereses de la persona.

En España, Cataluña la ha sido la primera autonomía que ha sabido encontrar el equilibrio entre la incapacitación y los nuevos principios y cautelas establecidas en la Convención, a la vez que incorpora una gran variedad de instrumentos de protección que pretenden cubrir todo el abanico de situaciones en que pueden encontrarse las personas con discapacidad, dejando el procedimiento de

³⁴ CAMPUZANO TOMÉ, H., “El ejercicio del derecho de autonomía personal de las personas con discapacidad en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica”, en: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa* / coord. por Matilde Cuenca Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge Ortega Doménech, ed. Dykinson, Madrid, 2013, p.109.

³⁵ RODRIGUEZ ESCUDERO, V., “El reconocimiento de la dignidad en la protección de los derechos al honor y a la propia imagen de la persona con discapacidad”, *AC*, Pendiente de publicación. Aceptada el 8 de marzo de 2016.

incapacitación para situaciones extremas. Así, se reconoce en el Preámbulo de la ley³⁶, “La presente Ley mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación, pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de ésta, ateniéndose a la constatación que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promoverla. Esta diversidad de regímenes de protección sintoniza con el deber de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, con los principios de proporcionalidad y de adaptación a las circunstancias de las medidas de protección, tal y como preconiza la Convención sobre los derechos de la persona con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado Español”³⁷ y añadiría, y anteriormente, el Consejo de Europa³⁸.

La aprobación, ratificación de la Convención y el Protocolo Facultativo formó parte de nuestro ordenamiento jurídico interno³⁹ y de aplicación directa en España, para su plena eficacia, los Estados se comprometieron mediante a asegurar y promover el pleno ejercicio de los derechos que recoge el tratado, obligándose a realizar ajustes de

³⁶ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE de 21 de agosto de 2010).

³⁷ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, (BOE, 21 de agosto de 2010).

³⁸ RECOMENDACIÓN N° R (99) 4 (*) Del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados (Adoptada por el Comité de Ministros el 23 de febrero de 1999, en la 660 reunión de Delegados de los Ministros).

³⁹ Art. 96 CE y art. 1.5 CC. Como recuerda la STS 30 de septiembre de 2014, SAP a Coruña de 2 de abril de 2016, “la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y firmada por el Plenipotenciario de España el 30 de marzo de 2007, fue ratificada por la Jefatura del Estado Español el 23 de noviembre de 2007. (Ratificación publicada en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008). En consecuencia, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1.5 del Código Civil, las normas jurídicas contenidas en la Convención son de aplicación directa, y, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 10 de la Constitución Española, los principios de la Convención deben ser aplicados para resolver los casos referentes a los derechos fundamentales y a las libertades”.

diversas normas para hacerlos efectivos y a tomar todas las medidas pertinentes incluidas medidas legislativas, elaborando, modificando o derogando leyes, reglamentos, costumbres y prácticas que vulneren los principios y mandatos de la Convención.

El hecho de que aún no se haya producido la modificación legislativa respecto al procedimiento de la capacidad de obrar, y a pesar de las numerosas propuestas de diferentes colectivos implicados en la reforma y sobre todo con la aprobación de la Ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴⁰, no significa que no se hayan producido avances en las resoluciones judiciales, muchos de los cuales, ya estaban previstos en la Ley 13 /1983 de 24 de octubre, del Código Civil en materia de incapacidad y tutela, sin ser aplicados o en muy escasas ocasiones en la práctica judicial.

En este punto quisiera reivindicar al Convenio de la Haya sobre Protección Internacional de Adultos⁴¹ que supuso el definitivo empuje a

⁴⁰ Ley 26/2011, de 1 de agosto de 2011, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE 2/08/2011). Corrección de errores de 8 de octubre de 2011. Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (BOE de 17 de septiembre de 2011). Aprobada por el *BOCG-CD*, IX Legislatura, Serie A, núm. 103-1, de 17 de diciembre de 2010, corrección de errores *BOCG-CD*, IX Legislatura, Serie A, núm. 103-2, de 4 de enero de 2011.

⁴¹ Convenio de la Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de adultos. Como antecedentes el Convenio de 17 de julio de 1905 sobre incapacitación, del que España no formó parte y el Convenio sobre protección de menores de 19 de octubre de 1996, Este Convenio se aplica a las situaciones de carácter internacional cuya finalidad sea la protección de los adultos que, en razón de una alteración o insuficiencia de sus facultades personales, no estén en condiciones de velar por sus intereses, (art 1). El Convenio de la Haya del 2000, barajó toda una amplia terminología para definir a las personas objeto de protección: incapacitados, incapaces, mayores protegidos, adultos necesitados de protección, adultos que sufren una alteración de sus facultades, etc. Al finalizar se optó por incluir una definición amplia de personas que pudieran necesitar protección, relegando molestos moldes de cualquier denominación”. Durán Ayago, A., “Nuevos escenarios en la protección internacional

la protección de las personas, tal como se recoge en su artículo 1.1: “El presente Convenio se aplicará, en situaciones internacionales, a la protección de los adultos que, por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses”. En el preámbulo del texto se añade “afirmando que el interés del adulto y el respeto a su dignidad y a su voluntad deben ser consideraciones primordiales”. Sin poder profundizar en otras garantías que recoge el Convenio ⁴², el texto es de una importancia no suficientemente destacada, ni puesta en valor sobre todo en nuestro país, que lo firmó pero aún no ha sido ratificado, a pesar de las reiteradas peticiones que se han hecho al efecto. No acierto a comprender cuáles han sido las razones que han llevado a nuestras autoridades a prescindir de un texto en el que se concentra un verdadero cuerpo protector de las personas y cuyas ventajas son dignas de ser reconocidas, desde la sencillez con la que fija quién es el sujeto de protección, el adulto, hasta las medidas de protección y sobre todo una completísima regulación de la situación de la persona necesitada de protección cuando se desplaza a otro país, mostrando una perfecta armonización entre el Derecho interno e Internacional Privado. Merece destacar, entre las novedades, la de determinar el objeto del Convenio: La persona protegida. Así el art 2 dispone: “A efectos del presente Convenio, un adulto es una persona que haya alcanzado la edad de 18 años”.

de adultos”, en *Protección jurídica de los Mayores*, coord. Alonso Pérez M. y otros, ed. La Ley, Madrid, 2004, pp. 444-470.

⁴² El Convenio tiene por objeto además: *a)* determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar medidas de protección de la persona o de los bienes del adulto; *b)* determinar la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia; *c)* determinar la ley aplicable a la representación del adulto; *d)* asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados Contratantes; *e)* establecer entre las autoridades de los Estados Contratantes la cooperación necesaria para conseguir los objetivos del Convenio (art 1.2).

Las medidas de protección están contenidas en el art. 3: “Las medidas previstas el artículo 1 pueden referirse, en particular, a: a) la determinación de la incapacidad y el establecimiento de un régimen de protección; b) la colocación del adulto bajo la protección de una autoridad judicial o administrativa; c) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; d) la designación y funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del adulto, de representarlo o de asistirlo; e) la colocación del adulto en un centro u otro lugar en el que pueda prestársele protección; f) la administración, conservación o disposición de los bienes del adulto; g) la autorización de una intervención puntual para la protección de la persona o de los bienes del adulto”.

2. Destinatarios de los distintos medios de protección: adultos vulnerables

En los últimos tiempos y desde distintos puntos de vista, se ha dado un definitivo avance en la definición de los diferentes colectivos necesitados de protección. Se ha indagado si a todos ellos se les podrían aplicar o no las mismas reglas: piénsese en las situaciones tan diversas, de personas mayores, personas con discapacidad, incapacitados judicialmente, dependientes incapaces, apátridas, refugiados etc. Sin pretender analizar las características que existen entre los colectivos apuntados, sí es necesario poner de manifiesto determinadas causas que han desembocado en la situación actual en nuestro Derecho. De todas ellas, el concepto de “personas con discapacidad” ha sido el que ha exigido un mayor esfuerzo. Aun cuando poco a poco se va alcanzando un acuerdo y una precisa definición de quienes integran el colectivo,

pese a las discrepancias existentes entre algunas normativas⁴³, sí al menos existe un cierto consenso para poder aplicar a todos aquellos que lo necesitaban, los mecanismos e instituciones protectoras para la discapacidad. La sentencia de 29 de abril de 2009, refleja la variedad de situaciones en que se pueden encontrar este grupo de personas, expone las pautas de interpretación de las normas legales sobre la incapacitación y la tutela a la luz de la Constitución y de la Convención. La sentencia analiza los artículos 1, 3, y 12 de la Convención en relación con el artículo 49 de la Constitución Española, la Ley 13/1983 de reforma del Código Civil, la Ley 41/2003 de 18 de noviembre de patrimonio de las personas con discapacidad, y otras normas concordantes, y explica que "En los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York se producen diferentes problemas. Puede tratarse de personas dependientes, que sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada. Esta diferente situación ya fue prevista en la antigua sentencia de esta Sala de 5 marzo 1947 donde se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la incapacitación a la realidad social, lo cierto es que no sólo fue aplicándose el sistema, sino que finalmente se

⁴³ Véase: el art. 1 de la Convención de la ONU, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU) y la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria.

aceptó en la legislación civil posterior a la CE. De este modo puede afirmarse que la tradición interpretativa de esta Sala ha sido siempre favorable a las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad".⁴⁴

Todo esto ha llevado a algunos autores a aconsejar una sustitución del término por el de "Personas en situación de vulnerabilidad", y las describen como "aquellas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/ o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico"; además, la determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico⁴⁵.

Si bien esta denominación va tomando mayor auge, no significa que no se tengan en cuenta las peculiaridades y el trato diferente que tengan las personas que lo componen. En mi opinión simplemente se trata de reconocer que existen grupos de personas que no están protegidas o lo están de forma deficitaria con graves consecuencias en el reconocimiento de sus derechos fundamentales, pero en cada uno de ellos se requiere un trato único, aunque se puedan disponer de una serie de disposiciones comunes para todas ellas, en especial para su guarda y protección. Entre ellos, se encuentra, el de las "personas con discapacidad".

⁴⁴ SSTS de 29 de abril de 2009 y de 17 de julio de 2012.

⁴⁵ GARCÍA LORENTE., J., "La Convención y el Derecho de Defensa, De la implementación de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y su aplicación por los operadores jurídicos y sociales: especial referencia al artículo 12 Consejo del Poder Judicial", *CDF*, nº 31, 2010, abril 2010, p. 7.

3. La complejidad del concepto de “discapacidad”

En el Derecho español el concepto de “persona con discapacidad” se ha clarificado después de la promulgación del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁴⁶.

En su art. 4 se dispone: 1. “Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. 2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

No se puede ignorar la trayectoria que ha seguido la elaboración de la categoría. Por una parte, en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa

⁴⁶ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, (BOE 3 de diciembre de 2013).

Tributaria⁴⁷, que introdujo el término “discapacidad” como concepto legal distinto de la incapacidad judicial, se atribuyen facultades y la posibilidad de constituir derechos a favor de “discapaces” sin necesidad de que hayan sido declarados judicialmente como incapaces, dejando claro que incapacidad y discapacidad no son conceptos sinónimos y que las personas afectadas de discapacidad en los términos legales también requieren medidas de protección, sin necesidad de acudir a la modificación judicial de la capacidad de obrar⁴⁸. Por otra parte la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, además de proclamar el objetivo de garantizar el derecho constitucional de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, con propósito unificador establece que, a los efectos de dicha Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 %⁴⁹, lo que ha supuesto una cierta preocupación por parte

⁴⁷ Esta ley establece que tendrán la consideración de personas con discapacidad, si bien a los únicos efectos de dicha Ley: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento; b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. Sin embargo, el término discapacitado, se introdujo en la Ley 13/1982 de 7 de abril de Integración social de los minusválidos (LISMI), le siguieron ley 35/2006 de 28 de noviembre, sobre el Impuesto de la Renta de las personas Físicas, ley 51/2003 de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, RD 1414/2006 de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y por último la ley 39/2006 de 14 de diciembre de promoción de la autonomía persona y atención a las personas en situación de dependencia.

⁴⁸ MARTÍN PÉREZ, J. A., “Discapacidad y modificación de la capacidad de obrar: revisión del modelo de protección basado en la incapacitación”, en: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* / coord. por Francisco de Paula Blasco Gascó, vol. 2, ed. Tirant lo Blanch, 2011, p. 1470.

⁴⁹ En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 % los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de

del Grupo de Trabajo sobre la definición legal de “persona con discapacidad” que recoge la mencionada Ley, por ser el concepto del que partimos, obviamente, y por las implicaciones que tiene su modificación en todos los ámbitos.

Pues bien, el expresado concepto de “personas con discapacidad” no se corresponde exactamente con el de aquellas respecto de las que la legalidad actual atribuye al Fiscal funciones específicas de protección en el orden jurisdiccional civil. En este sentido se expresa la Exposición de Motivos de la referida Ley 41/2003, en la que los beneficiarios de este patrimonio pueden ser exclusivamente, las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía, y ello con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas. MUÑIZ ESPADA, con referencia a la citada ley dice que no hay una definición de discapacidad, se utilizan parámetros porcentuales, y por su parte la doctrina cuando define la discapacidad procede generalmente por comparación, distinguiéndola respecto de términos cercanos pero diferentes, así el Derecho aborda la cuestión desde un punto de vista técnico, teniendo en cuenta un baremo y estableciendo una distinción a través de unos porcentajes⁵⁰.

retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad (art. 1.2).pero la mencionada Ley no ampara ni se ocupa de un importante grupo de personas que aunque reglamentariamente no pueda encuadrarse dentro del 33% de minusvalía, se encuentran en situación real de discriminación por razón de su discapacidad, GANZENMÜLLER ROIG, C., “Antecedentes, gestación y contenido de la Convención”, *CDF*, nº 17, 2009, p. 20.

⁵⁰ MUÑIZ ESPADA, E., “Nuevas orientaciones en la Protección de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad”, en: *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, /coord., González Porras, J. M.,

La Convención considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo. La labor de refundición, regularizando, aclarando y armonizando las tres leyes citadas, (la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad), en la redacción dada por la disposición final quinta de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios⁵¹, resulta necesaria, dadas que han experimentado modificaciones en estos años, así como el sustancial cambio del marco normativo de los derechos de las personas con discapacidad. Esta tarea ha tenido como referente principal la CDPD, por ello, además de revisar los principios que informan la ley conforme a lo previsto en la Convención, en su estructura se dedica un título específico a determinados derechos de las personas con discapacidad. También se reconoce expresamente que el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones.

Desde los inicios del proceso de adaptación del Derecho Español, a la Convención ya se dejó ver la dificultad de la definición de “persona

Méndez González, Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles de España, Universidad de Murcia, 2004, pp. 3429-3450.

⁵¹ Disposición final quinta. Modificación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La Disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

con discapacidad” de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, por ser el concepto del que partimos, obviamente, y por las implicaciones que tiene su modificación en todos los ámbitos. El grupo de trabajo consideró que procede matizar su definición actual para ajustarla a la de la Convención, debiendo valorarse también si este concepto se extiende o no a efectos de todas las medidas de acción positiva que adopten los poderes públicos, y si comprende tanto a las personas con grado de discapacidad reconocido, como a los perceptores de pensiones de incapacidad, sin necesidad de acreditar ninguna otra circunstancia⁵². Se puede entender lo complicado que resultaron los inicios del proceso.

Con todo ello, me parece muy acertada las reflexiones de GARCIA GARNICA cuando afirma que se pasa de hablar de personas con discapacidad y con un enfoque más amplio de “personas en situación de dependencia”, sin que ni unas ni otras tengan necesariamente que tener limitada su capacidad de obrar, por otro, el concepto de incapacitación, aún presente en el Código Civil, viene siendo desplazado actualmente por el de limitación o modificación de la capacidad de obrar. Se pretende, con ello, utilizar un término más neutral, carente de la carga negativa que lleva implícita el término de “in-capaz” y sus derivados⁵³. Con anterioridad a la entrada en vigor de la

⁵² Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aprobado por el Consejo de Ministros, 30 de marzo de 2010, p. 9.

⁵³ GARCIA GARNICA, M. C., *De la Incapacitación. Comentarios al Código Civil*, ed. Tirant lo Blanc, 2013, p. 2044. Sin embargo la cuestión no es pacífica al decir que según el modelo social, persona con discapacidad, debería ser considerado toda aquella que tiene o se le atribuye por la sociedad una serie de deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, impiden su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones”, REY MARTÍNEZ, F. y otros, *Los derechos humanos en España: Un balance crítico*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 665.

Convención, VARGAS CABRERA no solo defendió el término discapacidad como derivado de las garantías del art 49 de la CE, al mantener que la incapacitación es un término inadecuado a los entendimientos constitucionales e internacionales y a la acción social sobre las personas que sufren estas limitaciones, conserva una carga peyorativa y de negación incompatible con los modernos planteamientos, considera conveniente la elaboración de un estatuto general sobre la discapacidad como sujeto protagonista de su proceso del incorporación al medio en que vive.⁵⁴

No obstante, hay que tener en cuenta que la nueva concepción y el nuevo paradigma de tratamiento de la discapacidad no pueden provenir únicamente de un cambio jurídico, pues necesitan el complemento de un cambio social, a través de la educación y la toma de conciencia de la situación de la discapacidad y la adopción de medidas de transformación (artículos 4 y 8)⁵⁵.

⁵⁴ VARGAS CABRERA, B., “Aspectos civiles y procesales de la discapacidad”, en: *La protección jurídica del discapacitado*, /coord. por SERRANO GARCÍA, I., ed. Tirant lo Blanch, 2003, p. 131.

⁵⁵ SEOANE RODRIGUEZ, J. A., ¿Qué es una persona con discapacidad?, *Ágora, Papeles de Filosofía*, vol. 30, nº 1, 2011, p. 157. “El Derecho es una herramienta de gran utilidad para producir cambios sociales. Sin embargo, en una temática como la que nos ocupa, debe apoyarse en otra de las grandes herramientas socializadoras: la educación. No es posible lograr el cambio de paradigma que expresa la Convención únicamente a través del Derecho. Es necesario que esa nueva filosofía posea una proyección social, para lo cual es absolutamente imprescindible incorporarla al ámbito educativo; educando a los niños en el modelo social de la discapacidad y desde el enfoque de los derechos humanos e impregnando estos contenidos y principios en la formación de los profesionales”. La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español, Informe elaborado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en el marco del Proyecto de investigación “El impacto que la incorporación y ratificación de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene en el Ordenamiento jurídico español” financiado por la Fundación ONCE, Diciembre de 2008.

4. Alcance del artículo 12 de la CDPD: visión general

Cuando se habla de derechos y, sobre todo, si afectan a un colectivo en especial, la cuestión que se plantea es casi siempre la misma, se trata de otorgarles una nueva generación de derechos humanos o es suficiente los mismos para toda persona, ante este dilema SANJOSE GIL sostiene, si en el caso concreto de las personas con discapacidad y a la luz de la Convención, si bien para dar efectividad a algunos derechos y situar en un plano de igualdad a todos los seres humanos es necesario que se articulen medidas de acción positiva. La Convención establece la necesidad de adoptar medidas específicas para conseguir dicho objetivo en las personas con discapacidad y termina implicando modulaciones concretas de dichos derechos e incluso, el derecho a disponer de dichas medidas especiales como nuevo derecho⁵⁶. En otras palabras, la Convención busca un equilibrio entre la postura de que lo único que hay que conseguir es la no discriminación y aquella otra que afirma la existencia de derechos específicos de las personas con discapacidad. Para la Convención, las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que las demás personas, no tienen derechos específicos⁵⁷. Pero

⁵⁶ SANJOSE GIL, A., “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *REEI*, nº 13, 2007, p. 16.

⁵⁷ En el mismo sentido, el Informe del Consejo de Europa, se constata que “La Convención se elaboró sobre la base del reconocimiento de que el marco de derechos humanos existentes había fracasado en su empeño de proteger los derechos humanos de las personas con discapacidad en pie de igualdad con los demás. Por lo tanto, el principio de igualdad constituye la base de toda la Convención. No se trata de crear derechos “independientes” o “especiales” para las personas con discapacidad, sino de incluir a estas personas en la dialéctica de los derechos humanos y en adaptar los derechos existentes para satisfacer sus necesidades”. Por lo tanto, el principio de igualdad constituye la base de toda la Convención. No se trata de crear derechos “independientes” o “especiales” para las personas con discapacidad, sino de incluir a estas personas en la dialéctica de los derechos humanos y en adaptar los derechos existentes para satisfacer sus necesidades. Si bien la Convención hace referencia fundamentalmente a la situación de las personas con discapacidad, también trata la temática general de los derechos humanos. Presenta un concepto plenamente

los Estados están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para conseguir una sociedad que sea auténticamente integradora, una sociedad que valore la diferencia y respete la dignidad y la igualdad de todos los seres humanos con independencia de sus diferencias y en la que todos lleguen a estar en un nivel de igualdad en el ejercicio de sus derechos humanos. Para ello, los Estados han de adoptar políticas activas que vayan eliminando las barreras existentes. Las personas con discapacidad son ciudadanas y ciudadanos que deben gozar en igualdad de condiciones de los mismos derechos que el resto de ciudadanos y ciudadanas. Así, en un primer momento, deberá ser suficiente con el reconocimiento de los mismos derechos, siendo para ello necesario hacer accesibles, diseñando de manera universal, ciertos bienes y servicios.

desarrollado de igualdad en términos de derechos humanos. Va más allá de la igualdad formal, y crea una concepción de igualdad que está estrechamente vinculada con la percepción de la discapacidad como una desventaja que se presenta cuando las personas con deficiencias se encuentran en un entorno inaccesible, y no como una característica imputable simplemente a la persona. NILSSON, A., Documento temático encomendados y publicados por el Comisario para los Derechos Humanos, preparado por A. Nilsson. *¿Quién debe decidir?, Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial*, Consejo de Europa. Estrasburgo, 20 de febrero de 2012. La Convención no crea derechos nuevos tan solo declara el derecho a gozar plenamente de los reconocidos a las demás personas, tan elementales como: • Conservar la capacidad de obrar de la persona, art.12, • Respeto de su autonomía y dignidad. art.3, • Derogación de prácticas que lleven a la discriminación. art.4, • Acceso a la justicia en igualdad de condiciones. art.13, • Derecho a elegir dónde y con quien vivir, art.19, • Igualdad de derecho a poseer y a controlar su economía. art.12, • Ofreciéndoles soportes de acuerdo con su personalidad anhelos y habilidades naturales. Todos ellos reconocidos como derechos Fundamentales de nuestra Carta Magna, pero que en razón del principio de igualdad hacían necesarias modificaciones en el derecho interno tendentes a cumplimentar el artículo 4 del Tratado y adaptar a nuestra legislación interna las directrices del mismo. Por ello la Ley 26/2011, de 2 de agosto de adaptación normativa a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, modificaba leyes sobre accesibilidad, no discriminación; MEMORIA FINAL. Observatorio sobre Salud, Autonomía, Competencia y Derechos Humanos OBSCAC Barcelona 2013. En el mismo sentido se manifestó, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general nº 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, se dice: “En el artículo 12 no se establecen derechos adicionales para las personas con discapacidad; simplemente se describen los elementos específicos que los Estados partes deben tener en cuenta para garantizar a las personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley, en igualdad de condiciones con las demás”.

Solo en un segundo momento, y siempre y cuando fuera necesario y de manera temporal, se procedería a reconocer derechos diferenciados, específicos, para las personas con discapacidad. El Estado Social de Derecho no puede olvidar que determinadas diferencias personales justifican la adopción de medidas normativas que traten de complementar la igualdad formal⁵⁸. Es decir, se tiene el derecho subjetivo a que se adopten esas medidas por el Estado, pero no como un derecho específico de las personas con discapacidad, sino como un derecho de todas las personas integrantes en la sociedad⁵⁹. En otros términos se puede argumentar, no obstante, que, para que les sea otorgada la relevancia que precisan, estos derechos necesitan una labor de interpretación, que les dé un sesgo distinto a aquel con el que han sido tratados hasta ahora; con medidas de implantación o protección distintas, ya que los intereses en juego, la libertad e igualdad del individuo, son, muchas veces, distintos al habitual de un mero disfrute de esos mismos derechos por personas que no pertenecen a un colectivo vulnerable y en permanente riesgo de exclusión social, por ejemplo, como es el de personas con discapacidad⁶⁰.

La especial trascendencia de Tratado internacional (CDPD), no radica en su contenido innovador, que no lo es, sino en que, a diferencia de otras Declaraciones de derechos y principios generales de la ONU (como, p. ej., la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental), inspiradoras de leyes y políticas de muchos países pero carentes de

⁵⁸ DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M. C., CUENCA GOMEZ, P., RAMIRO AVILÉS, M. A., “La situación de los derechos de las personas con discapacidad en España”, en: *Los derechos humanos en España: Un balance crítico*, ed. Tirant Lo Blanch, 2015, p. 663.

⁵⁹ SANJOSE GIL, A., “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁰ PINDADO GARCIA, F., *Hacia una única catalogación de los derechos fundamentales. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad como derechos fundamentales*, Fundación Derecho y Discapacidad, ed. Cínca, 2015.

fuerza normativa, la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un instrumento jurídico de carácter obligatorio. No estamos, pues, ante una mera declaración o recomendación, sino ante un pacto internacional de carácter obligatorio para aquellos países que lo ratifiquen⁶¹.

El contenido del art 12 de CDPD, se ha considerado como la manifestación más significativa del cambio de modelo que ha experimentado el tratamiento de la discapacidad con la entrada en vigor de la Convención, el relevo de la sustitución en la toma de decisiones por el de asistencia, es el más exigente en el cambio normativo en la protección de la persona. Su alcance es esencial; entre otros logros, aporta el reconocimiento de derechos fundamentales, la unicidad de la capacidad, el apoyo del Estado en velar y asegurar el principio de igualdad en la protección y sobre todo el reconocimiento de nuevos instrumentos en la defensa y guarda de la persona, estableciendo las garantías que deben observarse en cada una de ellos.

4.1. Cambio de modelo, cambio de paradigma del artículo 12 de la CDPD

El llamado “cambio de paradigma” en la política relativa a la discapacidad se describe con frecuencia como un cambio de enfoque, consistente en dejar de considerar como objetos a las personas con

⁶¹ VIVAS TESÓN, I., “La Convención ONU de 13 de diciembre de 2006: Impulsando los derechos de las personas con discapacidad. The UN Convention of 13th December 2006: promoting the rights of disabled people”, *RITSCS*, Enero 2011, p. 121. La autora reitera su carácter preceptivo y vinculante en: VIVAS TESÓN, I., “Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad”, *RDUNED*, nº 7, 2010, p. 56.

discapacidad para pasar a considerarlas como sujetos⁶². Lo que sirve algún sector, para introducir la deseada reforma de la capacidad jurídica y considerar obsoletos la mayoría de los sistemas europeos en materia de capacidad jurídica. Obliga a la reforma legislativa a partir de la premisa de que todas las personas gozan de capacidad jurídica, y hace que atribuyamos menos importancia a las deficiencias (las cuales son universales y no se limitan a las personas con discapacidad) para concentrarnos, en su lugar, en las medidas de apoyo que permitan a las personas tomar decisiones por sí mismas y desarrollar sus capacidades a tal efecto. La noción de apoyo para la toma de decisiones simplemente se fundamenta en esta realidad universal y se extiende a las personas con discapacidad⁶³. No solo se trataría por tanto de cambios puntuales, sino de una verdadera transformación en el mundo del Derecho, la del reconocimiento de derechos a las personas discapacitadas en todos los ordenamientos jurídicos. Adelanto que en este punto, el Derecho Español la cuestión está resuelta como se expondrá más adelante.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la CDPD, SEOANE RODRÍGUEZ expone que la atención a la situación de las personas con discapacidad ha experimentado un aumento y una renovación en los últimos tiempos, de los cuales no ha sido ajeno el ámbito del Derecho. Ello no implica que los problemas relacionados con la discapacidad hayan pasado desapercibidos hasta ahora para los juristas: la capacidad y la incapacidad de la persona han sido desde siempre objeto de estudio y

⁶² Esto significa abandonar el planteamiento de la caridad y adoptar un enfoque basado en los derechos, y pasar del paternalismo a la atribución de competencias. También deberíamos considerarlo como la transición de la privación de la capacidad jurídica a la atribución del derecho a recibir apoyo para ejercer dicha capacidad jurídica. Artículo 1 y párrafo e) del preámbulo de la Convención.

⁶³ NILSSON, A., Documento temático encomendados y publicados por el Comisario para los Derechos Humanos, preparado por Anna Nilsson, *¿Quién debe decidir?, Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 20 de febrero de 2012, p. 11.

desde antaño ha habido conciencia jurídica de la necesidad de completar la ausencia o deficiencia de capacidad de algunas personas y de actuar en representación o sustitución de ellas. Con todo, el momento actual presenta ciertos aspectos novedosos, bien ausentes, bien presentes de otro modo en tratamientos anteriores, que hacen posible hablar de un cambio de paradigma en la aproximación jurídica a la discapacidad⁶⁴. Baste recordar que la Ley de Integración Social de Minusválidos⁶⁵ (LISMI), fue todo un hito al constituir la primera ley general española dirigida a regular la atención y apoyos de las personas con discapacidad y sus familias. Esta ley desarrolla el mandato constitucional del artículo 49 de la Constitución Española, que ordena a los poderes públicos a realizar “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.”. No sin razón se ha llegado a decir que es nuestro primer Tratado de discapacidad.

Entre otras causas, el cambio cualitativo en la interpretación y tratamiento jurídico de la discapacidad al que me refiero se asienta, sobre todo, en dos sólidos fundamentos:

⁶⁴ SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “Derechos y personas con discapacidad hacia un nuevo paradigma”, *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 35, nº 209, 2004, p. 3.

⁶⁵ Ley de Integración Social de Minusválidos, promulgada el 7 de abril 1982, (LISMI) En su desarrollo el gobierno español se inspiró en los derechos que recogían algunas normas de carácter internacional como la declaración de derechos del deficiente mental, aprobada por las Naciones Unidas en diciembre de 1971, y en la declaración de derechos del deficiente mental, aprobada por las Naciones Unidas en diciembre de 1971, y en la declaración de derechos de los minusválidos, aprobada por la Resolución nº 3447 de 9 de diciembre de 1975. Observatorio Estatal de la discapacidad, nº 4, junio 2012.

1) Un nuevo paradigma científico conceptual: el giro pluridimensional, dinámico, social, aplicado y contextualizado en la comprensión de la discapacidad derivado del colectivo médico ⁶⁶.

2) Un nuevo paradigma jurídico o, propiamente, ético-jurídico: la constitucionalización del tratamiento de la discapacidad por parte del Derecho, y la traducción al lenguaje jurídico del mencionado paradigma científico- conceptual mediante un catálogo de principios, de naturaleza sustantiva y metodológica o procedimental, que da lugar a una nueva noción jurídica de la (dis)capacidad y, además, concuerda con una determinada concepción antropológica y filosófica del ser humano y de la discapacidad⁶⁷.

El art. 12 de la Convención adopta el modelo denominado “*social de discapacidad*”, se habla también de que estamos en la actualidad, en el de “*diversidad*” que algunos consideran independiente y otros como una variante del social. En cualquier caso se complementan y entienden, que las personas que resulten afectadas por la modificación de su capacidad han de disponer de los apoyos o de la asistencia necesaria para la toma de decisiones concretas, de tal modo que no se le prive a la persona que lo padezca de su capacidad de forma absoluta. Pero sobre todo significa, aceptación de la diversidad humana⁶⁸.

⁶⁶ American Psychiatric Association, DSM 5. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, ed. Médica, Madrid, 2014.

⁶⁷ SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “Derechos y personas con discapacidad hacia un nuevo paradigma”, *op. cit.*, p. 4.

⁶⁸ A/HRC/28/58, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Catalina Devandas .Hace hincapié en que las personas con discapacidad son parte de la diversidad humana y deben ser respetadas y aceptadas como tales. Esta idea fue introducida entre los principios generales de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como "el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas". A la fecha, muchas de nuestras sociedades no han aceptado esta idea. Sobre la base de la noción de diversidad humana, la Relatora Especial promoverá en su labor la dignidad y el orgullo de las personas con discapacidad como parte de la

La aplicación de este modelo constituye un reto en el ámbito de la legalidad vigente, pues supone, no sólo la aproximación de los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, sino que incide en la expresada regulación sustantiva y procesal sobre la capacidad de las personas, basada en la figura tradicional de la incapacitación y en el sistema tutelar como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar. Ahora se opta por una nueva herramienta que se sustenta en un sistema de apoyos, el cual se proyecta sobre las circunstancias específicas de la persona con discapacidad en relación con el acto o negocio concreto que se ha de realizar⁶⁹. Muy certeramente, GARCIA CANTERO inscribe el tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad claramente en el ámbito de los fenómenos de generalización y especificación de los derechos humanos, acompañados de dos proyecciones de la igualdad, a saber, la referida a la no discriminación (diferenciación negativa), y la que permite hablar de la igualdad como exigencia de diferenciación (diferenciación positiva)⁷⁰, la

humanidad, resaltando las experiencias distintas y combatiendo las percepciones negativas y excluyentes relacionadas con la discapacidad. Consejo de Derechos Humanos. Asamblea de Naciones Unidas 28º período de sesiones, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Aguilar. 2 de febrero de 2015.

⁶⁹ Instrucción 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas. Sin perjuicio de que una vez realizadas las reformas legislativas anunciadas, la Fiscalía General del Estado pueda abordar mediante una Circular o documento similar el análisis de la amplia problemática que se plantea en relación con la modificación de la capacidad de las personas, en este momento está indicado establecer una serie de pautas de actuación para garantizar la intervención del Ministerio Fiscal con criterios uniformes en la adecuación de la legislación vigente a los indicados principios. Véase: CUENCA GÓMEZ, P., “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR*, nº 10, diciembre 2012, pp. 61-94.

⁷⁰ GARCIA CANTERO, G., “¿Persons with disability vs. personas incapacitadas o viceversa? Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006, en el Ordenamiento español”, *RDC*, vol. I, nº 4, 2014, p. 67. Sobre el modelo social véase: ALVAREZ RAMIREZ, G., *Discapacidad y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Un cauce adicional de acceso a la justicia y una oportunidad para la inclusión*, Fundación Derecho y Discapacidad, CERMI, 2013.

de tratar de eliminar de nuestro sistema jurídico y de nuestra sociedad todas aquellas normas y todas aquellas prácticas sociales que, basándose en la discapacidad real o imaginada, visible o invisible, de una persona, las discriminen directa, indirectamente o por asociación, colocándolas en situaciones desventajosas contrarias a la dignidad humana⁷¹.

El artículo 12 constituye muy probablemente el mayor desafío que presenta la Convención, garantizar la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica y exigirá a los Estados un esfuerzo de imaginación para crear nuevas instituciones coherentes con los principios de la Convención, demostración de la sobreprotección que hasta ahora existía en el ámbito de las personas con capacidades diferentes⁷².

El artículo 12, en efecto, obliga a revisar los sistemas legales vigentes en cinco puntos fundamentales que se pueden extraer de su contenido literal:

1. La consagración y reafirmación del derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas con discapacidad no deben recibir un trato discriminatorio por motivos de su discapacidad.

2. La afirmación de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de hombres y mujeres, en todos los aspectos de la vida.

3. El establecimiento de un sistema de apoyos para el ejercicio normalizado de la personalidad y la capacidad jurídica, como único admisible en lo sucesivo. La prestación de asistencia para que la persona

⁷¹ REY MARTÍNEZ, F. y Otros., *Los derechos humanos en España: Un balance crítico*, ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 664.

⁷² ENTRENA PALOMERO, B., “Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Importante modificación del juicio Notarial de Capacidad”, *El notario del siglo XXI*, nº 31, mayo-junio 2010.

con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica parte del supuesto de la plena capacidad jurídica, incluso cuando la persona necesite asistencia para ejercerla.

4. La adopción de salvaguardas como garantía para un funcionamiento regular de los mecanismos de apoyo, basadas siempre en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona. Las salvaguardas han de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias, y han de estar sujetas al control de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial⁷³.

Todo lo anterior justifica que se ha avanzado a un modelo nuevo. La Convención como indica SEOANE RODRIGUEZ, después de analizar la evolución de los modelos de discapacidad, es un ejemplo eminente del modelo de los derechos, y éste culmina normativamente el proceso de humanización de la persona con discapacidad. Su punto de partida es un principio categórico e incondicionado, fundamento de todos los derechos: la dignidad de la persona con discapacidad, al igual que la de cualquier otra persona. El derecho no crea, sino que reconoce la personalidad: todo ser humano merece el reconocimiento de su condición de persona. Toda persona es sujeto de derecho y tiene personalidad jurídica, que implica ser titular de derechos y obligaciones y sujeto de relaciones jurídicas. En suma, la persona con discapacidad es, y no puede no ser, un sujeto de derecho⁷⁴.

Se ha mantenido reiteradamente que el art 12 es el eje de la convención y de lo que ha de representar la persona con discapacidad a

⁷³ CERMI, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su aplicación en España*, 27/09/2010, p. 35.

⁷⁴ SEOANE RODRIGUEZ, J. A., ¿Qué es una persona con discapacidad?, *op. cit.*, p. 150.

partir de la entrada en vigor, pero también hay que reseñar que las medidas para la reforma se habían tomado anteriormente y algunos textos nacionales e internacionales ya se hacían eco de los nuevos cambios. El cambio de modelo es plural, unas veces bajo esfuerzos de colectivos, otras por la modificación de normas y otras de los operadores jurídicos encargados de la tarea en los respectivos países.

4.2. La dualidad capacidad jurídica – capacidad de obrar

Consciente de la dificultad que entraña el análisis completo del art 12, ésta se acrecienta cuando se trata de profundizar cada una de las propuestas que se contienen en él, como ocurre en el caso de la determinación de los apoyos y ajustes razonables que a partir de la entrada en vigor de la Convención⁷⁵, van a ser los protagonistas en la defensa de la persona, así como los principios rectores por los que deben guiarse. Sin embargo, no va a ser la única dificultad, existen otras, quizá la más problemática es el que se considera como el punto de partida de la nueva realidad en nuestro derecho, el que protagoniza la desaparición de la dualidad capacidad jurídica –capacidad de obrar, incluyendo dentro de la primera a la segunda. La capacidad jurídica, entendida como la capacidad y la facultad de una persona en virtud del derecho de asumir compromisos o transacciones particulares, mantener un estatus determinado, o una relación con otro, o en un sentido más general, de

⁷⁵ Convención sobre Derecho de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, cuyo Instrumento de Ratificación por España fue publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 21 de abril de 2008, en vigor desde el 3 de mayo de 2008. En el Diario de la Unión Europea de fecha 20 de noviembre de 2010 se ha publicado la Resolución del Consejo de la Unión Europea y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativa a un nuevo marco europeo de la discapacidad, en la que se apoya la aplicación efectiva de la Convención de la ONU por parte de los Estados miembros y de las Instituciones de la Unión Europea.

crear, modificar, o extinguir relaciones jurídicas⁷⁶. La adecuación de la vigente regulación de los procedimientos de determinación de la capacidad de las personas a las previsiones de la Convención internacional sobre derechos de las personas con Discapacidad, ha logrado que, aun cuando no se haya reflejado en texto normativo definitivo alguno, el esfuerzo y la implicación de distintos entes en como deberían ser las medidas a adoptar. Algunos Estados, como España, establecen una distinción entre la capacidad para tener derechos y la capacidad para actuar o para ejercer tales derechos. La primera incluye el derecho a ser sujeto de derecho, y a poseer bienes y derechos humanos y de otro tipo establecidos por la legislación nacional. La segunda (el ejercicio de los derechos) va más allá, y comprende la facultad para poseer bienes y disponer de ellos (es decir, utilizarlos, venderlos, regalarlos o destruirlos) y para reivindicar nuestros derechos ante un tribunal. Los eruditos en derechos humanos argumentan de manera convincente que el artículo 12 de la Convención otorga a las personas con discapacidad *estos dos* aspectos de la capacidad jurídica. En otras palabras, la capacidad para gozar de derechos conlleva automáticamente la capacidad para ejercerlos con las medidas de apoyo apropiadas que cada persona elija y considere aceptables⁷⁷.

Como muy bien ha señalado MAYOR DEL HOYO, pese a que algún sector interpreta que el Art 12 unifica la capacidad jurídica y de obrar y por aplicación de la Convención, la distinción debe desaparecer de nuestro Derecho, con independencia de lo acertado o no de la tesis.No

⁷⁶Intervención de Agustina Palacios, “Capacidad Jurídica en la Convención de los derechos de las personas con discapacidad”, Centro de Derechos Humanos, Universidad Nacional de Mar del Plata, Geneva, Palais des Nations, 24 October 2008, p. 6.

⁷⁷NILSSON, A., Documento temático encomendados y publicados por el Comisario para los Derechos Humanos, preparado por Anna Nilsson, *¿Quién debe decidir?, Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 20 de febrero de 2012, p. 12.

se puede abrir este debate ni menos tomar una decisión sobre la correspondiente modificación del Código Civil, sin tener en cuenta al otro grupo afectado: el de menores. Alega la autora que la supresión de la distinción sin tener en cuenta la persona del menor y el sistema configurado por nuestro derecho en relación de la capacidad, implicaría destruir a la brava el actual sistema, dejándolo incompleto y con grandes contradicciones, por lo que, concluye, no conviene, por tanto, tocar la tradicional distinción entre capacidad jurídica y de obrar sin haber antes reflexionado sobre la procedencia del cambio con una visión de conjunto de nuestro ordenamiento, teniendo presente el porqué o el fundamento del régimen de la capacidad; y sobre todo, en su caso, el diseño global del mismo que se desea en el futuro, teniendo en cuenta de forma coherente y justa a la persona tanto en función de su edad, como de su discapacidad ⁷⁸. Considero innecesario para la aplicación de la CDPD introducir el debate de la capacidad jurídica y de obrar, cuando en la legislación española está perfectamente precisada para todas las personas y, no puede servir de argumento para rechazar casi de plano el sistema español. No se puede obviar que la CDPD, es un texto universal, los Estados tendrán que adaptar sus normas a todo aquello que contradiga a aquella, en este punto o en otros.

La entrada en vigor de la CDPD ha supuesto una verdadera conmoción en diversos aspectos que concierne al derecho de la persona, pero adelanto ya que algunos han sido resueltos hace tiempo, si bien no se habían aplicado en la práctica y otros, se requiere urgentemente al legislador la modificación, y ello, en mi opinión ha generado un cierto desorden en la interpretación del mencionado artículo. Su contenido se ha considerado como la manifestación más significativa del cambio de

⁷⁸ MAYOR DEL HOYO, V., “La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: Clave en la reforma de la discapacidad”, *BMJ*, vol. 68, nº 2173, 2014 , pp. 1-26.

modelo que ha experimentado el tratamiento de la discapacidad, el relevo de la sustitución en la toma de decisiones por el de asistencia, su contenido es el más exigente en el cambio normativo en la protección de la persona. Con todo no parece haber acabado la discusión entre los dos conceptos que tratan de acaparar, a mi modo de ver, equivocadamente el contenido del art 12, a juzgar por la *Observación* general sobre el artículo 12⁷⁹, en la que se afirma que en “los informes iniciales de distintos Estados partes que ha examinado hasta la fecha, el Comité observa que hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención. Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas⁸⁰ .

Así, la presente observación general refleja una interpretación del artículo 12, en la que se declara que, “La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar

⁷⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones 30 de marzo a 11 de abril de 2014 .Observaciones generales y días de debate general. Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. Proyecto preparado por el Comité. El proyecto de observación general sobre el artículo 12, relativa al igual reconocimiento como persona ante la ley, fue preparado de conformidad con el artículo 47, párrafos 1 y 2 del Reglamento del Comité (CRPD/C/4/2) y el párrafo 54 de sus métodos de trabajo (CRPD/C/5/4).

⁸⁰ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones 30 de marzo a 11 de abril de 2014 .Observaciones generales y días de debate general. Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. Proyecto preparado por el Comité. El proyecto de observación general sobre el artículo 12, relativa al igual reconocimiento como persona ante la ley, fue preparado de conformidad con el artículo 47, párrafos 1 y 2 del Reglamento del Comité (CRPD/C/4/2) y el párrafo 54 de sus métodos de trabajo (CRPD/C/5/4).

decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales⁸¹.

En la mayoría de los informes de los Estados partes que el Comité ha examinado hasta la fecha se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). El criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo

⁸¹“La capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Como se señaló anteriormente, tiene dos facetas. La primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley. Ello puede incluir, por ejemplo, el hecho de tener una partida de nacimiento, de poder buscar asistencia médica, de estar inscrito en el registro electoral o de poder solicitar un pasaporte. La segunda es la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley. Este es el componente que frecuentemente se deniega o reduce en el caso de las personas con discapacidad. Por ejemplo, las leyes pueden permitir que las personas con discapacidad posean bienes, pero no siempre respetan las medidas que adopten para comprarlos o venderlos. La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano. Por consiguiente, para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse. El concepto de capacidad mental es, de por sí, muy controvertido. La capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos, al igual que las disciplinas, profesiones y prácticas que desempeñan un papel predominante en su evaluación”. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones 30 de marzo a 11 de abril de 2014. Observaciones generales y días de debate general. Observación general sobre el artículo.

justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley. En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio⁸².

Después de esta interpretación que se ha hecho desde el comité de las personas con discapacidad, reitero que, es la misma conclusión que se tiene y se ha tenido de la capacidad jurídica y de obrar en el derecho español, con independencia de hacer un mejor análisis en el presente o futuro. La adecuación de la vigente regulación de los procedimientos de determinación de la capacidad de las personas a las previsiones de la Convención internacional sobre derechos de las personas con Discapacidad, ha logrado, aun cuando no se haya reflejado en texto normativo definitivo alguno, el esfuerzo y la implicación de distintos entes en como deberían ser las medidas a adoptar. Entre otros y en un corto espacio de tiempo, en España, la Fiscalía General del Estado, sin proponer un elenco de medidas, a través de distintas instrucciones propone las cautelas y garantías de una legislación de futuro, a la vez que

⁸² Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones 30 de marzo a 11 de abril de 2014 .Observaciones generales y días de debate general. Observación general sobre el artículo 12.

adopta medidas que posibiliten compatibilizar con la normativa en vigor⁸³.

La jurisprudencia una vez más ha puesto las cosas en su sitio donde a la vez que se reconoce la capacidad jurídica de la persona, se admite la incapacitación con las cautelas necesarias al manifestar “El derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1.984, lleva implícito, el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a su dignidad y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de su personalidad (Art. 10 CE). Al ser la capacidad de las personas físicas un atributo de la personalidad, rige la presunción legal de su existencia e integridad, de modo que su restricción y control queda sujeto a las siguientes exigencias: la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (Art. 199 CC); observancia de las garantías fundamentales del procedimiento de incapacitación; cumplida demostración de la deficiencia y su alcance, mediante pruebas concluyentes y rotundas, dado que se priva a la persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial la situación de inidoneidad debe quedar claramente acreditada; adecuación de la restricción y control, en su extensión y límites, al grado de inidoneidad, pues no debe extenderse más de lo necesario, en armonía con el principio básico que debe inspirar la

⁸³ Instrucción nº 4/2008 sobre el Control y Vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de las personas discapaces. Instrucción nº 4/2009 sobre organización de las Secciones de lo Civil y de Régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y Tutelas. Instrucción 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.

materia de protección del presunto incapaz; y la aplicación de un criterio restringido en la determinación del ámbito de restricción”⁸⁴.

4.2.1. ¿La incapacitación se adapta a la Convención?

Existen dos posturas claramente encontradas en cuanto a concebir la incapacitación dentro de los mecanismos de protección de la persona, a su vez hay matices o nuevos planteamientos, que son interesantes a su vez destacar:

1. La de aquellos que la excluyen por no tener cabida en la Convención a la incapacitación, justifican la elaboración de nuevas medidas y;
2. Las que cuentan entre los sistemas de apoyo, a la incapacitación, adaptándola a los principios de la Convención

En cuanto a la primera posición, la nueva visión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad exige modificar la concepción actual del proceso e incapacitación en la legislación española y, desde luego, su aplicación práctica. La discapacidad por sí misma no puede ser un motivo para limitar o restringir la capacidad para ejercer libremente los derechos fundamentales, entre los que se encuentra en derecho a tomar decisiones. No se puede imposibilitar o limitar a priori el ejercicio de derechos fundamentales a sujetos que estén, realmente, en condiciones adecuadas para realizarlo y esas condiciones tendrán que valorarse en cada situación. Las medidas de apoyo en el ejercicio de los derechos fundamentales deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas; evitar los conflictos de intereses y la influencia indebida; ser proporcionales ya adaptadas a las circunstancias

⁸⁴ SAP Palma de Mallorca de 14 de abril de 2016.

de la persona; aplicarse en el plazo más corto posible; ser sometidas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial, e incluir salvaguardas para impedir abusos que han de ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.⁸⁵,entre otros, GANZENMÜLLER ROIG, defienden que, La Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, adopta el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a “adoptar” una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar⁸⁶.

Sin embargo el planteamiento, a mi juicio, no puede ser éste, así comparto con LOPEZ FRIAS que no se trata de incapacitar a toda costa; se trata, siguiendo los mandatos constitucionales, de rehabilitar y proteger con todas las garantías legales a quien lo necesite. De ahí que se haya de insistir desde todos los foros posibles en que los jueces y Tribunales que conozca de un proceso de incapacitación sean precisos y claros en la determinación de la incapacidad del sujeto, relegando todo

⁸⁵ Propuesta de la Fundación para la Promoción y Apoyo de las Personas con Discapacidad (FUTUEX) al anteproyecto de la ley de Salud Pública de Extremadura, p. 10.

⁸⁶ GANZENMÜLLER ROIG, C., “Antecedentes, gestación y contenido de la Convención internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, *CDF*, 17-2009, p. 59. Documento de observaciones finales a España del comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. sexto período de sesiones 19 a 23 de septiembre de 2011. Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 35 de la convención. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención Derechos Humanos y Discapacidad. El Comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes.

tipo de "CÓmoda" indeterminación, manteniendo el necesario seguimiento- a través de los asistentes sociales y demás auxiliares de los juzgados - de la situación de los incapacitados y adaptando tal situación a la evolución del sujeto, modificando, por lo tanto la sentencia de incapacitación si así se ve necesario porque hay que intentar mirar desde "dentro" del sujeto incapaz o "presuntamente incapaz". Éste es el sentido y no otro con que el legislador dio a la reforma de 1983 con independencia que salvo pequeñas excepciones, no fue así en cuanto a su aplicación. Por ello es necesario y siguiendo a la mencionada autora que, “Por ello, es necesario repetir que esta medida protectora de la incapacitación ha de adaptarse específica e individualmente a la situación del sujeto, pues de lo contrario no cumplirá con la finalidad legalmente marcada: sin añadirle más "incapacitación" que la tiene, ni cerrar los ojos a una realidad que aconseja suplir totalmente su capacidad para obrar, sin perjuicio de la esfera de sus derechos personalísimos. La incapacitación será una medida de protección en la medida en que se adapte como un guante a las circunstancias concretas del sujeto⁸⁷ .

⁸⁷ LÓPEZ FRIAS, M^a. J. “Algunas notas sobre la graduación de la incapacitación en beneficio del incapacitado”, *AC*, nº 2, 2003, p. 338. Sobre el procedimiento de incapacitación judicial en España, pueden consultarse entre otros: MARÍA MARTÍN, AZCANO, E., “De nuevo sobre la incapacitación judicial y la adecuación de los regímenes de guarda tradicionales. La Ley Derecho de Familia”, *Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 2, 2014, pp. 76-84; MORETÓN SANZ, M. F., “El nuevo sistema de protección de la persona con autonomía limitada: de la incapacitación judicial a la discapacidad y dependencia”, en: *La protección de las personas mayores* / coord. por Carlos Lasarte Álvarez, María Fernanda Moretón Sanz, Patricia López Peláez, 2007, pp. 31-49. CASAS PLANAS, M. D., “Breve reflexión acerca del futuro de la incapacitación judicial (referencia a la reforma de la protección de mayores en Francia por Ley de 5 de marzo de 2007)”, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* / coord. por Sofia de Salas Murillo, 2010, pp. 477-498; VILLANUEVA LUPION, C., “Autogobierno personal y discapacidad: la modificación judicial de la capacidad de obrar en la toma de decisiones”, en: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* / coord. por José Pérez de Vargas Muñoz, Montserrat Pereña Vicente, vol. 2, 2011, pp. 429-440. RODRIGUEZ ESCUDERO, V., *La incapacitación y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida. La encrucijada de la*

Por otra parte la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no supone un cambio, en modo alguno, en la titularidad de los derechos fundamentales de la persona incapacitada, aunque sí en su forma de ejercicio, lo que obliga a la conformación específica, en la sentencia constitutiva, de la situación jurídica de la persona incapacitada, conforme a sus conveniencias y necesidades⁸⁸. En parecidos términos y desde los principios constitucionales, GARCIA CANTERO reflexiona, al afirmar que, una medida de protección como la incapacitación independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Hay que leer por tanto conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE, por lo que:

- a) La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección
- b) No es argumento para considerar la incapacitación como institución contraria a los principios de la Convención el que pueda constituir una violación del principio de igualdad, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir sus personas y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismos.

incapacitación y la discapacidad / coord. por José Pérez de Vargas Muñoz, Montserrat Pereña Vicente, Vol. 2, 2011 (CD-ROM), pp. 373-392.

⁸⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad”, *RJUAM*, nº 23, Enero 2011, pp. 53-81.

- c) La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal del artículo 14 CE, tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida en que sea necesario para su protección⁸⁹.

La segunda posición la representa, PEREZ ONTIVEROS⁹⁰, que defiende la adecuación de la incapacitación judicial a la Convención Internacional. En el derecho Español la incapacitación no establece un sistema uniforme y aplicable en igual medida a quienes precisen la adopción de medidas dirigidas a garantizar el adecuado ejercicio de la capacidad. El Derecho Español responde a la protección de las personas con discapacidad exigiendo que cualquier limitación a su capacidad de obrar venga precedida de un procedimiento judicial en el que, con las necesarias previsiones, se acredite que concurre causa para ello y se adopte un régimen de protección y guarda adaptado a las necesidades de cada persona. Como ha puesto de manifiesto MARTÍNEZ DE AGUIRRE “ la eventual limitación legal de la capacidad de obrar: 1) deriva directamente de la limitada capacidad natural de conocer y querer

⁸⁹ GARCIA CANTERO, G., “¿*Persons with disability* vs. personas incapacitadas... o viceversa? Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006, en el Ordenamiento español”, *op. cit.*, p. 95.

⁹⁰ PEREZ ONTIVEROS BAQUERO, C., “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Sistema Español de modificación de la capacidad de obrar”, *Derecho Privado y Constitución*, nº23, 2009, p. 348.

provocada por la discapacidad intelectual o mental; ii) se establece para proteger a la persona a quien afecta”⁹¹.

Una variedad de esta segunda posición sería que las instituciones tuitivas más tradicionales, como son la tutela y la curatela, pueden resultar insuficientes cuando se refieren a personas mayores que por su edad y/o enfermedad, y siempre en atención a la naturaleza del negocio jurídico a realizar, tienen disminuida o mermada su capacidad de obrar, pero no tanto como para establecer un régimen de tutela, que comporta la adopción de medidas de protección muy drásticas y severas, basadas en la representación y administración de los bienes y que deberían estar previstas exclusivamente para situaciones graves de falta absoluta de capacidad, por lo que no siempre se da una respuesta adecuada a la situación concreta del sujeto beneficiario de dicha protección, ni se ajustan a la capacidad natural y real de dichos sujetos. Precisamente son estos casos de mera disminución de la capacidad, provocada por la edad, asociada a discapacidades intelectuales leves o en estado incipiente, los que se constituyen el punto de mira y el nuevo reto del legislador⁹².

Es preciso tener presente la reforma del Código civil de 1983, cuando se habla de incapacitación, facilitó con sus principios la adaptación de la legislación a la CDPD. Por lo tanto la adaptación sí puede ser trascendente, pero no revolucionaria. La citada ley posibilitó la graduación de la incapacitación, donde tenía sentido un régimen único,

⁹¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en: *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* / coord. por Sofía de Salas Murillo, 2013, p. 28.

⁹² HERAS HERNÁNDEZ, M^a. M., “Nuevos instrumentos jurídicos en la protección de las personas incapaces en el ordenamiento jurídico español: hacia una mayor flexibilización de las instituciones tradicionales”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. México*, n^o 26, Disponible en: (<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222980006>).

pero desde el momento en que el art 760.1LEC nos permite delimitar el alcance de la incapacitación, resulta lógico introducir un nuevo órgano tutelar más flexible, y que responda a una incapacitación parcial⁹³. En ese punto GARCIA GARNICA cree, que aquella(se refiere la reforma de 1983), supuso un considerable avance y mejora en el tratamiento de la incapacitación, al supeditar a control judicial, la eventual declaración de incapacidad de una persona, romper la equiparación preexistente entre ciertas enfermedades o deficiencias y la falta de capacidad de obrar de quien las padeciera, y dar relevancia a aquellas sólo en la medida en que incida en la capacidad de autogobierno de la persona, consagrando de esta forma la graduabilidad de la incapacitación de la persona. Estos objetivos -aunque no la terminología empleada en el Código civil- están en consonancia con lo dispuesto más recientemente por la Convención de Derechos de las “personas con Discapacidad”, en consecuencia, sus disposiciones deben desencadenar un proceso de necesaria revisión y adaptación de nuestras normas, y ello en todas las ramas del Ordenamiento jurídico”⁹⁴.

Participo plenamente con RAMS ALBESA al afirmar, con cierta rotundidad que esta Convención de las Naciones Unidas de 2006, pese a ser un texto legal internacional ratificado por el Reino de España, en modo alguno obliga a una revisión de fondo del tratamiento esencial de los cimientos materiales de la incapacidad⁹⁵. Apuesta también por la

⁹³ SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y Tutela (Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 162.

⁹⁴ GARCIA GARNICA, M. C., *De la Incapacitación. Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, p. 2043.

⁹⁵ RAMS ALBESA, J., “Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez, (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes)”, *RCDI*, nº 723, 2011, p. 251. En sentido contrario, DE ASÍS ROIG, R., CUENCA GÓMEZ, P., “Capacidad jurídica y discapacidad. Propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad

compatibilidad del sistema jurídico privado español con las previsiones de la CDPD, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, quien sin dejar de reflexionar acerca de alguna propuesta oportuna, reconoce: 1) un sistema dotado de un altísimo nivel de flexibilidad b) la protección de la persona con discapacidad intelectual o mental y c) la garantía de la intervención

Carlos III de Madrid, Informe “El tiempo de los derechos”, nº 23, abril 2012, p. 28, sostiene, que, del contenido del artículo 12 cabe afirmar la necesidad de realizar, entre otras, las siguientes reformas, en las legislaciones nacionales: 1) La adopción del modelo social de discapacidad; 2) La eliminación de instituciones como la incapacitación o interdicción, en tanto suponen una restricción, limitación o anulación de la capacidad jurídica que se basa de manera directa o indirecta en la discapacidad o deficiencia y que da lugar a la puesta en marcha de mecanismos de sustitución en la toma de decisiones; 3) La derogación de las figuras de protección y sustitución, propias de la incapacitación, como la tutela y la curatela, y la instauración de figuras de apoyo y de mecanismos diversos y flexibles orientados a asistir, y no a sustituir, a la persona en la toma de sus decisiones ajustados a su situación y necesidades y que se proyecten sobre todas sus esferas de actuación, tanto en el ejercicio de derechos patrimoniales, como en el ejercicio de derechos personales; 4) La derogación de todas las leyes “sectoriales” que restringen el ejercicio de la capacidad jurídica en áreas específicas basándose en la incapacitación, la discapacidad o en la deficiencia, “descalificando” a ciertas personas con discapacidad para disfrutar de derechos o desempeñar actividades y responsabilidades (por ejemplo, votar, ocupar cargos públicos, ejercer como jurado, contraer matrimonio, criar a sus hijos, disponer de bienes, celebrar contratos de diferente naturaleza, incluidos contratos de trabajo, adoptar decisiones en el contexto médico o sanitario o en relación con los servicios sociales). En estos ámbitos deben operar también las medidas de apoyo que promuevan el ejercicio de la capacidad jurídica y la prestación del consentimiento válido; 5) La derogación de las leyes que permiten intervenciones médicas, tratamientos, esterilizaciones, internamientos forzados etc. basándose en la discapacidad y sin que medie el consentimiento de la persona; 6) La posible regulación de los internamientos forzados y de las intervenciones y tratamientos médicos involuntarios o sin consentimiento – en caso de considerarse pertinentes por necesidades de urgencia vital, protección de la propia persona y/o peligro para terceros – debe efectuarse de manera neutral en relación con la discapacidad y la deficiencia; 7) La adopción de medidas que garanticen la accesibilidad de todos los ámbitos en los que debe ejercerse la capacidad jurídica; 8) El establecimiento de mecanismos no excluyentes que permitan a las personas, también a las que precisan apoyos, expresar su voluntad anticipada en previsión de no poder expresarla en el futuro; 9) La revisión de las leyes penales y su relación con la discapacidad y la deficiencia estableciendo, de nuevo, parámetros neutrales en relación con la imputación de la responsabilidad criminal; 10) La revisión de las reglas que regulan la responsabilidad civil, su relación con la discapacidad y la deficiencia y la responsabilidad objetiva terceros; 11) La reforma de las normas procesales con el objeto de que reconozcan la capacidad procesal de todas las personas con discapacidad y la operatividad de los ajustes razonables y los mecanismos de apoyo en este contexto.

judicial en la existencia de limitaciones a la capacidad de obrar y en los mecanismos de guarda⁹⁶.

La Convención tiene la tarea de proporcionar nuevos criterios interpretativos de las normas vigentes e impulsar reformas obligadas de las mismas, incluso la de derogar directamente algún precepto concreto por ser incompatible con ella⁹⁷. Creo que no hay razones -en aras de un hipotético *ejercicio de imaginación*- para abolir la tutela y curatela como figuras básicas del sistema tutelar español de las personas mayores con discapacidad. Lo que, sí debe hacerse es aprovechar esta oportunidad de desarrollar el artículo 12 del Convenio de 2006 en el ordenamiento interno, para replantearse la finalidad y funcionamiento de tales instituciones, pues, a mi juicio, los principios que inspiraron las reformas de 1983 y sucesivas no se han agotado entre nosotros, legislativamente hablando. Sin duda, hay que seguir proporcionando mayor protagonismo al tutelado o sometido a curatela, fomentando las diversas modalidades de autotutela, y, en general, el mandato preventivo, superando las timideces de nuestra última reforma. Seguramente habrá que repensar el CC para ver si la curatela se convierte en la medida de asistencial general, especialmente la dedicada a los enfermos mentales, por lo que no ve razones, GARCIA CANTERO, para derogar los Títulos IX y X, del libro I, del CC, y sus correspondientes normas procesales, dentro de un distinto marco constitucional e internacional, sino más bien para insuflar nuevo espíritu a la incapacitación⁹⁸. El art 199 del CC es

⁹⁶ MARTINEZ DE AGUIRRE, DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, p. 36.

⁹⁷ RAMS ALBESA, J., “Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez, (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes)”, *op. cit.*, p. 251.

⁹⁸ GARCIA CANTERO, G., “¿Persons with disability vs. personas incapacitadas.. o viceversa?. Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006, en el Ordenamiento español”, *op. cit.*, p. 92.

emanación del art 10.I CE, pues la dignidad de la persona exige que nadie pueda ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley⁹⁹.

En parecidos términos, DEL RIO FERNÁNDEZ, permite hablar de que caminamos hacia una nueva concepción del procedimiento de incapacitación. La resolución judicial habría de referirse, en la forma más completa posible, a los siguientes particulares:

1º) Extensión y límites de la revisión de la capacidad del interesado, con referencia expresa a los actos que en el futuro podría realizar por sí sólo y a aquellos otros para los que necesitaría la intervención, por sustitución o complemento de su capacidad, del cargo tutelar. La graduación de la incapacitación en la sentencia es imprescindible; caso de no contenerla, consideramos que las partes deben impugnar la resolución.

2º) Régimen de guarda legal al que quedaría sometido el interesado, así como la persona o entidad designada para el desempeño del cargo tutelar, las pautas esenciales a las que tendría que ajustarse el ejercicio del cargo y el régimen de rendición de cuentas.

3º) Plazo a partir del cual habría de procederse a la apertura de nuevo expediente para revisar la capacidad, si la discapacidad del interesado pudiera decrecer o desaparecer en el futuro, permitiendo la reintegración de la capacidad (en ejecución de sentencia) y, en su caso, la modificación del alcance de la incapacitación declarada¹⁰⁰.

⁹⁹ GARCIA CANTERO, G., “Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad”, en: *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* / coord. por Sofía de Salas Murillo, 2013, p. 54.

¹⁰⁰ DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., “La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y su aplicación en el Derecho Privado”, *CDF*, nº 31, 2010,

El TS ha mostrado su doctrina en cuanto a la nueva perspectiva de la incapacitación en su sentencia de 30 de junio de 2014 afirma, “Así, en primer lugar, no se discute que la incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los Derechos fundamentales que dicha medida comporta. Lo que se cuestiona, en este caso, es de qué manera se encuentra afectado don Manuel Martín Pérez para adoptar la medida que sea más favorable a su interés y como puede evitarse una posible disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York, según propone el Ministerio Fiscal, que tenga en cuenta, como principio fundamental, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, que le permitan hacer una vida independiente, pueda cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención. En esta línea, y en segundo lugar, sin duda una situación como la descrita en el presente caso no permite mantener un mismo status del que se disfruta en un régimen de absoluta normalidad, pero tampoco lo anula completamente. En este sentido, la modificación del régimen de curatela al de la tutela se realiza, pese a los informes periciales, sobre la misma situación de incapacitación parcial que estableció la sentencia de 30 de junio de 2010 que, no obstante de declarar la incapacidad del afectado para conducir, portar o usar armas de fuego y para la realización de actos y negocios jurídicos complejos, si

De la implementación de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y su aplicación por los operadores jurídicos y sociales: especial referencia al artículo 12. Justicia y Discapacidad, Consejo del Poder Judicial, p. 15.

que reconoció su plena capacidad de obrar para la realización de actos de escasa relevancia que, sin la anterior transcendencia, pueda decidir en el curso ordinario de su vida. Por último, y en tercer lugar, en este contexto de incapacitación parcial, en donde el afectado no tiene anulada, de forma significativa, su capacidad cognitiva y volitiva, siendo capaz de manifestar su voluntad y preferencia sobre determinados ámbitos de relevancia para sus intereses, es donde debe señalarse, conforme a la doctrina expuesta, que el régimen de la curatela, en la persona que el recurrente interesa, es el que mejor responde a las necesidades de protección en consecuencia con el ejercicio de sus Derechos fundamentales”¹⁰¹.

El debate de la incapacitación no ha de centrarse única y exclusivamente en la de si es una medida estigmatizadora de la persona con discapacidad. Lo que hemos de plantearnos es cómo podemos articularla para que realmente proteja a las personas que realmente lo necesitan y en caso de no ser necesario, deslindar y concretar en la sentencia los actos que podrá o no podrá realizar la persona con discapacidad para respetar su capacidad y el libre desarrollo de la personalidad¹⁰². En esta línea se mantiene el TS: “Hay una jurisprudencia reiterada de esta sala en la aplicación de la Convención, sobre derecho de las personas con discapacidad, y las medidas de apoyo que pueden adoptarse cuando, como ocurre en este caso, se toma conocimiento de una persona que necesita de estos apoyos que complementen su capacidad jurídica; apoyos que la Convención, como dijo la sentencia de 27 de noviembre 2014, no enumera ni acota pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y

¹⁰¹ SSTS de 30 de junio de 2014 y 4 de noviembre de 2015.

¹⁰² ESCRIBANO TORTAJADA, P., “Discapacidad y libre desarrollo de la personalidad”, en: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa* / coord. por Matilde Cuenca Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge Ortega Doménech, ed. Dykinson 2013, p.145.

sociales para, en definitiva, procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas, que sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones con los demás, como se ha dicho en el informe del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014), sobre el contenido normativo del artículo 12 de la Convención, y se reitera en el informe final de la Unión Europea de 4 de septiembre de 2015”¹⁰³.

Creo que una de las más lúcidas interpretaciones del mencionado art 12 la realizó MINKOWITZ cuando dice, “Es el corazón de la Convención. Si podemos solucionar los retos que impone su implementación, transformaremos la sociedad profundamente, para hacer la más incluyente, no sólo en el espacio físico (todos los lugares y entornos) sino también en las relaciones e interacciones sociales. Este proceso de interacción no puede ser acelerado, pero tampoco puede ser indefinidamente pospuesto. Las personas con discapacidad psicosocial necesitan involucrarse en su implementación, ya que de otra manera se perderían aspectos importantes de la vida o valores contextuales relevantes¹⁰⁴.

¹⁰³ STS de 3 de junio de 2016

¹⁰⁴ MINKOWITZ, T., “*El Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - Consideraciones para su Implementación*”, Center for the Human Rights of Users and Survivors of Psychiatry, Chestertown, USA, Traducido por: María Teresa Fernández, p. 8.

5. La repercusión del artículo 12 de la Convención en el ámbito del Derecho Civil

5.1. Discapacidad y Derecho Civil

La evolución en la transformación de los modelos explicativos de la discapacidad ha tenido lugar más bien en el ámbito del Derecho público, y no tanto en el Derecho privado, aunque paradójicamente se halle en éste la regulación del núcleo de la cuestión: La capacidad de las personas para actuar válidamente en el Derecho, las repercusiones de la falta de capacidad y el proceso general de toma de decisiones¹⁰⁵. El Derecho privado ha evolucionado a lo largo de los últimos años tanto en España como en gran parte de los países de nuestro entorno, en tres direcciones que se refrendan con toda claridad en diverso preceptos de la CDPD: 1) Diversidad de instituciones de protección y flexibilidad de las mismas, 2) Progresiva administrativización en la protección y, 3) la importancia creciente de la autonomía de la voluntad¹⁰⁶.

El estudio de la figura de la tutela (así como del resto de instituciones tutelares) se ha incluido, en ocasiones, en los planes de estudio dentro de la parte del Derecho Civil destinada al Derecho de familia. Ello es debido a que la tutela se ha considerado desde antiguo una figura complementaria, incluso supletoria de la patria potestad. En la actualidad, y ya desde la reforma acaecida sobre esta materia en 1983, la figura de la tutela puede y debe aplicarse a los menores que por alguna razón no están bajo la potestad de sus padres, pero la realidad a la que

¹⁰⁵ ALVAREZ LATA, N., y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los Modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 24, 2010, p. 12.

¹⁰⁶ ADROHER BIOSCA, S., “La protección de los mayores vulnerables: una cuestión pendiente”, *Nuevos conflictos del derecho de familia* / coord. por Eugenio Llamas Pombo, 2009, p. 722.

fundamentalmente se dirige es a la derivada de una situación de incapacidad. Por esta razón, es más apropiado vincular la tutela de capacidad de la persona, a su estado civil, que a lo que consideramos Derecho de familia¹⁰⁷. Si bien estos ámbitos ya de por sí son extensos, interesan destacar la disponibilidad de derechos personales que tienen un contenido y unas consecuencias relevantes en el ámbito del Derecho Civil, si el tutelado puede ser representado a la hora de otorgar consentimiento matrimonial o en el momento de decidir romper el vínculo matrimonial a través de una acción de divorcio¹⁰⁸. En la actualidad son encomiables los esfuerzos por parte del Derecho civil de reconocimiento de un mayor número de derechos, que anteriormente eran denegados como la actuación del tutor o representante de actos personalísimos del incapacitado¹⁰⁹. Como pone de manifiesto GETE-ALONSO Y CALERA, la capacidad de obrar es el criterio que se utiliza para comprobar la idoneidad de la actuación de la persona tanto para lo que afecta al ejercicio y puesta en práctica de todos los derechos de los que es titular como para su adquisición y la de las facultades y poderes jurídicos en los que se requiera. También, para crear, modificar y extinguir las relaciones jurídicas y quedar vinculado, por las obligaciones y deberes que le incumban y para asumir las consecuencias de su actuación¹¹⁰.

El término “discapacidad” ha sido un concepto ajeno al ámbito del Derecho Civil hasta la modificación introducida por la Ley especial 41/

¹⁰⁷ DIAZ PARDO, G., “Protección jurídica de la esfera personal del tutelado”, *Cuestiones actuales de derecho de familia* / coord. por Teresa Echevarría de Rada, María del Rosario Martín Briceño, David Rafael Guinea Fernández, 2013, p. 156.

¹⁰⁸ DIAZ PARDO, G., “Protección jurídica de la esfera personal del tutelado”, *op. cit.*, p. 160.

¹⁰⁹ RODRIGUEZ ESCUDERO, V., “La legitimación de los tutores para ejercer la acción de separación y divorcio”, *Diario La Ley*, nº 8117, 2013.

¹¹⁰ GETE ALONSO y CALERA, M. C., “Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad”, en: *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad*, ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 44.

2003, de PPPD. Sin negar el avance que ha supuesto la línea legislativa iniciada, y al margen de éstas y otras medidas correctoras de desigualdades, la protección en la esfera privada de la persona exige la contemplación de una realidad evidente, que tiene su origen en el hecho de que la disfunción que afecte a los discapacitados puede obstaculizar su capacidad para ejercitar válidamente actos con trascendencia jurídica. Ello conlleva la necesidad de que el Derecho tenga que arbitrar soluciones, y que éstas puedan implicar, en cierta medida, modificaciones a su capacidad de obrar. Por ello, desde la perspectiva del Derecho privado, las soluciones hasta ahora adoptadas para abordar las ayudas dirigidas a corregir los problemas que se suscitan ante la imposibilidad de ejercicio por parte de los discapacitados de su capacidad de obrar, han incluido medidas que han supuesto esta adecuación o modificación de la capacidad de obrar¹¹¹. Plantea notorias dificultades aplicar el principio de autonomía privada elaborado por la doctrina civilista, originariamente conectado a la libertad contractual y al individualismo jurídico, así como a la constitución o modificación de relaciones patrimoniales, al campo de los bienes y derechos inherentes a la persona y las relaciones familiares, que se rigen por muy diferentes parámetros, pero que resultan igualmente afectados por el fenómeno de la globalización siendo por ello necesario perfilar el verdadero alcance del principio de autonomía de la persona de modo diferenciado en los distintos sectores del derecho civil, habida cuenta que las normas deben a su vez integrarse en un marco jurídico constitucional y supranacional dotado de la suficiente flexibilidad a fin de cumplir su función en escenarios cambiantes¹¹². La discapacidad, en nuestro Código civil, está,

¹¹¹ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *op. cit.*, p. 344.

¹¹² VIDAL MARTÍNEZ, J., “Acerca del valor permanente del Derecho Civil como Derecho de la persona en la era de la globalización”, *Estudios jurídicos en homenaje a*

por tanto, esencialmente patrimonializada, pues no importa tanto la persona, sus necesidades, sus sentimientos y aspiraciones ni el ejercicio de sus derechos fundamentales (dignidad, igualdad, derecho a la salud...), como la tutela y conservación (a veces, expoliación) del patrimonio del enfermo y, a partir de la declaración judicial de incapacitación, la fácil obtención de la prueba para impugnar la validez de los actos patrimoniales realizados por el incapacitado en su perjuicio¹¹³.

La relación entre incapacidad y discapacidad es poliédrica. Así, no parece concebible, en la práctica, que una persona incapacitada no sufra algún tipo de discapacidad y, por el contrario, la mayoría de las personas con discapacidad no están incapacitadas, o bien porque no resulta necesario este grado de limitación de su capacidad de obrar o bien porque, no obstante su condición de personas incapacitadas de hecho, debido a la ausencia de capacidad para el autogobierno, no han sido incapacitadas por sentencia judicial. Constituye, por ello, lo usual, que las personas incapacitadas, cuya tutela ha sido conferida a una persona jurídica fundacional, sufran algún tipo de discapacidad¹¹⁴.

Como se ha destacado, en la capacidad para la toma de decisiones, una de las cuestiones claves de la nueva normativa impuesta por la Convención, es la profundización en el proceso de toma de decisiones de

Vicente L. Montés Penadés / coord. por Francisco de Paula Blasco Gascó, vol. 2, 2011 p. 2861.

¹¹³ VIVAS TESÓN, I., “Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad”, *RDUNED*, nº 7, 2010, p 561. El derecho en general, y el Derecho privado en particular, desde una perspectiva paternalista y asistencial ponían el acento en las instituciones de protección de personas con discapacidad y, en particular, de su patrimonio. El régimen jurídico de la incapacitación y de la tutela, o en su caso la curatela, son clara expresión de este afán. GARCIA GARNICA, M.C., *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad, op. cit.*, p. 32.

¹¹⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad”, *RJUAM*, nº 23, Enero 2011, pp. 53-81.

una persona, para conocer en todo momento el grado de autonomía en la realización de un acto jurídico, o lo que es lo mismo conocer con certeza su facultad de decidir, para poder fijar con más precisión el mecanismo de apoyo. PALACIOS precisa que para que el servicio de apoyo a la toma de decisiones sea efectivo y cumpla su cometido, debe adaptarse a las diferentes situaciones personales y sociales. Para que ello sea posible, es necesario diferenciar entre diferentes tipo de “apoyo”. Esta diferenciación debe establecerse en un primer lugar en relación con el tipo de acto jurídico, y en segundo lugar en relación con el tipo de figura de apoyo adecuado¹¹⁵.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención han sido múltiples los informes y documentos de la ONU y de otros organismos, que han intentado esclarecer el ámbito en que los estados tenían que hacer sus reformas, produciendo en la mayoría de las veces conflictos por la diversidad de legislaciones existentes. Entre ellos destaca, “En el ámbito del derecho civil, las leyes que regulan la incapacitación y la tutela deben ser una esfera prioritaria del examen y la reforma de las leyes. En muchos países la legislación en vigor permite declarar incapaz a una persona por deficiencia mental, intelectual o sensorial y atribuir a un tutor la capacidad jurídica para actuar en su nombre. Toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo o indirecto para declarar la incapacidad jurídica entra en conflicto con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con

¹¹⁵ PALACIOS, A., “Capacidad jurídica en la Convención de los derechos de las personas con discapacidad”, 24 October 2008 Geneva, Palais des Nations, Room XXI. En relación con lo primero, es preciso diferenciar ente actos trascendentales para la vida y/o el patrimonio de la persona (matrimonio, venta o compra de una casa, donación), y actos ordinarios de la vida común (reformular su casa, ir de viaje, suscribirse a un club deportivo). En relación con lo segundo señalado, es preciso poner a disposición de la persona diferentes tipos de figuras de apoyo que mejor se adapte a su situación particular. Por ejemplo, la posibilidad de un asistente personal, o la de un familiar, o la de un grupo de amigos, o la de una asociación, o la de un ombusman.

discapacidad consagrado en el párrafo 2 del artículo 12. Además de derogar las normas que violan el deber de los Estados de respetar el derecho humano a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, es igualmente importante que se adopten medidas que protejan y hagan efectivo ese derecho, de conformidad con los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 12. Esto incluye lo siguiente: el reconocimiento jurídico del derecho de las personas con discapacidad a la autonomía; a disponer de medios alternativos y aumentativos de comunicación; a la adopción de decisiones asistida, entendida como el proceso por el que una persona con discapacidad está habilitada para adoptar y comunicar decisiones con respecto a cuestiones personales o jurídicas; y el establecimiento de normas que precisen las facultades de quienes prestan el apoyo y su responsabilidad”¹¹⁶.

Aún son escasos los trabajos en que Medicina y Derecho tratan de aproximarse a instituciones que necesitan mutuamente de ambas ciencias, siendo una de ella la materia de la capacidad. Si bien, hay que reconocer los esfuerzos hechos por los profesionales de una y otra materia para que hagan posible que el juez pueda decidir sobre la capacidad de la persona con mayor exactitud. Una de esas colaboraciones que se han producido con mayor rigor y que se puede plasmar en protocolo de actuación es el Documento Sitges¹¹⁷.

¹¹⁶ Informe anual del alto comisionado de las naciones unidas para los derechos humanos e informes de la oficina del alto comisionado y del secretario general. Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. A/HRC/10/48 26 de enero de 2009.

¹¹⁷ Documento Sitges 2009: Capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia: Reflexiones, derechos y propuestas de evaluación, Ed. Glosa, Barcelona 2009. Capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia: Reflexiones, derechos y propuestas de evaluación. El eje sobre el que ha pivotado el trabajo del Grupo de expertos del Documento Sitges 2009, ha sido: Analizar las medidas de protección jurídica y social para evitar la incapacitación total como

Es preciso reconocer que “la decisión” entraña un proceso complejo que se desarrolla en varias fases (planteamiento del problema-objetivo-necesidad, conciencia de los márgenes de decisión, propuesta/s de solución, deliberación y decisión)¹¹⁸. Hecha la reflexión y sabiendo la dificultad que entraña el proceso de toma de decisiones, cuando la persona va perdiendo capacidad, determinar el grado que tiene y el que se requiere necesario para ejecutar el acto de que se trate en los ámbitos personal y patrimonial. Es de justicia reconocer el trabajo riguroso de éste grupo para desvelar algunas claves de la capacidad de la persona.

El contenido del Documento Sitges ha supuesto un avance de gran interés en que la colaboración de expertos juristas y médicos logran acercar aún mayor conocimiento en el diagnóstico de la persona a proteger, aparte de ser un protocolo a seguir para llegar a criterios unánimes en el juzgador. Como muestra de ello valgan una serie de reflexiones que a continuación se expresan.

La capacidad para decidir es el presupuesto de la decisión. La capacidad para decidir implica contar con unas mínimas facultades cognoscitivas o intelectuales que permitan a la persona conocer de modo suficiente los distintos elementos (de hecho, de derecho, etc.) que concurren en la decisión. Aquella persona de quien se afirme que cuenta con capacidad para decidir podrá tomar decisiones. El objetivo fundamental del Documento Sitges2009 es analizar “la capacidad para

solución única y fácil a la pérdida de las capacidades cognoscitivas y Fomentar la idea de la incapacitación parcial, progresiva, “a medida” para resolver situaciones concretas como las mencionadas, y abogar por decisiones que contemplen no solo una faceta del proceso patológico sino el entorno y circunstancias en las que éste se mueve con el objetivo de preservar y mantener la autonomía de la persona el mayor tiempo posible. Realizado por un grupo multidisciplinar compuesto por neurólogos, geriatras, psiquiatras, psicólogos, notarios, jueces, fiscales, abogados, cuidadores y asociaciones de pacientes. Su antecedente ha sido el Documento SITGES 2005. En Defensa de las personas con deterioro cognitivo y demencia.

¹¹⁸Documento Sitges 2009, p. 38.

decidir”, aportando para ello un método de carácter científico. El método propuesto ha de servir para orientar el análisis, pero nunca podrá suplir la impresión extraída del contacto personal y de la evaluación de las circunstancias que concurran en cada caso concreto, abordado desde la predisposición o principio ético de “tratar de atender, tratar de entender.

El proceso de tomar una decisión es altamente dependiente de la cognición. Si en el momento de tomar una determinada decisión el individuo no posee la capacidad cognitiva necesaria para ello, o se halla en una situación de desequilibrio psicológico, la resolución tomada podría ser contraproducente para los intereses del propio individuo o involuntariamente nociva para otras personas. Una vez que el artículo 12 de la Convención adopta una variante del modelo denominado “social de discapacidad”, el de diversidad¹¹⁹, basado en los postulados de los movimientos de vida independiente, mediante el cual la persona con discapacidad es diversa a otra, con lo que su presencia en las sociedades es un verdadero factor de enriquecimiento, y demanda el reconocimiento de derechos específicos de estos grupos, no tanto desde una argumentación de tipo universalista, sino más bien de tipo particularista¹²⁰, ha de disponer de los apoyos o de la asistencia necesaria para la toma de decisiones concretas, de tal modo que no se le prive a la persona que lo padezca de su capacidad de forma absoluta.

¹¹⁹ Sobre el modelo de diversidad PALACIOS, A. Y ROMAÑACH, J., *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, ed. Diversitas, AIES, 2006.

¹²⁰ DE ASIS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M^a. C., CUENCA GÓMEZ, P., PALACIOS RIZZO, A., “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las personas con Discapacidad en el Derecho Español”, en: *Estudios sobre el Impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico Español*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, p. 16.

El contenido del mencionado artículo 12 de la CDPD fue uno de los temas más polémicos en las negociaciones del Tratado, hasta el punto de que las discusiones pusieron en peligro la aprobación del texto en las últimas sesiones, pues implicaba un cambio fundamental a la hora de regular la capacidad legal de las personas con discapacidad, especialmente en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros, cuando la persona tiene limitaciones o restricciones para tomar decisiones propias¹²¹. Por ello la CDPD es contraria a cualquier forma de intervención restrictiva o limitación de la capacidad, y orienta la legislación de los Estados parte a la regulación de apoyos y asistencias para que la completa capacidad sea una realidad, exigiendo la adopción de garantías o salvaguardas por parte de los Estados miembros que hagan posible esa asistencia, eviten situaciones de abuso e injusticias y permitan el acceso de las personas con discapacidad a derechos patrimoniales básicos en igualdad de condiciones con el resto de la población¹²². Así se exige una revisión profunda de instituciones muy arraigadas en nuestro derecho, como la tutela, curatela, guarda de hecho, prórroga de la patria potestad, que deberán desaparecer y ser sustituidas no de golpe, deberán los dos sistemas funcionar en paralelo para que el sistema no sea inoperante¹²³, la Convención se decanta por el reconocimiento de la personalidad jurídica plena, y orienta la legislación a la regulación de apoyos y

¹²¹ CERMI: La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su aplicación en España, *op. cit.*, p. 7.

¹²² Informe Olivenza de 2010, Las personas con discapacidad en España, Observatorio Estatal de discapacidad.

¹²³ Propuesta de posicionamiento del Foro Europeo de la Discapacidad. Elementos clave de un sistema de apoyo en la toma de decisiones, Documento para su aprobación, DOC-AGA-08-05-02.

asistencias puntuales para que la completa capacidad sea una realidad efectiva¹²⁴.

Estas dos últimas propuestas, a pesar de sus buenas intenciones, han quedado en un segundo plano. No se trata de hacer un rechazo frontal a la normativa en vigor, sino de saber si cumple en ellas los principios de la Convención, con independencia de su terminología.

El proceso de adaptación de la Convención en nuestro ordenamiento, se ha hecho a través de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹²⁵, Previamente se elaboró un informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación a la Convención de la ONU¹²⁶ donde se establece el procedimiento de reforma en las distintas leyes no solo se modifican las de carácter civil por la entrada en vigor de la Convención, se encuentran propuestas de distintos colectivos implicados, se concilia las instituciones tutelares tradicionales con los principios de la Convención. Posteriormente se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, se pasa así a considerar a las personas con discapacidad plenamente como sujetos

¹²⁴ Guía de Buenas prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia a la luz de la Convención de la ONU y de las reglas de Brasilia, Consejo del Poder judicial, 2011.

¹²⁵ Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, que adecua la regulación reglamentaria vigente en materia de discapacidad a las directrices de la Convención en la línea marcada por la Ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (BOE de 17 de septiembre de 2011).

¹²⁶ Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010.

titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social¹²⁷.

Hoy es una realidad que la capacidad jurídica se refiere específicamente a la toma de decisiones formales o jurídicas, pero hay que tener un enfoque amplio y entender el derecho a decidir, que incluye decisiones de todas las esferas de la vida, tanto formales como informales. En este sentido abarca:

a) Decisiones sobre la vida personal: desde las decisiones cotidianas como las relacionadas con los cuidados personales, la ropa, los lugares de ocio, como otras de mayor relevancia jurídica como la firma de un contrato, el derecho al voto, etc.

b) Decisiones sobre la salud; que implica tanto entender y recibir información sobre sus problemas de salud y las intervenciones médicas, como el consentimiento informado.

c) Decisiones sobre asuntos económicos y bienes: relativo a que las personas puedan decidir dónde y con quién quieren vivir, la gestión de sus recursos, apertura de una cuenta bancaria, recibir testamentos etc.¹²⁸.

¹²⁷ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (BOE, 3-12-2013). Esta norma se dicta en aplicación de lo previsto en la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, tal como consta en el Preámbulo de la Ley, y en ella se integra a) La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad. b) La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. c) La Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

¹²⁸ CERMI, Derechos humanos y Discapacidad .Informe España 2015. Elaborado por la Delegación del CERMI para la Convención de la ONU y los Derechos Humanos. Informado por el Comité de Apoyo del CERMI para la Convención de la ONU el 15 de enero de 2016. Aprobado por el Comité Ejecutivo del CERMI Estatal de 3 de marzo de 2016, p. 78.

Por otra parte, es necesario adaptar al espíritu, y también a la terminología de este texto internacional, la legislación sustantiva y procesal, a fin de garantizar que la modificación de la capacidad de obrar de las personas que no están en condiciones de gestionar por sí solas sus intereses sea la estrictamente necesaria para su adecuada protección y cumpla los requisitos de proporcionalidad y adecuación al fin perseguido. Se garantiza el respeto a los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad y, en particular, que las medidas de apoyo en la toma de decisiones y protección establecidas en su beneficio se articulen tomando en consideración sus deseos y preferencias. Con carácter excepcional y en situaciones que lo justifiquen se podrá actuar en el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar por tercero en representación de la persona con discapacidad, cuando se anule su capacidad jurídica. En cuanto a las facultades y acciones de carácter personal y los derechos de la personalidad no se pueden ejercitar por representante, lo que lleva a concluir que la modificación de la capacidad de obrar declarada no debe afectar al ejercicio de los derechos de la personalidad, en tanto la persona con discapacidad cuente con una capacidad natural para su normal ejercicio¹²⁹.

Me sorprende enormemente como un texto elaborado por el Gobierno y aprobado por el Consejo de Ministros, se refiere a “cuando se anule su capacidad jurídica”. Entiendo que será un error o se refiere más bien a la capacidad de obrar.

A la pluralidad de problemas que apunté anteriormente sobre la materia de capacidad, se añaden otros no menores, el principal a mi juicio, el del desarrollo legislativo posterior a la Convención, que

¹²⁹ Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010.

conlleven a su vez multitud de reformas en distintas materias. La adaptación de las leyes se suceden continuamente lo que a veces es un problema por falta de unicidad, las más recientes es, la LJV ¹³⁰ como dice su preámbulo: “También se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente”, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se dio una nueva redacción al art. 303 del Código Civil, en que el legislador pretende introducir un cambio importante en cuanto a la aplicación de la Convención en apoyos puntuales como es la guarda de hecho. En todo caso, debe tenerse presente que esta ley no ha hecho la necesaria modificación sustantiva de adaptación a la Convención en términos de garantía del reconocimiento a la capacidad jurídica y el pase de un sistema de sustitución a uno de apoyo como nos recuerda de vez en cuando el CERMI¹³¹. Mantengo que la adaptación hasta el momento es trascendental, y acaso se eche en falta su ordenación al no hacerlo en un único texto.

Por lo que se refiere a la repercusión en la adaptación legislativa a la Convención en el campo del Derecho civil, dos son las causas, a juicio de GARCÍA PONS que llevan aparejado un aparente incremento de las dificultades para conseguirla: a) por una parte, el tradicional carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación (en la antigua terminología), que continúa pesando en la doctrina como una especie de losa que permanece en el tiempo; y b) por otra, las aparentes dificultades

¹³⁰ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE, 3 de julio de 2015).

¹³¹ CERMI, Derechos humanos y Discapacidad. Informe España 2015, *op. cit.*, p. 79.

de comunicación entre la doctrina civilista y el mundo de la discapacidad, representado fundamentalmente por las asociaciones de personas y de familiares de personas con discapacidad¹³².

A pesar de que la reforma planteada en un principio causó sorpresa al hacerla en dos escenarios distintos, puede comprenderse su necesidad al tener que igualar leyes no estrictamente de protección jurídica por una parte, y por otro, aquellas que formen un verdadero sistema de guarda y protección para las personas vulnerables que sea paradigma de reconocimiento de derechos. Por lo que será un reto por partida doble valorar propuestas y no textos definitivos, nada de ello impide un estudio serio y riguroso de cómo se puede plantear los cambios legislativos en el Derecho Español y a veces también mostrando las contradicciones que puedan existir, pese a que existe todo un mundo de la discapacidad, cuyas inquietudes y anhelos resultan prácticamente desconocidos para gran parte de la doctrina civilista, que, salvo contadas excepciones, permanece ajena a todo ese mundo en continuo progreso e investigación¹³³.

Sin embargo la mayor parte de las críticas vertidas a la legislación española no se pueden mantener si pensamos que la trayectoria del sistema español no ha dejado de evolucionar a través del tiempo, sin que ello signifique que todo hayan sido aciertos. Así se ha manifestado recientemente el MF:

“No obstante, hay que señalar que desde fechas anteriores a dicha Convención, la dinámica legislativa española, en desarrollo de una

¹³²GARCIA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *ADC*, tomo LXVI, 2013.

¹³³ GARCIA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *op. cit.*, p. 137.

política de previsión en relación con el tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, que se establece en el art. 49 de la Constitución, ya venía adaptando nuestro sistema a las conveniencias y necesidades de protección de las personas más vulnerables por razón de su edad o situación de discapacidad, con el objeto de procurarles la atención especializada y el amparo necesario para el disfrute de sus derechos fundamentales”¹³⁴.

En palabras de DE LORENZO, “la reforma de 1983 vino a constituir el primer paso del proceso de implantación en nuestro ordenamiento jurídico del modelo social de atención a la discapacidad que se ha producido en las últimas décadas, centrado en la salvaguarda de la dignidad de las personas con discapacidad, su integración social y el logro de su igualdad real y efectiva”¹³⁵. Lo advierte la sentencia del TS de 29 de abril 2009 cuando expresa, “De este modo debe afirmarse que el Derecho español, en aplicación de lo establecido en el Art. 49 CE, ha tomado la iniciativa en la protección de este grupo de personas que por

¹³⁴ Así, la regulación sustantiva y procesal sobre el régimen jurídico de las personas con discapacidad, en la actualidad contenida básicamente en los arts. 199 y ss. CC y arts. 756 y ss. LEC., fue modificada mediante la reforma operada en el Código Civil por Ley 13/1983, de 24 de octubre, que abandonó el sistema tradicional basado en binomio capacidad o incapacidad, instaurando un sistema proteccionista, en el que se admiten diversas situaciones adaptables a las necesidades de protección del necesitado de la medida. Idéntica orientación siguió la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *de reforma del Código civil en materia de adopción*. Posteriormente, mediante la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, se ha introducido un nuevo sistema de protección sin declaración de incapacidad, aplicable a personas a las que se refiere el art. 2.2 de dicha Ley. En el mismo sentido la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, *de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*, y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, *de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, tienen por objeto impulsar las garantías suplementarias que precisan las personas con discapacidad para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país. instrucción nº 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.

¹³⁵ DE LORENZO GARCIA, R., “Los contornos del derecho de la discapacidad, en Hacia un Derecho de la Discapacidad”, en: *Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* / coord. Luis Cayo Pérez Bueno (dir.), ed. Aranzadi, 2009, p. 56.

sus características personales pueden sufrir una serie de limitaciones en su integración social y ello se ha realizado tanto en el campo del Derecho civil, como en el ámbito del bienestar social. Cuál deba ser la forma de identificar la situación jurídica de estas personas no pertenece a este Tribunal decidirlo; será el poder legislativo quien va a tener que fijar las normas para su nominación, porque esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las instituciones de protección”. Como ha puesto de manifiesto MORANTE VALVERDE, al decir que el Derecho Civil no sería concebible sin un mínimo de independencia personal, y los juristas, como custodios del derecho, tienen un deber vital en su guarda. Por ello, a todas luces, en el sistema de incapacitación y del declarado incapaz, debe llegar a su culminación el enfoque del papel protector del derecho civil sobre la persona humana. De esta manera, esa concreta regulación va a significar una valiosa garantía frente a la arbitrariedad¹³⁶.

Los tribunales vienen sosteniendo que la incapacitación únicamente constituye un sistema de protección frente a las limitaciones existenciales del individuo, y que nunca podrán discutirse los derechos fundamentales del sometido a dicho sistema de protección. De forma más clarificadora “la normativa vigente sobre tutela ha venido a potenciar la intervención judicial, en cuanto garante de los derechos del incapaz de tal modo, que las decisiones a adoptar en tal ámbito han de estar inspiradas necesariamente por el prevalente beneficio de aquel, como así, lo proclaman en lo que concierne a la designación de tutor, los artículos 234 y 235 del C. Civil; sin que exista una vinculación de la decisión judicial al orden preestablecido de parentesco, otorgándose por

¹³⁶ MORANTE VALVERDE, A., “Incapacidad y Salud mental”, en: *Derecho de la persona: acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho*/ coord. por Isaac Ravetllat Ballesté, ed. Bosch, 2011, p. 160.

el contrario al Juez facultades cuasi discrecionales en cuanto lo que debe prevalecer es el beneficio del tutelado con designación de quien, que sus relaciones con el mismo considere más idóneo; así el Juez, nombra tutora de la incapaz a su sobrina en resolución motivada, por su mayor dedicación y ocupación a diferencia de otros familiares de mayor grado de parentesco. Por todo ello no procede decir; que la resolución recurrida sea arbitraria y contraria a derecho, sino plenamente acorde al superior interés de la incapaz”¹³⁷.

“La institución tutelar tiene un cariz eminentemente protector y es sustitutiva y subsidiaria de la patria potestad, a la que suple, persiguiendo el objetivo de aseguramiento y garantía de la guarda de la persona, así como el de la protección de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que al menor o incapacitado correspondan. En el caso que hoy se somete a nuestro estudio, la controversia se centra en el ámbito personal de la tutelada, es decir, en la manera de suplir su incapacidad jurídica de decidir la relación que aquélla ha de tener con sus hijos, en concreto con el solicitante de las visitas a su madre. Conviene resaltar al respecto, que la tutela se califica por la doctrina como un oficio de derecho privado que lleva consigo determinadas funciones: el tutor no es titular de una situación jurídica de interés propio, sino de una situación compuesta de poderes, con todos los deberes inherentes a los mismos. Ello permite afirmar que la tutela, igual que la patria potestad, tiene un carácter debido, en el sentido de imponer al tutor el deber de ejercicio del cargo en beneficio del tutelado. Por esta razón se explica el contenido del primer párrafo del art. 216 del Código Civil”¹³⁸.

¹³⁷ AAP Madrid, de 13 febrero de 2002, las decisiones judiciales a adoptar: han de estar inspiradas necesariamente por el prevalente beneficio del incapaz.

¹³⁸ AAP Navarra de 23 abril de 1999,. En parecidos términos “Por lo que, existiendo en

5.2. Resultados declarados en el ordenamiento español tras la Convención

5.2.1. Evolución de la legislación española a la espera de la reforma de su derecho interno: aumento de reconocimiento de derechos

el caso que nos ocupa, un proceso de incapacitación en curso, es evidente que, dicha medida puede ser solicitada o adoptada en el momento en que nos encontramos, si a ello ha lugar, por concurrir la necesidad de su adopción para proteger al presunto incapaz durante la tramitación del recurso de casación, aun cuando, con anterioridad, no se hubiere accedido a ella. Ello determina igualmente que deba rechazarse la alegación de incoherencia postulada, por cuanto, la medida debe ser adoptada cuando el juez advierta la necesidad de acordarla. La protección de su patrimonio lo es en función de la seguridad que le reporta al presunto incapaz, y en la medida en que, a consecuencia de su falta de autogobierno, no puede hacerlo por sí mismo y con la finalidad de lograr un beneficio concreto para el presunto incapaz”. AAP. de Islas Baleares de 22 abril de 2002. Para dar solución a tan importante cuestión, de la que depende, en gran medida, la mejor atención y cuidado del incapaz y, en definitiva, su bienestar en todos los órdenes, debemos partir necesariamente de lo dispuesto en el art. 167 del C.F. que establece que las funciones tutelares se habrán de ejercitar necesariamente en beneficio del tutelado. Es por ello que el nombramiento de tutor tiene que ser única y exclusivamente en beneficio del tutelado, de ahí el aumento de la intervención judicial (STS de 22 de julio de 1993), partiendo de la base de que ha de quedar suficientemente garantizado el cuidado y atención de la persona del incapaz, así como de sus bienes, la solución a adoptar ha de ser la que propicie las mayores garantías de objetividad, imparcialidad, desinterés y adecuación a las particulares circunstancias del incapaz. Conviene reseñar que, como es sabido, la naturaleza jurídica de la tutela se configura, en nuestro sistema actual como una tutela de autoridad, destacando su carácter de deber (art. 168.3 C.F.) que descarta toda especulación o posibilidad acerca de una posible renuncia o abandono a los cargos tutelares, por lo que al ser dicho cargo obligatorio o necesario no puede ser declinado más que en virtud de causa legítima debidamente justificada, cual es la excusa, admitiéndose la excusa por las causas y procedimiento que expresamente prevé el CC en los artículos 187 Y 189 del C.F. , estableciéndose, además, por el art. 759.2 de la Ley Ritual , un imperativo de audiencia previa, a la toma de decisiones sobre éste particular, de los parientes más próximos del presunto incapaz, e incluso de éste, si tuviere suficiente juicio, para concretar lo conveniente o beneficioso para el mismo, y también de cuantas personas considere oportuno el Tribunal; norma, por otra parte, que tiene declarado la Jurisprudencia que es un trámite esencial que debe acordarse de oficio y que tiene alcance constitucional en cuanto afecta al desarrollo de la personalidad, de tal modo que su falta de realización origina la nulidad de actuaciones, si bien puede obviarse dicho trámite si todos los pariente actúan como parte en el proceso de incapacitación (así SSTS 30-2-1995 19-2-1996 (RJ 1996, 1413) , 9-5-1997, 12-6-1989, 24-5-1991, 4-3-2000 (RJ 2000, 1342) ; entre otras). A.P. de Girona (Sección 1ª), Sentencia núm. 387/2010 de 17 noviembre AC\2011\683.

Las resoluciones de jueces y tribunales ya están aplicando muchas categorías previstas en la Convención, pero que se habían reconocido anteriormente a su entrada en vigor por la normativa interna vigente.

La Convención de la ONU que garantiza los derechos de las personas con discapacidad se considera un acontecimiento fundamental y definitivo en la consolidación del verdadero Derecho de la Persona. Hasta este momento, no podemos más que reconocer un Derecho Civil incompleto, que dejaba a un gran número de personas desprotegidas y que seguía sin garantizarles la titularidad de sus derechos fundamentales. Quizá lo que más trascienda en la práctica es que se altera “la normalidad” de cómo se resolvían un gran número de procedimientos de incapacitación. Salvo en supuestos muy concretos, no se aplicaba la graduación de la capacidad reconocida en la reforma de la Ley 13/83 de 24 de octubre, con algunas excepciones dignas de tener en cuenta y que han servido, a mi juicio, para confrontar la realidad del procedimiento que se venía aplicando hasta ahora¹³⁹.

La interpretación jurisprudencial por la Sentencia de 29 de abril de 2009 del TS, concilia la normativa en vigor con los principios de la Convención, a la vez que es el argumento definitivo hacia una nueva forma de entender y aplicar el Derecho en materia de capacidad. El hecho de que aún no se haya producido la modificación legislativa deseada del procedimiento de la capacidad de obrar por los diferentes colectivos implicados- es decir de ruptura de la legislación anterior- no significa que no se hayan producido avances en las resoluciones judiciales, que hacen que algunas de ellas parezcan que provienen de un ordenamiento jurídico extranjero o al menos distinto al nuestro. Al

¹³⁹ Entre otras Sentencias destaca por su importancia la de la SAP de Málaga de 15 de enero de 2002, que ha sido puntera en la graduación de la incapacitación con respecto a las de su época. Rompe con la tónica de lo que se venía resolviendo en su época, ya que ajusta la capacidad al padecimiento o a la enfermedad concreta de la persona.

menos Cataluña con la reforma del Libro segundo del Código Civil, ha quebrado con la demora en la modernización de su derecho, y la integración del derecho de la persona y de la familia en el Código civil catalán no se ha hecho mediante una propuesta de modificaciones de adición, supresión o nueva redacción de las normas vigentes, previendo una refundición ulterior en el nuevo libro segundo. Se ha optado, por contra, por presentar un texto alternativo íntegro, lo que evita las dificultades inherentes a una refundición posterior y permite contextualizar las numerosas e importantes novedades que se introducen al aprobar el Libro segundo. Respecto a los intereses de los colectivos especialmente vulnerables, el ordenamiento civil debe hacer posible, no obstante las especiales necesidades de protección por razón de edad o de disminución psíquica o física, que todas las personas puedan desarrollar su proyecto de vida y tomar parte, en igualdad de derechos y deberes, en la vida social. Es por ello que la nueva regulación pone énfasis en la capacidad natural de las personas y en el respeto a su autonomía en el ámbito personal y familiar, sin ignorar que la posibilidad de abusos reclama la previsión de mecanismos de control adecuados. La principal característica del Título II es que incorpora una gran variedad de instrumentos de protección, que pretenden cubrir todo el abanico de situaciones en que pueden encontrarse las personas con discapacidad¹⁴⁰.

No es fácil pronunciarse con absoluta precisión acerca del grado de correspondencia del Derecho interno español con los valores, principios y mandatos de la Convención de las Naciones Unidas. La dificultad radica en que el ordenamiento jurídico español en materia de discapacidad es el resultado de una acumulación de disposiciones, de muy distinto origen temporal y de muy diverso propósito. No existe un

¹⁴⁰ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, (BOE 21/07/2010).

plan ordenado, armónico y concorde. No disponemos de un sistema jurídico de la discapacidad, sino de una suma de normas, hijas de distintas épocas que, en ocasiones, llegan a ser contradictorias. Frente a ello, la Convención es un tratado amplio e integral, producto de un único acto normativo¹⁴¹.

He creído conveniente referirme principalmente a la doctrina que mantienen jueces y tribunales en un momento de transición de una normativa presidida por la incapacitación, responsable de la sustitución de la voluntad de la persona, a otra fundamentada en el sistema de apoyos en la toma de decisiones y de obligado cumplimiento por la entrada en vigor de la Convención ya anunciada en el año 2009¹⁴².

Este tránsito está siendo de un interés primordial por la labor desarrollada por distintos operadores jurídicos que ha dado como resultado un material riquísimo que sustituye al legislador, al menos por lo que conocemos en la actualidad. Esta abundancia normativa ha sido posible por el esfuerzo considerable del Ministerio fiscal, de notarios y otros colectivos implicados. Me referiré a continuación al reconocimiento de los derechos derecho de sufragio a contraer matrimonio, y a testar.

¹⁴¹ CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M^a. C., *La nueva posición del tutor en la legislación y en la realidad actual*, ed. Aranzadi, 2013, p. 12.

¹⁴² 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 y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad, concede al Gobierno un plazo de seis meses a partir de su entrada en vigor (que tuvo lugar el 26 de junio de 2009), para remitir a las Cortes 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”.

6. Reconocimiento de derechos

6.1. Derecho de sufragio

La declaración expresa en la sentencia de la conservación y ejercicio del derecho de sufragio, en su caso, es una manifestación del art. 29 de la Convención¹⁴³, a tenor del cual, y en la medida en que el sufragio tiene el carácter de derecho fundamental, y su limitación afecta al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10.1 CE, su privación únicamente puede realizarse en virtud de sentencia judicial, siendo preciso que en la misma así se declare expresamente¹⁴⁴.

En consecuencia, para la limitación del derecho de sufragio habrá de acreditarse, mediante la actividad probatoria suficiente, que el estado físico y psíquico del afectado le imposibilita para decidir de forma libre

¹⁴³ El art. 29 de la Convención bajo el epígrafe “Participación en la vida política y pública” establece que los Estados garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a: a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante: i) La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar; ii) La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda; iii) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar (...); b) Promover activamente un entorno en el que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, y fomentar su participación en los asuntos públicos y, entre otras cosas: i) Su participación en organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política del país, incluidas las actividades y la administración de los partidos políticos; ii) La constitución de organizaciones de personas con discapacidad que representen a estas personas a nivel internacional, nacional, regional y local, y su incorporación a dichas organizaciones.

¹⁴⁴ Entre otras veáanse: SAP de Navarra de 11 de marzo de 2010. SAP Asturias de 23 de septiembre de 2013.

y consciente sobre quién ha de representarle en los asuntos públicos a los que se refiere el derecho de sufragio activo. Y únicamente en casos excepcionales los Jueces podrán privar del derecho de sufragio mediante sentencia, en que se exprese el análisis de los correspondientes elementos probatorios sobre las facultades para hacer uso del derecho al sufragio de la persona con discapacidad, lo cual es incompatible con una mera consideración genérica o rutinaria. Para que proceda decretar la pérdida del derecho de sufragio, no basta con acreditar que una persona está impedida para regir su persona y bienes, sino que es preciso probar algo más: hay que demostrar que la persona sometida al proceso de determinación de su capacidad no puede ejercitar su derecho de sufragio en función de una especial discapacidad para ello¹⁴⁵. El artículo 3 de la Ley de Régimen Electoral General¹⁴⁶ señala a este respecto que “sólo carecen de derecho de sufragio los incapaces en virtud de sentencia firme, siempre que declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio”, a cuyo fin, según su apartado 2, “los jueces y tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio”.

De no contener la sentencia tal pronunciamiento expreso, se entenderá que no se priva al discapacitado del ejercicio del referido derecho. Como ocurre en la limitación del ejercicio de cualquier derecho, también aquí deberá el juez justificar el supuesto en el que el sujeto resulta inhábil para su ejercicio y, en consecuencia, le priva del mismo, por lo que resulta evidente, a tenor del referido precepto legal, que la pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia necesaria

¹⁴⁵ Instrucción nº 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.

¹⁴⁶ La LO 5/1985, del 19 de junio, sobre Régimen Electoral General.

de la incapacidad, de suerte que es posible la limitación o modificación de la capacidad conservando la persona su derecho de sufragio, lo que sin duda contribuirá a un mayor sentimiento de utilidad en el ámbito social y en definitiva a la mayor inclusión social¹⁴⁷.

La manifestación de voluntad ha de ser ejercitada por la persona con discapacidad, sin que pueda ser suplantada por la de otra persona. Cuestión diferente es que al discapacitado se le provea de todos los medios y apoyos precisos para que la discapacidad no suponga un límite para el ejercicio del derecho de sufragio, lo cual constituye la garantía a la que se refiere el apartado iii) del art. 29 a) de la Convención, cuando hace referencia a que otra persona de su elección les preste asistencia para votar.

Podemos afirmar el cambio tan radical operado por el intérprete judicial después de la entrada en vigor de la Convención, baste como muestra concluyente esta sentencia¹⁴⁸. “Por lo que se refiere a la privación del derecho de sufragio activo, a la vista de las pruebas obrantes en el expediente, el recurso debe ser estimado: Ante todo, como bien se pone de relieve en él, nadie solicitó tal privación. En segundo lugar, porque la facultad de reflexionar sobre el sentido del voto y emitirlo con inteligencia, sentido crítico, independencia y responsabilidad está preservada en el señor Aníbal. La libertad de voto se basa en la posibilidad de procurarse información y en una cantidad suficiente para ser asimilable y manejable, y en la capacidad de

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, J., SIMÓN RODRÍGUEZ VICENTE, C., MAGRO SERVET, V., “Capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad y apoyos en el ejercicio de su capacidad de obrar: aspectos principales de la Convención de la ONU ya contemplados por nuestro ordenamiento jurídico”, en: *Guía de buenas prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la administración de justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las reglas de Brasilia*, op. cit., p. 124.

¹⁴⁸SAP de Barcelona de 7 octubre de 2010.

procesarla y actuar en consecuencia, sin interferencias externas. No hay ningún motivo para afirmar que el apelante carece de alguna de tales aptitudes” .En la misma dirección, la propia Instrucción de la Fiscalía a la que nos estamos refiriendo “La determinación de la capacidad para ejercer el derecho de sufragio activo, aún sin desconocer la trascendencia social y política del mismo, únicamente precisa del análisis de la capacidad de la persona para realizar una manifestación de voluntad -el voto- expresiva de su opinión o decisión personal sobre las diversas ofertas electorales, la cual está en función de la formación cultural de cada persona y de sus sentimientos políticos”¹⁴⁹. El Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU ha hecho una serie de observaciones respecto al art 29 de la CPDP, sobre el grado de cumplimiento por parte de España de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad en el período 2008-2010¹⁵⁰, aún cuando en el informe presentado por nuestro país, establecía el Comité por una parte, un conjunto de medidas para asegurar el derecho al voto de todas las personas con discapacidad de forma independiente o asistida por una persona de su elección y, por otro,

¹⁴⁹ Instrucción nº 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.

¹⁵⁰ Sírvanse indicar los criterios y procedimientos para retirar el derecho de voto activo y pasivo a las personas que han sido declaradas legalmente personas con discapacidad (párrafos 136 y 137, CERMI, *Informe alternativo, España 2010*; párrafos 214 a 227 del informe del Estado parte). El Gobierno de España nombró en septiembre de 2009 al CERMI como organismo de seguimiento independiente para promover, proteger y supervisar la aplicación de la Convención, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 33.2 del Tratado internacional. El CERMI elabora el Informe Alternativo de la situación de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad en España 2010, que tiene como finalidad analizar el estado de aplicación y respeto de los derechos y principios incluidos en la Convención Internacional sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (en adelante CDPD). Además para la elaboración de este informe se ha contado con el apoyo del Institut de Drets Humans de Catalunya (IDHC) El objetivo principal de este análisis es ofrecer información complementaria a la proporcionada por el Gobierno para que el Comité de Expertos de la CDPD pueda aportar unas observaciones finales que ayuden a una mejor implementación de la Convención y al respeto de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad.

medidas para asegurar la accesibilidad plena de los procedimientos, instalaciones y materiales electorales, la respuesta del Comité, no se hizo esperar y entre los motivos de preocupación y recomendaciones, figura el contenido del art. 29 al manifestar:

“Preocupa al Comité que se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución. Le inquieta además que la privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción. El Comité lamenta la falta de información sobre el rigor de las normas en materia de prueba, sobre los motivos requeridos y sobre los criterios aplicados por los jueces para privar a las personas de su derecho de voto. El Comité observa con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto. El Comité recomienda que se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás”

El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley orgánica N° 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar. Además, se recomienda que todas las personas con discapacidad que sean elegidas para desempeñar un cargo público dispongan de toda la asistencia necesaria, incluso asistentes personales¹⁵¹.

¹⁵¹ El Comité examinó el informe inicial de España (CRPD/C/ESP/1) en sus sesiones 56ª y 57ª (véase CRPD/C/6/SR.3 y SR.4), celebradas el 20 de septiembre de 2011, y

Recientemente se ha manifestado el Parlamento Europeo al expresar su preocupación “sobre el hecho de que muchas personas con discapacidad siguen sufriendo discriminación en lo que se refiere a la falta de igualdad de reconocimiento ante la ley y la justicia y pide a los Estados miembros que remedien estas deficiencias, también por lo que respecta al acceso efectivo a la justicia por parte de las personas con discapacidad y la formación adecuada de quienes trabajan en el ámbito de la administración de justicia, como el personal policial y penitenciario, y hace hincapié en la importancia de garantizar la participación igualitaria en la vida política y pública, a saber, el derecho a votar, a presentarse a las elecciones y a desempeñar un cargo público, de conformidad con el artículo 29 de la CDPD, pues según estimaciones de ONG especializadas y expertos electorales, solamente puede participar en las elecciones un pequeño porcentaje de las personas con discapacidad”¹⁵². No puedo más que compartir con DIAZ ALABART la crítica a la actual Ley del régimen electoral general, pero hasta en tanto no sea objeto de modificación para su adaptación a la CDPD, entiende que sería preciso reservar la facultad judicial de privación del sufragio activo únicamente a los casos en los que el incapacitado tenga carencias muy graves de discernimiento, estableciendo en la ley la necesidad de que el juez tenga que motivar la privación tal y como dispone el CC en otros casos también en sede de tutelas¹⁵³, a la vez que una completa regulación de la problemática del derecho de sufragio activo y pasivo, tal

aprobó las siguientes observaciones finales en su 62ª sesión, celebrada el 23 de septiembre de 2011. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sexto período de sesiones, 19 a 23 de septiembre de 2011. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención.

¹⁵² Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de septiembre de 2011, sobre la movilidad y la inclusión de las personas con discapacidad y la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, (2010/2272(INI)).

¹⁵³ DIAZ ALABART, S., “El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La Visión Civilista”, *RDP*, nº 96, 2012, p. 16.

como la autora ha reconocido. En parecidos términos, se pronuncia el TS¹⁵⁴: “El artículo 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1 b y 2 de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de este estado, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. “Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal. La decisión de privación del derecho de sufragio activo es por tanto legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York, sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, para calibrar la necesidad de una medida dirigida a proteger los intereses del incapaz y el propio interés general de que la participación electoral se

¹⁵⁴ STS de 17 de marzo de 2016.

realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada, como advierte la sentencia recurrida”. En el mismo sentido y poniendo más énfasis como derecho fundamental: “Nada se argumenta en la sentencia de que no pueda hacerlo, de que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido cuestionada y parece además conveniente que así lo haga de forma libre, como medida terapéutica para el tratamiento de su enfermedad, que puede verse afectada por el rechazo que deriva de su estado”¹⁵⁵.

El art. 29 de la Convención bajo el epígrafe “*Participación en la vida política y pública*” establece que los Estados garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:

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

i) La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar;

ii) La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las

¹⁵⁵ STS de 24 de junio de 2013. En parecidos términos véase, STS de 1 de julio de 2014.

elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda;

iii) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar (...).

El derecho a participar en los asuntos públicos directamente mediante el derecho de sufragio es uno de los derechos políticos esenciales que establece la Constitución Española en su art. 23.1 y los requisitos de ciudadanía y edad, precisos para su ejercicio, se definen en el art. 2 de la *Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, de 19 de junio de 1985 (LOREG), que reconoce el derecho de sufragio activo a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente.

El artículo 3.1 b) de la LOREG establece que carecen de derecho de sufragio los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio, y el número 2 del mismo precepto, que los Jueces y Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del derecho del sufragio.

A tenor del citado precepto y en la medida en que el sufragio tiene el carácter de derecho fundamental y su limitación afecta al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10.1 CE, su privación únicamente puede realizarse en virtud de sentencia judicial, siendo preciso que en la misma así se declare expresamente. En

consecuencia, para la limitación del derecho de sufragio habrá de acreditarse, mediante la actividad probatoria suficiente, que el estado físico y psíquico del afectado le imposibilita para decidir de forma libre y consciente sobre quien ha de representarle en los asuntos públicos a los que se refiere el derecho de sufragio activo.

La conjunción de estas disposiciones de la Ley General Electoral de acuerdo con el espíritu de la Convención, exigen respetar la autonomía de la persona con capacidad modificada en el ejercicio de los derechos fundamentales, de modo que no podrá privársele del derecho de sufragio activo con carácter general. Únicamente en casos excepcionales los jueces podrán privar del derecho de sufragio mediante sentencia en la que se exprese el análisis de los¹⁵⁶.

6.2. Derecho a contraer matrimonio

El art. 23 de la CDPD¹⁵⁷ garantiza *“el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges”*.

El Código civil permite en el art. 56 del Código Civil contraer matrimonio a quienes acrediten reunir los requisitos de capacidad establecidos en dicha norma (artículos 44 y siguientes) y precisa que “si

¹⁵⁶ Instrucción n° 3/2010, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas, Fiscalía General del Estado.

¹⁵⁷ El art. 23 CDPD establece que los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges.

alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento”.

En consecuencia, el Cc no prohíbe contraer matrimonio a las personas con discapacidad ni a todos los incapacitados. Ahora bien, exige plena capacidad de obrar para prestar el consentimiento matrimonial. Por ello, únicamente si el médico que examina al sujeto considera y certifica que, dada la deficiencia psíquica del mismo, éste no tiene capacidad para prestar el consentimiento, entonces no podrá contraer matrimonio¹⁵⁸.

La doctrina explicita esta posición: la eliminación de la posibilidad de contraer matrimonio no viene dada por el hecho de la discapacidad, sino por la imposibilidad de prestar el consentimiento de forma válida. FÁBREGA RUIZ expone claramente la doctrina de la DGRN: “El artículo 56.2º CC hace depender la validez del matrimonio de la capacidad natural concreta en orden a prestar el consentimiento y por ello es admisible el matrimonio en intervalo lúcido. No importa, pues, que el contrayente esté incapacitado o sea tan sólo incapaz según conste al Encargado del registro civil tras la audiencia en el expediente”¹⁵⁹.

- La regla general es la de que los incapaces pueden contraer matrimonio, salvo que se demuestre su incapacidad para este acto. En caso de duda sobre la capacidad de los contrayentes deberá autorizarse el matrimonio.

¹⁵⁸ Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Consejo de Ministros, 30 de marzo de 2010.

¹⁵⁹ FÁBREGA RUIZ, C., “Aproximación de urgencia a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su relación con el Ordenamiento español”, CERMI, Diciembre 2011, disponible en: (www.derechoshumanosaequitas.org/.../convención-y-ordenamiento-español), p.74.

- El dictamen médico – que debe ser realizado por un Médico Forense- no vincula al Encargado ni prejuzga la suerte de la acción de nulidad posterior.
- Es nulo de pleno derecho el matrimonio si no media la capacidad natural para consentir. Esto significa que puede impugnarse por cualquier persona, en cualquier momento, sin que sea posible la confirmación del acto por la mera convivencia.
- Incluso el incapacitado total por sentencia puede testar o contraer matrimonio, con las garantías legales exigidas en cada caso, sin necesidad de que sea previamente modificada la Sentencia de incapacitación. La sentencia de incapacitación, por lo tanto, no determina por sí misma la ausencia de capacidad matrimonial, ya que es posible que la deficiencia mental no se manifieste en materia de consentimiento matrimonial, tan solo constituye una presunción *iuris tantum* de incapacidad que hace necesario el examen médico del contrayente a fin de determinar su discernimiento.

Esta posición de un importante sector de la doctrina es seguida por la DGRN que, considera que negar en principio, la aptitud mental de los incapacitados para el matrimonio sin constatar su discernimiento, supone crear un impedimento no establecido por la ley y una restricción al derecho al matrimonio contraria a la voluntad del legislador¹⁶⁰.

ROMERO COLOMA¹⁶¹, estudia la problemática jurídica del enfermo psíquico para contraer matrimonio, estima que, cuando una persona está incapacitada por sentencia judicial firme, esa declaración de

¹⁶⁰RDGRN de 1 de diciembre de 19, RDGRN de 12 de marzo de 1994, RDGRN de 18 de marzo de 1994. FÁBREGA RUIZ, C., “Aproximación de urgencia a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su relación con el Ordenamiento español”, *op. cit.*p.74

¹⁶¹ ROMERO COLOMA, A., “Capacidad e incapacidad para contraer matrimonio”, *Diario La Ley*, nº 7805, Febrero 2012, p. 67.

incapacidad- la incapacitación- le va a impedir realizar determinados actos, todos aquellos que consten en la sentencia de incapacitación, es decir, todos los que expresamente aparezcan enumerados y enunciados en dicha resolución judicial. Si la incapacidad viene referida, precisamente, al acto de celebración del matrimonio, es evidente, según el punto de vista de la autora citada que esa persona no va a poder contraerlo con eficacia jurídica plena. Afirmar lo contrario es, cuanto menos, absurdo y, por supuesto, contradictorio con el espíritu de la Ley. En síntesis, estamos ante la doctrina que se aplica en nuestro Derecho cuando se realiza cualquier contrato, que es la exigencia de capacidad de obrar. Es entonces inexplicable que no se haya mantenido esta misma teoría en el derecho a contraer matrimonio de las personas discapacitadas y en aquellas en que no haya una manifestación por parte del juez en la sentencia de incapacitación. Si la capacidad es un requisito de validez del contrato, en general, hay que cuestionar por qué no se ha seguido esta misma teoría respecto al matrimonio que, al fin y al cabo, es un contrato a efectos civiles. Esta es otra de tantas cuestiones de difícil respuesta en este campo jurídico. Pero afortunadamente se están resolviendo por las resoluciones de la DGRN y de acuerdo con los principios de la Convención. Entiendo que en este punto es de máxima claridad el derecho a contraer matrimonio por la aplicación de la vigente legislación y no es necesario que una futura ley haga una declaración obligatoria en tal sentido. Siempre hay que reconocer que la persona pueda hacer lo máximo, y sólo hay que restringirle aquello específico que no pueda concluir con conciencia y voluntad, no se le debe pues restringir ese derecho a contraer matrimonio si cumple todos los requisitos para ello. Por ello, me parece acertada, la perspectiva que potenciará que el derecho a contraer matrimonio sea una realidad, igualará éste con los demás derechos, y ayudará a que se cumplan los principios de la Convención.

El TS, “Recogió el criterio general posibilista y general respecto a la capacidad para contraer matrimonio al establecer que el Código Civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (artículo 322 CC), de forma que sólo por la sentencia judicial que contenga la declaración de incapacitación se entenderá constituido este estado (artículos 199 CC Y 756 a 762 LEC). Esta presunción general de capacidad admite excepciones por las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado, y así sucede con el matrimonio porque el artículo 56 del CC dispone en el párrafo segundo que si algunos de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su actitud para prestar consentimiento. Paso previo a exigir el referido dictamen es constatar por el encargado del Registro Civil en la entrevista reservada o por la documental obrante en el expediente, la existencia de alguna deficiencia o anomalía psíquica. Y se exige tal dictamen en vez de negar sin más capacidad, porque en el matrimonio se requiere, como en cualquier otro negocio jurídico, una real y válida voluntad no aquejada de vicios invalidantes, pero, sin embargo, la solución acogida por nuestro Derecho vigente, en línea con los antecedentes históricos, es excluir que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyen por sí mismas impedimento para que la persona afectada por las mismas pueda contraer matrimonio”¹⁶². “Se parte pues de la capacidad general para contraer matrimonio siendo ésta la situación fáctica y presuntiva a la vista del cumplimiento formal del conjunto de requisitos para la celebración del contrato matrimonial. A partir de aquí corresponde a la parte que invoca la nulidad acreditar la falta de consentimiento, la afectación de las facultades del intelecto y/o de la voluntad y su directa

¹⁶² STS de 29 de abril de 2015

correlación causal y ello a tenor de lo dispuesto en art. 217 de la LEC”¹⁶³. Incluso la doctrina del TS va más allá, al mantener, “Tal solución se compeadece con catalogar el derecho del matrimonio entre los derechos humanos y, su protección constitucional (artículo 32 y 53 de la CE). Prueba de ello es la previsión contenida en el artículo 171, párrafo segundo, número cuatro del CC, conforme al cual la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieren sido incapacitados se extingue “por haber contraído matrimonio el incapacitado”, de lo que se colige que la incapacitación judicial del contrayente no es incompatible con la capacidad natural para contraer matrimonio. De ahí, la importancia del dictamen médico si existe constancia o percepción de las deficiencias o anomalías psíquicas. Por ello para considerar infringido el artículo 56 CC sería preciso partir como hecho probado del conocimiento por el encargado del Registro Civil de la deficiencia psíquica del contrayente”¹⁶⁴.

Sin embargo esta doctrina que ha gozado de gran aceptación, en la actualidad ha sido denunciada por el CERMI, después de la entrada en vigor de la LJV que modifica el art 56 del Cc¹⁶⁵, que sostiene, “El texto de la Ley marca una profunda desigualdad en el derecho al matrimonio, así, no sólo no corrige la normativa previa, sino que además, añade limitaciones a las personas con discapacidad sensorial. Esta previsión no sólo es discriminatoria, sino aberrante, y muestra el peso todavía del imaginario sobre la discapacidad, no sólo en su dimensión de exclusión social al igualar discapacidad a incapacidad, sino que, además, no sólo define limitaciones, sino que no prevé ningún mecanismo de

¹⁶³ SAP Barcelona de 10 de marzo de 2016.

¹⁶⁴ STS de 29 de abril de 2015, en la misma línea, STS de 5 de abril de 2011, entre otras.

¹⁶⁵ Aplaza su entrada en vigor al 30 de junio 2017. (Disp.final2ª.9)

equiparación y de apoyo, sino que se limita a un dictamen médico sin ninguna garantía”

El artículo 56 queda redactado del siguiente modo: *“Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código. Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”*¹⁶⁶.

No puedo compartir esta posición, no se fundamenta en la discriminación, sino en los requisitos exigidos para cualquier persona, tenga o no discapacidad y que procura un beneficio y protección para la propia persona.

6.3. El derecho a disponer de sus bienes *Mortis Causa*

Aunque la Convención¹⁶⁷ no se refiere al acto jurídico de testar con carácter expreso, la capacidad para testar aparece unida a la capacidad

¹⁶⁶ CERMI, Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2015. Elaborado por la Delegación del CERMI para la Convención de la ONU y los Derechos Humanos Informado por el Comité de Apoyo del CERMI para la Convención de la ONU el 15 de enero de 2016. Aprobado por el Comité Ejecutivo del CERMI Estatal de 3 de marzo de 2016, p38. El informe denuncia La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria cuestiona la capacidad de las personas con discapacidad para contraer matrimonio. Su entrada en vigor al 30 de junio 2017(disp. final 21º.9)

¹⁶⁷ Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Consejo de Ministros, 30 de marzo de 2010.

para heredar y plenamente conectada con el derecho de las personas a ser propietarias y a controlar sus propios asuntos económicos.

En nuestro derecho, el artículo 662 del Código Civil permite testar a quienes la ley no lo prohíbe expresamente, y el artículo 663 establece la incapacidad para testar de aquél “que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”. Por último, el artículo 665 precisa que en aquellos casos en que la sentencia de incapacitación no precise nada acerca de la capacidad para testar, si el incapacitado quiere otorgar testamento tendrá que acudir al Notario para que éste designe a dos facultativos para que le reconozcan y le autoricen, en su caso, respondiendo de su capacidad. En resumen, no todas las personas con discapacidad ni incapacitadas tienen prohibido testar. Respecto de los incapacitados judicialmente, puede ocurrir que la sentencia de modificación de la capacidad haya establecido una prohibición al respecto o puede ocurrir que no diga nada, en cuyo caso se permitirá al incapacitado testar en las condiciones del artículo 665. CAFFARENA LAPORTA, con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención, había mantenido que el cambio de un sistema rígido de incapacitación, en el que el Código determina sin más y por igual la situación de demente incapacitado, a un sistema flexible, en el que la sentencia determina en cada caso el grado de limitación de la capacidad del declarado incapaz, ha llevado al legislador a limitar el ámbito de aplicación del precepto, que disponía un régimen especial para el testamento otorgado por los incapacitados, a aquellos a los que la sentencia ni ha reconocido ni ha negado la capacidad de testar. El nuevo artículo (art 665, reformado por la ley30/1991) por tanto reconoce

claramente la posibilidad de que la sentencia de incapacitación se pronuncie sobre la capacidad de testar, favorablemente o en su contra¹⁶⁸.

Por ello, no resulta necesario llevar a cabo ninguna modificación de fondo en este aspecto, si bien sí cabría articular alguna medida de apoyo al incapacitado para que pudiera testar con su asistencia. Por último, de nuevo, serían pertinentes ciertas adaptaciones terminológicas, tanto por lo que se refiere a las menciones sobre la “incapacitación”, como en relación con el término “cabal juicio”, demasiado abierto e indeterminado.

La posición de la jurisprudencia es clara sobre la materia. A saber: a) la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b) la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento; c) la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre, y d) por ser una cuestión de hecho la relativa a la sanidad del juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de instancia¹⁶⁹. Por tanto, no resulta necesaria ninguna reforma de la legislación vigente salvo, en su caso, las adaptaciones terminológicas que pudieran requerirse en caso de introducirse una nueva figura de apoyo al incapacitado, así como las que implicaría la posible sustitución del término “incapacitado” por “persona con capacidad modificada”¹⁷⁰.

¹⁶⁸ CAFFARENA LAPORTA, J., “La sentencia de incapacitación y la capacidad de testar”, en: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* / coord. por Antonio Cabanillas Sánchez, vol. 1, 2002.

¹⁶⁹ SSTs de 26 de junio de 2015, de 22 de enero de 2015, de 26 de abril de 2008.

¹⁷⁰ Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Consejo

Una vez más la jurisprudencia, se pronuncia en sentido positivo. “Al considerar que la sentencia, de forma acertada, para determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador hay que probar, de modo concluyente la falta o ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento objeto de impugnación; sin que la declaración judicial de incapacidad del testador, posterior al otorgamiento del testamento, sea prueba determinante, por sí sola, de la falta de capacidad para testar cuando fue otorgado el testamento, dado el carácter constitutivo y sin efectos «*ex tunc*» de la sentencia de incapacitación. De ahí que la sentencia recurrida base su decisión en la valoración conjunta de la prueba practicada llegando a la conclusión, pese a las dudas razonables que presenta este caso, de que no se ha acreditado de manera inequívoca o indudable la carencia de capacidad mental del testador. Conclusión que infiere no de la existencia de una previa o coetánea declaración de incapacidad judicial del testador, sino, como se ha señalado, de la propia valoración conjunta de la prueba practicada. Por lo demás, y ante la ausencia de una prueba concluyente de la incapacidad del testador, al tiempo de otorgar el testamento, la sentencia de la Audiencia aplica correctamente el principio de «favor testamenti» y su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado”¹⁷¹.

de Ministros de 30 de marzo de 2010: “No todas las personas con discapacidad ni incapacitadas tienen prohibido testar. Respecto de los incapacitados judicialmente, puede ocurrir que la Sentencia haya establecido una prohibición al respecto o puede ocurrir que no diga nada, en cuyo caso se permitirá al incapacitado testar en las condiciones del artículo 665”; en el mismo sentido el Primer informe sobre medidas adoptadas en cumplimiento de la Convención internacional sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad añade que “por ello, no resulta necesario llevar a cabo ninguna modificación de fondo en este aspecto, si bien sí cabría articular alguna medida de apoyo al incapacitado para que pudiera testar con su asistencia.

¹⁷¹ SSTS de 8 de abril de 2016, de 26 de abril de 2008, de 30 de octubre de 2012, de 15 de enero de 2013, y 19 de mayo de 2015.

Se trata de aplicar la teoría de conservación de los contratos que se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico al principio de "favor testamenti", como una proyección particularizada a la peculiar estructura y naturaleza de los negocios jurídicos *mortis causa*, "de forma que, constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, sólo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada. Conclusión que resulta reforzada en la valoración conjunta de la prueba, en donde hay que tener en cuenta que tanto los testimonios de las personas que compartieron las fechas cercanas a dicha testamento, como el propio juicio de capacidad que realizó el notario, refieren que la testadora tenía consciencia y voluntad de sus actos"¹⁷².

¹⁷² STS de 10 de septiembre de 2015. SAP Valencia de 5 de noviembre de 2012:a) Toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, en consecuencia, ha de presumirse su capacidad para emitir consentimiento válido en tanto no se demuestre de forma inequívoca y concluyente que al tiempo de realizar la declaración de voluntad contractual tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción que se ajustan al principio general de conservación del negocio jurídico ("favor contracti" y "favor testamenti"). En consecuencia, la carga de la prueba de la incapacidad mental del contratante en el momento decisivo del otorgamiento del contrato impugnado -al que han de venir referidas las condiciones físicas y psíquicas determinantes de la plena capacidad- corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad, que es a quien compete su cumplida y concluyente justificación. A estos efectos la posterior declaración de incapacidad de una de las partes en el negocio jurídico puede constituir un indicio de que la anomalía mental ya existía al tiempo anterior de perfeccionarse el contrato, aunque dicha declaración no tiene virtualidad suficiente por sí sola para justificar necesariamente que la parte se hallase afectada por la causa de incapacidad al momento de otorgamiento del negocio jurídico (SSTS. 24-2-1981 , 1-2 - 1986 , 27-9-1988 , 22-6-1992 , 10-2 y 8- 6-1994, 26-4-1995 y 4-5-1998 , entre otras). b) La aseveración notarial respecto de la capacidad mental de los otorgantes adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre y constituye una enérgica presunción "iuris tantum" de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario; si bien es obvio que la fe pública notarial no ampara la realidad de la capacidad mental de los contratantes o del testador, en su caso, en la medida en que la aseveración del notario constituye una apreciación subjetiva basada en su impresión personal (por ejemplo, sentencias de 21-

En resumen, se puede reputar válido un testamento cuando hay una voluntad clara, inequívoca, coherente y decidida de la persona en el momento de otorgar el testamento. En la actualidad, sentencias y resoluciones de los jueces se pronuncian en el proceso de incapacitación de la persona sobre este derecho, manteniendo una posición clara y sobre todo garantista para la persona. Estimo también que, en este punto, el derecho español se ha adaptado a la Convención y la norma general son los pronunciamientos no solo sobre este derecho sino también sobre los de contraer matrimonio y el derecho al sufragio, siendo una excepción aquellos que emplean formulas generalistas y abstractas. Por último la LJV incluye algún avance en el terreno de los derechos de las personas con discapacidad y ha eliminado del Código Civil las restricciones para que las personas ciegas y sordas puedan ser testigos en testamentos¹⁷³.

7. Instrumentos de Protección: Los apoyos

El Derecho civil siempre se ha encargado del sistema de protección de la persona, estableciendo el régimen de guarda al que han de quedar sometidos los menores y la persona incapacitada. La Convención, como ha quedado de manifiesto, parece querer revisar esas medidas de protección haciéndolas más adecuadas a sus principios, pero esta cuestión no es unánime en la doctrina. Cabe pensar que hubiera sido más sencillo y hubiera facilitado la labor de adaptación si la Convención hubiese establecido un sistema de apoyos cerrado, uniforme y obligatorio a seguir por todos los Estados partes, aun cuando esto hubiera ocasionado otro tipo de problemas internos para su

6-1969 , 26-9-1988 , 13-10 - 1990 , 26-4-1995 y 4-5-1998)" . SAP Asturias de 8 de Mayo de 2015.STS de 22 de enero de 2015.

¹⁷³ CERMI, Informe Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2015, *op. cit*, p.78.

implementación. Sin embargo, se optó por la libertad de los Estados a la hora de decidir las medidas de apoyo a aplicar, libertad que se extiende a otros grupos sociales comprometidos con la defensa de las personas con discapacidad y sus familias para que promuevan el diseño y la creación de estas medidas y fuercen el cambio para que cuanto antes el nuevo sistema implantado por la Convención sea una realidad¹⁷⁴.

Uno de los ejes centrales y claves de las aportaciones que la Convención ofrece, es el de “apoyos”. Lo que me plantea, si el concepto de apoyo es lo mismo que el sistema de protección que se viene empleando en la actualidad, es decir las medidas que el Cc establece para la guarda y protección de la persona. SILLERO CROVETTO, define a los apoyo, como la determinación de los elementos de ayuda, de colaboración, que se han de garantizar a cada persona para que se exprese, identifique y, cada decisión, adoptada desde su igual capacidad jurídica y destinada a generar consecuencias personales y jurídicas plenas.¹⁷⁵, en otras palabras dicho “apoyo” será el que complemente la capacidad para lograr la plena y efectiva participación en la sociedad y goce de sus derechos y libertades¹⁷⁶.

MARTÍN PÉREZ pone de manifiesto que la Convención viene a potenciar la diferenciación entre las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad respecto de las medidas sustitutivas de la capacidad de

¹⁷⁴ La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su aplicación en España, CERMI, 27/09/2010.

¹⁷⁵ SILLERO CROVETTO, B., “¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial”, *RCDI*, nº 747, 2015, p. 385.

¹⁷⁶ Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del Ministerio fiscal en la protección a las personas con discapacidad y apoyos, en la aplicación de la convención de nueva york sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, según las conclusiones de las jornadas de fiscales especialistas en la protección de personas con discapacidad. Alcalá de Henares, 20 y 21 de Septiembre de 2010.

obrar, pero no parece existir suficientes elementos para interpretar que la Convención venga a establecer el llamado “modelo de apoyo” en el ejercicio de la capacidad jurídica, proscribiendo el “modelo de sustitución de la capacidad”¹⁷⁷. Pero el art. 12 de la CDPD, no solo habla de apoyos sino de otros conceptos, que es necesario delimitar; si bien conceptualmente próximos en la medida en que atienden al objetivo común de lograr la igualdad sustantiva, las nociones de “medidas especiales o afirmativas” y de “ajustes razonables” no son idénticas. Mientras que las primeras suponen un trato diferenciado que implica una ventaja comparativa a favor de los integrantes de grupos específicos, así como para “proveer la igualdad sustantiva al tener en cuenta la situación específica de grupos desventajados y romper el ciclo de desventaja asociado con la pertenencia a un grupo específico”, los segundos responden más bien a una medida de no discriminación que ampara un trato diferencial dentro de un marco de razonabilidad que no comprometa los fines de la relación jurídica o del servicio público del que se trate. Esta noción fue ampliada recientemente a otros ámbitos por la Convención, que define los ajustes razonables como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las persona con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”¹⁷⁸.

¹⁷⁷ MARTÍN PÉREZ, J. A., “Discapacidad y modificación de la capacidad de obrar: revisión del modelo de protección basado en la incapacitación”, en: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, op. cit., vol. 2, 2011, p. 1479.

¹⁷⁸ Una categoría más reciente que la de “medidas afirmativas”, originalmente vinculada al ámbito del empleo y de la ocupación, es las de “ajustes razonables (reasonable accommodation)”. Por lo general, el concepto se refiere, en el ámbito laboral, a toda modificación o acomodo de una práctica laboral o entorno de trabajo que permite a un individuo perteneciente a un grupo socialmente discriminado realizar las funciones esenciales y disfrutar de los beneficios correspondientes a un puesto

RODRIGUEZ- PIÑERO ROYO se decanta indudablemente por el sistema de apoyos que, a su juicio, defiende la Convención, aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno. Solo así tiene razón de ser el concepto de “discapacidad”, como el resultado de la interacción entre una persona con deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, que limita la capacidad de ejercer una o más de las actividades esenciales de la vida diarias y un entorno con barreras que no le ofrece los servicios y apoyos necesarios, limitando y restringiendo su participación de un marco de razonabilidad que no comprometa los fines de la relación jurídica o del servicio público del que se trate¹⁷⁹. Los apoyos, son las herramientas necesarias para que una persona pueda tomar libremente decisiones con consecuencias jurídicas plenas. Se trata de elementos de colaboración, pero en ningún caso suplen la igual capacidad jurídica de una persona con discapacidad. Los apoyos a los que se refiere la Convención no son sólo los provenientes de una resolución judicial, sino además los que busca y articula la propia persona con discapacidad, o las autoridades a los que se les presenta una manifestación de voluntad y deben encauzarla para la consecución de sus propios fines. El procedimiento idóneo es la vía de la jurisdicción voluntaria salvo alguna circunstancia que hiciese aconsejable una contenciosa¹⁸⁰. Por otra parte las medidas de apoyo se deben acordar en atención a las circunstancias y necesidades concretas de la persona afectada por la modificación judicial de su capacidad, dando prevalencia a la autonomía de su voluntad, debiéndose establecer

especifico, RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, L., “Los desafíos de la protección internacional de los derechos humanos de las personas de edad”, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2010, p. 26.

¹⁷⁹ RODRIGUEZ- PIÑERO ROYO, L., “Los desafíos de la protección internacional de los derechos humanos de las personas de edad”, *op. cit.*, p. 26.

¹⁸⁰ CORRAL BENEYTO, R., “La Protección de las personas con discapacidad en el Derecho Español”, *El Notario del siglo XXI*, nº 48, p. 2013, pp. 145-162.

aquellas medidas de apoyo necesarias conforme al interés de la persona con discapacidad¹⁸¹.

Mantengo que el concepto de apoyo, se quiere desligar por completo de lo que hasta ahora han sido las medidas de guarda y protección tradicionales, se identifican más con la definición de persona con discapacidad y abarcarían no solo las de estricto sentido jurídico, sino las sociales y las provenientes de la autonomía de la voluntad.

PALACIOS propone ¹⁸², para llevar adelante este proceso de reemplazo de distintas instituciones jurídicas, tener en cuenta:

- El desarrollo de propuestas para la nueva institución, que reemplazaría a la incapacitación y a la figura del representante legal.

- La nueva figura debería estar configurada claramente (al menos los principios claves, ya que luego los distintos ordenamientos jurídicos variarán sobre todo en cuestiones procedimentales).

- En este proceso habrá que tener en cuenta (para la consulta y luego la instrumentación) a determinados actores claves y habrá que definir quiénes son.

- Una vez delineada la institución y su configuración, los Estados deberán ser conscientes de que el cambio será gradual, y por tanto quizás en determinado tiempo puedan tener que coexistir ambos sistemas.

- En todo este proceso es necesario contar con recursos para abordar estas cuestiones. Me refiero tanto a recursos financieros como a recursos

¹⁸¹ Instrucción n° 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas. Fiscalía General del Estado.

¹⁸² PALACIOS, A., “Capacidad jurídica en la Convención de los derechos de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, p. 8.

humanos para realizar una labor didáctica y de capacitación a todos los involucrados. En este sentido la participación de las persona con discapacidad es (como en todas las demás) un factor esencial.

7.1. Modelos en los que se fundamentan los apoyos

El modelo de apoyo en la toma de decisiones, en cuyo concreto diseño deben participar de manera relevante las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, debería basarse en los siguientes principios¹⁸³:

- Gradualidad: su implantación deberá ser paulatina, por lo que durante un periodo deberá convivir en paralelo con el sistema de sustitución

- Complejidad: no se trata de “reemplazar el nombre de tutela o curatela en las legislaciones nacionales, sino de crear y/o promover la creación de figuras de apoyo y dotarlas de un estatus legal; adaptar o reemplazar otras instituciones legales (poderes preventivos, instrucciones previas); crear protocolos que favorezcan la prevención de ciertas situaciones; desarrollar una acción política que garantice la capacitación de las personas con discapacidad y de las personas de apoyo, establecer recursos financieros.

- Diversidad: el sistema de apoyo debe adaptarse a las diferentes situaciones personales y sociales.

¹⁸³ CUENCA GÓMEZ, P., “La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CIDPD en el Ordenamiento jurídico español”, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, p. 16.

- Respeto con los deseos y voluntad de las personas: también en la propia elección de los mecanismos o personas de apoyo.

- Abierto: a todas las personas que puedan tener dificultades para ejercer la capacidad jurídica y no sólo a las personas con discapacidad.

- Presidido por los derechos: debe orientarse a favorecer al máximo el ejercicio de los derechos por parte de las personas apoyadas y ser plenamente respetuoso con los mismos.

Precisamente de esa nueva interpretación de la capacidad en el Derecho Español es la resolución de un juzgado Santander¹⁸⁴, que declara la idoneidad de una pareja con sordera para adoptar.

El texto de la sentencia rebate las conclusiones del informe psicológico, emitido dentro del procedimiento administrativo, que determinó que “los solicitantes no se podían considerar la mejor opción para la adopción de un menor oyente. Así, rechaza que las circunstancias adversas previas o situación de desprotección sufrida por el adoptado y su integración en familia adoptante con discapacidad auditiva completa, aumenten el riesgo de retrasar su estimulación cognitiva, ya que ello resulta desvirtuado por las investigaciones realizadas en menores prelocutivos o que no han adquirido la capacidad de lenguaje oral. Rechaza igualmente el riesgo referido al proceso de adaptación del menor con la familia adoptante, o sentimiento de pertenencia recíproco, y las dificultades de adaptación con las figuras de referencia a vincular, ya que tal riesgo, sin duda evaluable cuando la edad del menor le permite

¹⁸⁴ SAP de Cantabria de 24 de octubre de 2014 ha confirmado la decisión del Juzgado señalando la absoluta corrección de la misma ponderadamente adoptada a la luz de la prueba practicada en las actuaciones. JPI nº 11 de Santander, S 113/2014, 14 Mar. (LA LEY 198805/2014). La resolución administrativa declaró su idoneidad para la adopción nacional, pero con la condición de no preferentes para menores oyentes. Impugnada dicha resolución, el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Santander estima la demanda y deja sin efecto la limitación impuesta a los demandantes.

reunir conciencia de su espacio vital, resulta irrelevante cuando es integrado en una familia con discapacidad a edad muy temprana, asumiendo como propia o natural la limitación de sus progenitores adoptivos. Descarta finalmente el riesgo relativo a la integración social y al sobreesfuerzo por parte del adoptado en cuanto a la configuración de su autoestima, al sentirse diferente a su entorno, por no pertenecer completamente a la cultura sorda u oyente, ya que el bilingüismo bajo ninguna óptica puede considerarse como una limitación, sino como una fuente de riqueza personal que permitirá al adoptado participar de las aportaciones de dos comunidades la sorda y la oyente, obligadas a interrelacionarse, y el hecho de que los adoptantes reúnan una limitación física no ha de interferir el desarrollo personal del adoptado cuando éste les vincula con sus figuras de referencia, al integrarse en el seno de la familia adoptiva desde los primeros meses de vida”.

VIVAS TESÓN contempla una nueva dimensión, la de que el Derecho Civil debe perseguir una finalidad terapéutica o rehabilitadora de la persona vulnerable, logrando su recuperación e integración jurídica y social, y, en definitiva, el máximo ejercicio de sus derechos con la menor limitación posible de su capacidad de obrar.

En dicho proceso de adecuación normativa a los mandatos y directrices de la Convención ONU, es preciso sustituir nuestro tradicional sistema tuitivo por otro basado en los principios de libertad y dignidad de la persona vulnerable y dirigirlo a su plena integración social.

Ello puede lograrse, fundamentalmente, mediante:

- una dulcificación del lenguaje jurídico, suprimiendo ciertos términos despreciativos y estigmatizantes (p. ej. enfermedad o incapacitación) y acuñando uno único comprensivo de todas las

situaciones en las cuales la persona se encuentre privada de autonomía para gestionar sus propios intereses. Podría pensarse, tal vez, en expresiones como “*personas vulnerables*” o “*personas privadas de autonomía*”.

- la superación del clásico binomio capacidad/incapacidad.
- la progresiva reducción de los supuestos de hecho a los cuales es aplicable la incapacitación judicial (reservada, exclusivamente, a los casos extremos en los que es absolutamente indispensable), debiendo agotarse, previamente, los mecanismos alternativos a aquélla.
- la mayor elasticidad y flexibilidad de las medidas de protección, las cuales han de amoldarse perfectamente al caso concreto.
- la especial relevancia que se reconoce a la voluntad de la persona, a quien, por asumir el papel protagonista, ha de valorársele sus residuales facultades intelectuales, confiriéndosele un ámbito más o menos amplio de decisiones, sobre todo, en relación a los actos estrictamente personales. De este modo, la regla general es la capacidad de la persona, la cual debe valorarse y potenciarse al máximo, por mínima que aquélla sea.
- la tendencia a la asistencia a la persona, no a su representación y privación de derechos.
- Podría regularse, de manera explícita, la responsabilidad civil extracontractual del Estado por falta de adecuada protección a la persona necesitada de ayuda.

Nuestro legislador civil debe, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 49 CE, buscar soluciones jurídicas alternativas más humanas, las cuales, por su elasticidad y flexibilidad, permitan amoldarse a todas las situaciones de debilidad de una persona, intentando brindarle el apoyo

más adecuado a su concreta necesidad y dando siempre espacio al desarrollo de su personalidad.

Satisfacer, día tras día, sus necesidades vitales, conocer sus sentimientos, lograr su bienestar (no sólo económico, sino también físico y espiritual), promover su autoestima y, en definitiva, alcanzar su felicidad, poco o nada tiene que ver con su mayor o menor capacidad de entender y querer, sino con su condición de ser humano y, por consiguiente, con el máximo respeto a su yo. Debemos contar, por tanto, con soluciones legales ortopédicas, nunca mutiladoras de la capacidad de la persona, pues éstas atentarían, frontalmente, contra sus derechos fundamentales y, en última instancia, contra su valiosa dignidad¹⁸⁵.

Por tanto, la Convención impone un sistema de apoyo como única herramienta jurídica válida para intervenir en la toma de decisiones de personas que lo necesiten, como la vía del reconocimiento, como norma general, del ejercicio de la capacidad jurídica, convergencia como punto de partida, de todos los operadores citados¹⁸⁶.

¹⁸⁵ VIVAS TESÓN, I., "La Convención ONU de 13 de diciembre de 2006: impulsando los derechos de las personas con discapacidad", *RITSCS*, nº 1, enero 2011, p. 126. En parecidos términos Ganzenmüller Roig que sostiene que, "Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurren algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad. Esto comporta que puedan producirse a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica, y b) La mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello hay que afirmar rotundamente que la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado". GANZENMÜLLER ROIG, C., *Modificación de la capacidad en el ámbito personal. Aspectos contradictorios entre la tutela, curatela y un sistema de apoyos flexibles. Criterios interpretativos en materia de modificación de la capacidad y medidas de apoyo*, *Poder Judicial*, 2015, p. 2.

¹⁸⁶ Documento para el debate Configuración jurídica de un modelo de apoyos. Planteamientos y propuesta del sistema de medidas de apoyo que viene aplicando

Sin embargo, estas propuestas, no son nuevas en la mayoría de los casos, son matizaciones de aquellas que ya fueron recogidas en el Consejo de Europa, y son las que van a ser objeto de estudio, a continuación.

8. Los principios fundamentales en las medidas de protección de la persona

8.1. Consideraciones generales

Existen propuestas muy interesantes sobre cómo deben de ser los apoyos, su clasificación y sus diferentes denominaciones, pero yo no insistiría tanto en esto último porque la mayoría de las veces no plantea sino una mera sustitución terminológica. Siendo esto así, no dejo de reivindicar que lo fundamental es que cualquier medida o apoyo que se adopte se fundamente en unos valores, una razón de ser que demuestren su verdadera valía para la persona y sirvan al interés de la persona con discapacidad¹⁸⁷.

Como ha puesto de manifiesto el Informe de derechos humanos y discapacidad, Informe España 2014¹⁸⁸, haciéndose eco de la reciente

FUTUEX en Extremadura y otras propuestas de reformas legislativas. Elaborado por el equipo de FUTUEX: Aprobado por la Comisión Ejecutiva de FUTUEX en sesión de 22/02/2010. Olivenza, febrero de 2010.

¹⁸⁷ Recomendación del Consejo de Europa de Recomendación N° R (99) 4 Del Comité de ministros a los Estados miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados. (Adoptada por el Comité de Ministros el 23 de febrero de 1999, en la 660ª reunión de delegados de los Ministros). Posteriormente en el propio texto de la Convención.

¹⁸⁸ CERMI, Derechos Humanos y Discapacidad, Informe España 2014. Elaborado por la Delegación del CERMI para la Convención de la ONU y los Derechos Humanos. Informado por el Comité de Apoyo del CERMI para la Convención de la ONU el 27 de abril de 2015. Aprobado por el Comité Ejecutivo del CERMI Estatal de 21 de mayo de 2015.

doctrina del TS¹⁸⁹, relativos, a la voluntad e interés superior de la persona con discapacidad”:

- a) La importancia que tiene para las personas con discapacidad, incluidas las que requieren un apoyo más intenso, de su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus decisiones.
- b) La obligación, en aplicación del art. 12.4 de la Convención del establecimiento de salvaguardas, que deben respetar los derechos y la voluntad de las personas.
- c) Que el respeto a la voluntad lo incluye tanto el Código Civil (art. 234), como el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (art. 3.a).
- d) Que el interés de la persona con discapacidad es el interés superior, y que para conocerlo debe analizarse con rigor y exhaustividad cada caso, por tanto es improcedente desconocer la voluntad de la persona con discapacidad.
- e) Que para afirmar de una forma objetiva que se está tomando una decisión que le perjudica debe procederse a un análisis riguroso entre lo que manifiesta y las consecuencias que puedan derivarse, a fin de evitar “que lo dicho por ella se valore automáticamente como perjudicial, y lo contrario, como beneficioso”.

El TS sostiene, “para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurren algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter

¹⁸⁹ STS de 30 de septiembre de 2014.

permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre la personalidad. Esto comporta que puedan producirse: a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica; y b) la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello (...) la incapacitación (...) no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado"¹⁹⁰.

Tener en cuenta la voluntad y el interés superior de la persona discapacitada¹⁹¹ no está exento de dificultades y con gran acierto la jurisprudencia se ha ocupado de su interpretación, reconoce “que es cierto que en determinados casos esta voluntad puede estar anulada hasta el extremo de que la persona discapacitada manifieste algo que objetivamente la perjudique. Pero esta conclusión sobre el perjuicio objetivo debe ser el resultado de un estudio muy riguroso sobre lo manifestado por la persona discapacitada y sus consecuencias a fin de

¹⁹⁰ SSTS de 20 de abril y 1 julio de 2014

¹⁹¹ STS de 30 de septiembre de 2014 “Antes de la Convención, el Código civil ya prestaba especial atención a la voluntad de la persona que podría ser incapacitada. Así, su artículo 234 disponía y dispone que “Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223”, que establece lo siguiente: “Cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor). Después de la Convención y en su mismo sentido, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, establece en su artículo 3.a) como principio de actuación, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”.

evitar que lo dicho por ella se valore automáticamente como perjudicial, y lo contrario, como beneficioso”¹⁹².

Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias". Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4.

El paradigma de "la voluntad y las preferencias" debe reemplazar al del "interés superior" para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás. Aunque todas las personas pueden ser objeto de “influencia indebida”, este riesgo puede verse exacerbado en el caso de aquellas que dependen del apoyo de otros para adoptar decisiones. Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los

¹⁹² STS de 30 de septiembre de 2014. La Sala subraya que la ley establece medidas suficientes para desecharlas, así, el Código Civil dispone en su artículo 232 que “La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado”, añadiendo en su segundo párrafo que “En cualquier momento [el Ministerio Fiscal] podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela”; y en su artículo 233, que “El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituye la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado. Asimismo, podrá, en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado o del estado de la administración”.

derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores¹⁹³.

El criterio del mayor interés es un encuentro de subjetividades (la persona con discapacidad; su(s) representante(s), en general la familia; el Estado y la sociedad), una relación dialéctica que reconoce la subjetividad y capacidad de autodeterminación de la persona incapaz. No consiste tanto en decidir en lugar de la persona incapaz qué es lo que le beneficia cuanto en procurar que la decisión se adopte con la persona discapacitada, estimulando una toma de decisión conjunta resultante del diálogo y la puesta en común de las diversas alternativas¹⁹⁴.

Como complemento de la doctrina mantenida por el TS, se insiste, “la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, que le permitan ser consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando en suma la capacidad acreditada en cada caso. Sin duda, una situación como esta no permite mantener un mismo status del que se disfruta en un régimen de absoluta normalidad, pero tampoco lo anula. Lo que procede es instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a los que con reiteración se refiere la Convención, para, en palabras de la misma, proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás

¹⁹³ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general nº 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley.

¹⁹⁴ SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “Derechos y personas con discapacidad: hacia un nuevo paradigma”, *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 35, nº 209, 2004, pp. 20. NUÑEZ ZORRILLA, incide en procurar que la decisión se adopte con su intervención, estimulando una toma de decisión conjunta, resultante del dialogo, siempre que ello sea posible. .NUÑEZ ZORRILLA, Mª. C., “Los nuevos sistemas jurídicos de protección de la persona con discapacidad mental”, en: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* / coord. por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, vol. 2, 2014 (Volumen II), p. 2318.

permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen, como precisa el artículo 12”¹⁹⁵.

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad acoge la esencia de las Recomendaciones del Consejo de Europa de 1999, que inspiran los principios plasmados por la CDPD. Entre otros, los criterios de proporcionalidad y adaptación van a ser una exigencia en las medidas de apoyo y a las circunstancias individuales de la persona con capacidad modificada para proteger sus intereses concretos y que deberán reflejarse en la extensión e intensidad del contenido de la medida y en su duración, por lo que llevará al juez a pronunciarse sobre los mismos en la sentencia judicial que modifique la capacidad de obrar¹⁹⁶. Todo ello en un marco de respeto de la dignidad inherente y la autonomía individual respeto de los derechos de las personas con capacidad modificada, su voluntad y preferencias y, también, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida¹⁹⁷, tal como en su día había establecido el Consejo de Europa.

Merece nuestra atención el reconocimiento de los principios rectores de la Convención, que han de servir no solo en el procedimiento de la delimitación de la capacidad de obrar, sino también en los apoyos que habrán de incluirse y sirvan para completar la capacidad de la

¹⁹⁵ STS de 20 de octubre de 2014.

¹⁹⁶ El Anteproyecto de ley modifica los Títulos IX y X del Libro Primero del Código Civil, sobre incapacitación y sobre instituciones tutelares. También los artículos 166 y 171 en los aspectos relativos a la patria prorrogada y el Capítulo II del Título 1 del Libro IV, “De los procesos sobre capacidad de las personas” de la LEC.

¹⁹⁷ Recomendación del Consejo de Europa de Recomendación N° R (99) 4 Del Comité de ministros a los Estados miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados, (Adoptada por el Comité de Ministros el 23 de febrero de 1999, en la 660ª reunión de delegados de los Ministros).

persona. He de advertir que aunque el punto de partida sea el contenido del art. 3 de la CDPD¹⁹⁸, éste no agota los principios, ya que se encuentran repartidos por todo el articulado de la Convención, sobre todo el art 12 y otros reconocidos en los diversos textos a los que acabo de aludir, aunque será el Consejo de Europa¹⁹⁹ el que establezca por primera un verdadero catalogo de principios.

8.2. Principios en que se inspiran las medidas de apoyo

El Consejo de Europa distingue, principios directores y principios de procedimiento, entre los primeros, se citan: respeto de los derechos humanos, flexibilidad en la respuesta jurídica, máxima preservación de la capacidad, publicidad, necesidad y subsidiariedad, proporcionalidad, carácter equitativo y eficaz del procedimiento, preeminencia de los intereses y del bienestar de la persona interesada, respeto de los deseos y de los sentimientos de la persona interesada²⁰⁰.

¹⁹⁸ Art. 3 del CDPD. Principios generales: los principios de la presente Convención serán: *a)* El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; *b)* La no discriminación; *c)* La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; *d)* El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; *e)* La igualdad de oportunidades; *f)* La accesibilidad ;*g)* La igualdad entre el hombre y la mujer;-*h)* El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad

¹⁹⁹ Los principios se aplican a las medidas de protección o a los otros mecanismos jurídicos que permiten que estas personas se beneficien de una representación o de una asistencia para estas cuestiones. Parte 1. Campo de aplicación de los Principios. Recomendación del Consejo de Europa de Recomendación N° R (99) 4 Del Comité de ministros a los Estados miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados (Adoptada por el Comité de Ministros el 23 de febrero de 1999, en la 660ª reunión de delegados de los Ministros).

²⁰⁰ RODRIGUEZ ESCUDERO, V., “La incapacitación y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegido, en: *La encrucijada de la*

Existen respecto a estos principios, infinidad de variedades, fruto de la interpretación del articulado de la Convención y textos internacionales sobre derechos humanos, pero en ningún caso suponen una merma en cuanto a la protección y seguridad de la persona; al contrario, en la mayoría de las veces se amplían los derechos de las personas. A modo de ejemplo y como resumen de esa reflexión son: el principio del superior interés del discapacitado tutelado, el principio de promoción de la progresiva autonomía individual de las personas con discapacidad, los principios de especialidad e idoneidad, el principio de necesidad, el principio de proporcionalidad, el principio de flexibilidad en la adecuación, y el principio de audiencia²⁰¹.

Aunque referido al Convenio de la Haya de Protección Internacional de adultos, MUÑOZ FERNÁNDEZ indica que, “Los nuevos principios informadores de este sector (incapaces) rechazan enérgicamente un tratamiento uniforme y rígido de la persona vulnerable. Son contrarios a encasillar a la persona necesitada de protección bajo el estado civil de incapacitado. Propugnan el establecimiento de mecanismos que se adapten a las concretas necesidades de protección de cada individuo que padezca una deficiencia física o psíquica que le impida atender sus propios intereses. Las actuaciones de protección podrán tener en ocasiones carácter puntual para hacer frente a una situación transitoria. Otras veces será preciso un régimen estable, cuando la insuficiencia sea duradera. En todo caso, la actividad protectora solo puede consistir en la toma de decisiones que

incapacitación y la discapacidad, /coord. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, ed. La Ley, 2011, p. 15.

²⁰¹ MAYOR FERNÁNDEZ, D., “La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”, *BMJ*, nº 2133, julio de 2011.

concierna al adulto vulnerable cuando éste no pueda adoptarlas ni siquiera con la asistencia de otra persona”²⁰².

Una consecuencia que se deriva del tratamiento de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, es la aplicación de todo el catálogo de derechos. Si bien las normas internacionales de derechos humanos son en principio de aplicación universal, es decir, se extienden a todas las personas o grupos de personas, sin discriminación de ningún tipo, el régimen internacional de derechos humanos ha adoptado normas específicas para ciertos colectivos ²⁰³ no suficientemente protegidos o que necesiten un plus de protección.

No cabe duda que los arts. 9, 10 y 14 de nuestra Norma Suprema y su aplicación general a todas las personas, determinan que todos, por el solo hecho del nacimiento y con independencia de cualquier situación que pueda afectarnos, somos titulares de los derechos fundamentales en ella enunciados, por lo que no se hace preciso ni necesario un reconocimiento expreso de tales principios con referencia a las personas con discapacidad. Ahora bien, la cuestión que constituye el eje de nuestra reflexión no es tanto el reconocimiento general sino las

²⁰² MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., *La protección del adulto en el derecho internacional privado*, ed. Aranzadi, Madrid, 2009, p. 33.

²⁰³ Este proceso ha sido descrito por Norberto Bobbio como una fase de “especificación” de los derechos humanos de titularidad universal, una etapa que sigue a su “positivación”, “generalización” e “internacionalización” a lo largo de la primera mitad del siglo XX, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L, “Los desafíos de la protección internacional de los derechos humanos de las personas de edad”, *op. cit.*, p. 23. En el mismo sentido Pérez Ontiveros al decir” Hoy día nadie duda de la consideración de todo ser humano como persona, ni del reconocimiento de su dignidad e individualidad, ni tampoco de la necesidad de promover su autonomía y desarrollo personal, principios todos ellos derivados de la consideración de su propio valor intrínseco, que se encuentra en el germen de cualquier desarrollo normativo. Nuestra Constitución así lo reconoce, por lo que cualquier norma jurídica que desconozca estos principios constitucionales ha de considerarse anticonstitucional”. PEREZ ONTIVEROS BAQUERO, C., “La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad y el Sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 23, 2009, p. 341.

posibilidades reales y efectivas de su ejercicio, habida cuenta de la particular situación de las personas con discapacidad²⁰⁴.

Considero esencial referirme a los principios que han informado el régimen de protección por el Consejo de Europa y cuál ha sido la evolución de los mismos por la entrada en vigor entre otros, del Convenio de la ONU, y por la nula eficacia que se ha atribuido en nuestro país a la Convención de la Haya²⁰⁵, de protección internacional de los adultos, razón más que suficiente que no se haya visto enriquecida la práctica jurisprudencial por no haber entrado en vigor en España este texto, lo que ha supuesto a la vez que no se hayan propiciado nuevos retos en la protección de las personas con discapacidad hasta épocas recientes.

La razón de ser de estos principios es la protección de la persona, entendida ésta como la obligación moral y jurídica de adoptar y/o ejecutar decisiones por y sobre otro cuando éste no pueda tomarlas y/o realizarlas por sí mismo de forma autónoma, y únicamente en aquellas situaciones o esferas de actuación en que no puede adoptar y/ o realizar dichas decisiones, con la finalidad de ayudarle evitando un daño o proporcionando un bien²⁰⁶, por consiguiente la actuación protectora del derecho no es una intervención paternalista, solidaria o caritativa, es una protección igualitaria u horizontal, una protección justa; o mejor aún, es una protección responsable, porque le compete atender las necesidades de los ciudadano que por causa de trastornos mentales carezcan de

²⁰⁴PEREZ ONTIVEROS, “La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad y el Sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *op. cit.*, p. 341.

²⁰⁵ Convención de la Haya de 13 de enero del 2000 sobre Protección Internacional de Adultos, firmada por España el 1 de abril de 2003, pero no ratificada.

²⁰⁶ SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “Derecho y Salud mental. Capacidades, derechos, justicia”, *Cuadernos de psiquiatría*, vol. 6, nº 1, 2006, p. 29.

determinados bienes básicos u oportunidades para el ejercicio de su libertad²⁰⁷.

Los principios establecidos en la Convención y en el Consejo de Europa, aunque a veces no se corresponden en su denominación, en esencia se refieren al mismo contenido y ya se manifiestan, entre otros textos, en la Ley de protección de mayores vulnerables de Francia²⁰⁸, donde explícitamente se reconocen los principios de necesidad, subsidiariedad y de proporcionalidad en la apertura de una medida judicial de protección.

8.3. Desarrollo de los principios esenciales en los futuros sistemas de apoyo

8.3.1. Flexibilidad en la respuesta jurídica

El Consejo de Europa considera que las medidas de protección y otros mecanismos jurídicos destinados a garantizar la protección de los intereses personales y económicos de los mayores incapacitados deberían ser suficientemente amplios y flexibles para que permitan

²⁰⁷ SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “Derecho y Salud mental. Capacidades, derechos, justicia”, *op. cit.*, p. 28. El autor reconoce ocho condiciones para que la adopción de una medida protectora se considere justificada: Ausencia de capacidad, actuación únicamente donde no exista capacidad, finalidad inmediata protectora o indirectamente beneficiaria, finalidad mediata de no discriminación, igualdad de oportunidades y autonomía, adopción por parte del representante o persona legitimada, respeto de los requisitos y procedimientos establecidos, orientación personal o individual de la decisión, criterio rector de la medida de protección: el juicio subjetivo, el juicio sustitutivo y el mayor interés.

²⁰⁸ Exposé des motifs, y art 428 du Code civil française, modifi pour Loi n° 2007- 308 du 5 mars 2007 por tantrè forme de la protection juridique des majeurs. Con respecto al Derecho francés, FAVIER, distingue los principios de Subsidiariedad de las medidas de protección, Autonomía personal, Principio de necesidad de las medidas y adaptación a la situación de persona vulnerable. FAVIER Y., “La protección de las personas mayores de edad en el ordenamiento jurídico francés”, *La Protección de las personas Mayores: Apoyo familiar y Prestaciones Sociales*. IDADFE, 2006, disponible en: (www.congresomayorescordoba09.com).

aportar una respuesta jurídica apropiada a los diferentes grados de incapacidad y a la variedad de las situaciones e incluso de urgencias. Entre ellas, deberían figurar, en los casos apropiados, disposiciones no restrictivas de la capacidad jurídica de los interesados, y mecanismos jurídicos simples y pocos onerosos. Idea que se ha hecho real con la célebre frase “del traje a medida del incapacitado”.

Este principio tiene una doble vertiente: Por una parte y sobre todo en el momento de reformar la legislación en un país, la de ofrecer el número de mecanismos de apoyo que cubrieran el máximo de situaciones posibles, y por otro, que la medida que se adopte se adecúe a las circunstancias personales, patrimoniales, y de cualquier otro tipo, de la persona con discapacidad en cada momento. Implica además la armonización de legislaciones, la posibilidad de elaborar unos formularios comunitarios únicos para favorecer la información de una medida de protección jurídica cuando concierne a dos o más Estados miembros, el reconocimiento y la ejecución de sentencias²⁰⁹.

Especialmente importante, a juicio de PÉREZ ONTIVEROS²¹⁰, es la necesidad que se deriva del art. 12 de la CDPD de que las medidas adoptadas en relación a la capacidad de obrar de la persona con discapacidad estén sujetas a exámenes periódicos. En este punto estima

²⁰⁹Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección jurídica de los adultos: implicaciones transfronterizas. Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre de 2008, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección jurídica de los adultos: implicaciones transfronterizas, 24.11.2008. (2008/2123(INI)). Informe de López- Istúriz Considera que deben tenerse en cuenta las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

²¹⁰ PÉREZ-ONTIVEROS BAQUERO, C., “SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 2009: Incapacitación judicial. Interpretación de los artículos 199 y 200 del Código Civil y demás legislación vigente en materia de incapacitación a efectos de acreditar su adecuación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España”, *CCJC*, nº 82, 2010, p. 348.

que el cumplimiento de esta norma internacional requiere una revisión de la normativa española relativa a la incapacidad.

El derecho francés establece la periodicidad de las medidas de protección, así por ejemplo en la salvaguarda judicial la medida tiene una duración de un año, que se puede renovar por el mismo periodo, con unas garantías y cuando el juez lo considere²¹¹.

El sistema empleado en Derecho Español fruto de la Ley de 1983 en vigor aunque reconoce la graduación de la capacidad, “grado de discernimiento” no se aplicó con carácter general sólo muy excepcionalmente, y la tendencia era a no ser la medida revisada y dejarla de manera vitalicia.

8.3.2. Máxima preservación de la capacidad

Este principio también es llamado principio de autonomía y el derecho de autodeterminación. Consecuencia de que existen diferentes grados de incapacidad y que puede variar con el tiempo. Una medida de protección no debería conducir automáticamente a una restricción total de la capacidad jurídica, a no ser que se muestre necesaria con toda evidencia para la protección de la persona en cuestión²¹². Lo que implicaría a la vez que el incapacitado puedan actuar en ámbitos que no le hubieran sido restringidos, y por otra el reconocimiento de las

²¹¹ Art. 439 del C.C. francés: “Bajo pena de caducidad, la medida de salvaguarda de la justicia no podrá exceder de un año, renovable una vez en las condiciones fijadas en el cuarto párrafo del art 442”. así pues este sistema se vale por una parte de un plazo de tiempo, pero a la vez otorgando discrecionalidad al juez para modificarlo en cuanto pueda conocer las verdaderas necesidades de la persona. Para la tutela y curatela, medidas más estables, la duración es de cinco años.

²¹² Recomendación, nº R (99) 4. Del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados, 23/02/1999, p. 32.

medidas de protección que la persona haya previsto para el caso de una restricción de sus derechos en el futuro.

Este principio ya se ha manifestado en múltiples pronunciamientos, con posterioridad a la Ley 41/2003, al reconocerse las distintas formas de protección fundadas en autonomía de la voluntad, entre las que se encuentran entre otras la autotutela y los poderes preventivos. Otra dimensión más activa de este principio está en la exigencia de participación de la persona en la ejecución del acto. “La naturaleza jurídica de esta asistencia viene determinada por la dualidad del consentimiento: el del incapacitado y el del curador, que han de concurrir para que sea válido el acto, otorgando protección específica la Juzgadora al disponer la solicitud de los curadores de autorización judicial para los supuestos en que debe prestar asistencia al incapaz parcial, lo que en esencial aplicación del *artículo 271, del Código Civil*, en consonancia con lo que establece el *artículo 290* del mismo texto legal, deberá circunscribirse, no obstante a los actos específicos que el *artículo citado 271 del Código Civil*, establece como necesitados de autorización judicial, en cuyo punto procede matizar exclusivamente la sentencia recurrida, que ha de ser confirmada con dicha puntualización”²¹³.

CAPILLA RONCERO, afirma que “junto al apuntado ensanchamiento del ámbito material de operatividad de la libertad de decidir, se ha producido también una notabilísima ampliación del círculo de los sujetos que pueden ejercer por sí esa libertad y, en su caso, configurar autónomamente sus cauces de ejercicio. Tales mecanismos se muestran insuficientes para dar debida actuación a la CDPD, aunque al día de hoy quepa albergar dudas de la seriedad del compromiso de

²¹³ SAP Madrid de 27 de enero de 2011.

nuestro legislador en la materia, quien se permitió anunciar en 2009 que en breve plazo remitiría a las Cortes una reforma profunda del régimen de incapacitación y representación legal (disp. final 1.^a L 1/2009 de 25 de marzo), compromiso incumplido incluso en el proyecto de ley que en la actualidad debate el Parlamento, engañosamente intitulado «de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad». Resulta en efecto evidente que se precisa una reforma profunda del régimen de incapacitación y representación legal para dar actuación cumplida a las previsiones contenidas en el art. 12 (y concordantes) de la Convención. Baste por ahora con poner algún ejemplo. Conforme al art. 267 del Código la representación legal del tutor se extiende a todo el ámbito de actuación del 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», cuando la regla debiera ser exactamente la contraria, es decir, que la representación del guardador legal sólo debiera alcanzar a los actos determinados en sentencia o ley, quedando el ejercicio de los restantes confiado al propio incapacitado. O la falta de previsión de revisiones periódicas precisas de las medidas de protección, que son ciertamente revisables, pero que carecen de plazo de caducidad, como sería necesario en muchos casos»²¹⁴.

MUÑIZ ESPADA aboga porque debería contemplarse una nueva figura, de carácter tutelar para los casos de debilidad mental y los supuestos de protección intermedia alejándolas del contrato de mandato y la figura del mandatario reservarla para lo que está previsto por el

²¹⁴ CAPILLA RONCERO, F., “Autonomía de la voluntad y Derecho de la persona; o la autonomía personal en el Derecho privado”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, nº 7675, 2011.

ordenamiento, es decir, para los supuestos en lo que la persona puede controlar la gestión y actuación del mandatario²¹⁵.

No han faltado diferentes formas de entender este principio. Así “una interpretación adecuada de los principios y objetivos de la Convención debe partir de que la condición humana sintetiza dos rasgos aparentemente antagónicos: la autonomía y la dependencia. Por ello, la mención a la independencia personal [art 3.a)] debe ser entendida como interdependencia reflexiva, en la que el reconocimiento de la dependencia y su conversión en oportunidad de vida son las claves de la autonomía. Y la mención de la autonomía individual de la persona con discapacidad [(art 3.)] remite a la capacidad de expresar el carácter personal de la propia vida en sus decisiones y acciones, con conciencia de sus limitaciones y de la necesidad de servicios y sistemas de apoyos, personales y materiales, que posibiliten el ejercicio de sus capacidades y derechos, así como la inclusión y la participación plenas y efectivas en la comunidad en igualdad de condiciones (arts.1, 3, 9, 12,19)”²¹⁶.

Este principio guarda íntima conexión sobre todo con tres derechos, no siempre respetados en la persona incapacitada, como son: El derecho de sufragio, a contraer matrimonio y a disponer de sus bienes para después de su muerte, los cuales ya han sido tratados y en los que se exige un pronunciamiento en la sentencia de incapacitación.

²¹⁵MUÑIZ ESPADA, E., “Nuevas orientaciones en la Protección de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad”, *op. cit.*, p. 294.

²¹⁶ALVAREZ LATA, N. y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 24, 2010, pp. 11-66.

8.3.3. Necesidad y subsidiariedad

En realidad, son dos principios fuertemente entrelazados entre sí, que implican que no se debería instaurar ninguna medida de protección a menos que sea necesaria, habida cuenta de las circunstancias particulares de su naturaleza²¹⁷. Cuando se ha decidido que una medida es necesaria, hay que tomar en consideración cualquier mecanismo menos formal que pudiera ser adaptado o empleado y cualquier asistencia que pudiera ser proporcionada por los miembros de la familia, por las autoridades públicas o por otros medios. Este último es el principio conocido como “subsidiariedad”. Respecto al primero, la referencia a la necesidad suscita la cuestión del criterio que debe ser aplicado. Necesario ¿para qué? Está implícito que la medida debe ser necesaria para la protección del mayor, de sus intereses o de su bienestar²¹⁸. Significa pues, actuar según exijan las circunstancias en que se encuentre el incapaz; si por sus circunstancias la medida exacta, adecuada a sus necesidades, fuera la incapacitación, su no declaración produciría una menor protección para el incapaz, y sería menos protectora de la posición de los terceros que pueden entrar en relación con la persona discapacitada. El objetivo del sistema es ofrecer garantías de seguridad, permitiendo conocer a priori la condición de los sujetos antes del cumplimiento de los actos concretos a realizar. Pero sabiendo también que excluir al sujeto de la actividad jurídica relevante requiere de una delimitación muy precisa y de una tarea muy minuciosa por parte del juez²¹⁹.

²¹⁷ Recomendación del Consejo de Europa, *op. cit.*

²¹⁸ Recomendación del Consejo de Europa, *op. cit.*

²¹⁹ MUÑIZ ESPADA, E., “La Incapacidad y las reformas del Derecho Contractual”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 23, 2009, p. 300.

HAUSSER²²⁰, en relación con la nueva legislación francesa, el principio de necesidad está garantizado, en primer lugar y de forma inevitable, por una referencia médica que puede revestir diferentes aspectos. Por un lado la obligatoriedad de un certificado médico expedido por un médico inscrito en una lista aprobada por el fiscal en caso de que no exista certificado, no se puede adoptar la medida de protección y por otro el régimen de protección debe ser reservado únicamente a los casos de alteración de facultades mentales o físicas que impidan expresar la voluntad de la persona. El respeto de este principio también está garantizado por diversos recursos en contra de la apertura de una medida de protección. Ello no está exento de dificultades que se tornan límites en este principio²²¹. El principio de subsidiaridad, implica que la medida jurídica de protección no es válida si se puede utilizar otra herramienta jurídica que sirva para proteger a la persona y sea menos restrictiva en sus derechos. Son varios los supuestos que se pueden dar: si el mayor a proteger está casado, podrá con una autorización del juez cumplir ciertos actos que luego serán demandados, puede que haya redactado un mandato de protección futura, en el que se tendrá en cuenta sus decisiones; o puede haber otorgado un poder general notarial²²². No solo implica que se pueda recurrir a las medidas legales de protección si

²²⁰ HAUSSER, J., “Proteger y respetar a la persona” en: *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, /coord.. J. Pérez Vargas Muñoz, ed. La ley, Madrid, p. 145.

²²¹ Art. 431 Código Civil francés, “La solicitud (de la medida de protección) será acompañada de un certificado, sino es inaceptable, de un médico elegido de una lista establecida por el Fiscal de la República”. El art. 431.1, “establece que el médico, puede solicitar opinión al médico que trata a la persona para la existen razones para proteger “.Ley de 5 de marzo 2007 sobre la reforma de la protección jurídica de mayores, Boletín Oficial de la República Francesa de 7/03/2007.

²²² Art. 428 del Código civil francés “La medida de protección no puede ser abierta por el juez más que en caso de necesidad y cuando no pueden ser satisfechos los intereses de la persona por aplicación de las reglas de derecho común, de la representación, de los relativos a los derechos y deberes de los esposos, de las reglas matrimoniales, en particular previstos en los arts. 217, 219,1426 y 1429, por otra medida de protección judicial menos restrictiva o por un mandato de protección futura concluido por el interesado”.

no existe otra alternativa, va más allá, ya que significa que las medidas serán rigurosamente organizadas de forma jerárquica. En relación con este principio y el mandato de protección futura del Derecho francés, antes de abrir una medida de protección, el juez tutelar tiene que asegurarse de que ningún mandato esté previsto y, si lo hay, tiene que garantizarle la prioridad. Su cargo le otorgaría el poder de paralizar el mandato en caso de ser obsoleto o no conforme con el interés de la persona protegida, aunque la falta de publicidad en torno al mandato de protección futura podría comprometer la aplicación de la subsidiaridad, a pesar que el legislador francés está reflexionando en la actualidad sobre un sistema adaptado de publicidad²²³.

8.3.4. Proporcionalidad

Cuando una medida de protección es necesaria, debe ser proporcional al grado de capacidad de la persona interesada y adaptada a las circunstancias particulares del caso, adecuada a las individuales circunstancias y necesidades de la persona afectada. La medida debería restringir la capacidad jurídica, los derechos y libertades de la persona interesada solamente dentro de los límites necesarios para conseguir los objetivos perseguidos por la intervención.

Este principio llamado también de adecuación, se reconoció anteriormente en la ley de 1983²²⁴, pero los tribunales sostienen “Que en nuestro Código Civil se aprecia un positivo vacío legal al regular la

²²³HAUSER, J., “Proteger y respetar a la persona”, *op.cit.*, p. 146. En el mismo sentido véase la STEDH *Stanev contra Bulgaria*, Demanda nº 36760/06, 17 de enero de 2012.

²²⁴Ley de 13/1983, de 24 de octubre de reforma del Código Civil en materia de tutela (BOE núm. 256/1983, de 26 de octubre de 1983).

tutela de los impedidos mentales al no hacer mención de algo que hoy es imposible desconocer, cual es la variedad de matices que la realidad de cada día brinda a través de los informes periciales y de la directa observación del Juez, según la cual existen enfermos mentales que proceden en su vida corriente con cierta normalidad; pero que reintegrados, sin amparo de ninguna clase, a la plenitud de su capacidad de obrar podrían perjudicar a su propia persona, a sus intereses, los de su familia y los de la sociedad en que viven; para ellos tan inadecuada es la absoluta incapacitación como la plena capacitación legal; poco importa que el silencio o desconocimiento por la Ley de estas situaciones intermedias sea intencionada, como parece demostrarlo el hecho de no haber seguido el proyecto de 1851 que las preveía, ni los ejemplos del Código francés de 1804 e italiano de 1865 que también las recogía; lo efectivo y real es la existencia de situaciones no previstas”²²⁵.

El principio de proporcionalidad se identifica con la razonabilidad determinando la justificación o no arbitrariedad de medidas reguladoras o presuntamente restrictivas de derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad está integrado por tres juicios o sub principios: juicio de adecuación o idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto, mediante el que ha de establecerse si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende.²²⁶

8.3.5. Preeminencia de los intereses y del bienestar de la persona interesada o principio del interés superior de la persona

²²⁵ AAP Barcelona 30 de marzo de 2011

²²⁶ SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “Derecho y Salud mental. Capacidades, derechos, justicia”, *op. cit.*, p. 31.

El Consejo de Europa²²⁷ precisa que este principio implica, entre otras cosas, que la elección de quien se encargue de representar o de asistir a un mayor incapacitado se debe basar en la aptitud de esa persona, para salvaguardar y promover los intereses y el bienestar del mayor afectado. En ciertas situaciones familiares, hay conflictos de intereses a veces muy agudos y, si el papel inestimable e irremplazable de los miembros de la familia debe ser plenamente reconocido y apreciado, el derecho también debe tener en cuenta los riesgos que existen en ciertas situaciones ligadas a un conflicto familiar.

La salvaguarda y la promoción de los intereses y del bienestar del mayor son dos condiciones cumulativas que deben estar muy presentes en la elección del representante. Los deseos expresados por el mayor en cuanto a la persona que le representará o le asistirá deben ser tomados en cuenta y ser debidamente respetados, en la medida en que la persona elegida por el mayor sea adecuada para salvaguardar y promover sus intereses y su bienestar.

El principio de la preeminencia de los intereses y del bienestar del mayor afectado implica también que los bienes de éste no sean preservados en interés de sus herederos o de otros, si pueden ser gestionados y utilizados útilmente y de manera adecuada en interés del mayor en cuestión y para mejorar su calidad de vida. Son varios los pronunciamientos judiciales en los que se observa de una manera clara y rotunda más el interés de los familiares y económicos que los de la persona a proteger²²⁸.

²²⁷ Recomendación (99) del Consejo de Europa.

²²⁸ SAP de Segovia, de 31 julio de 2007.

Este principio reconocido expresamente en el derecho francés²²⁹, ha supuesto el eje de la reforma en Francia respecto de la legislación anterior²³⁰, en cuanto que las medidas de protección tenían como finalidad esencial la protección del patrimonio familiar más que los intereses civiles; el concepto de “persona protegida”, no existía. Donde se percibía más este objetivo es en la revisión regular de estas medidas a fin de que el juez considere su necesidad y no priven inútilmente de su libertad de hacer a las personas protegidas. Se ha de verificar si la evolución de su estado de salud o su implicación en su entorno no justifica una modificación, una adaptación o una supresión de la medida tomada²³¹.

Este principio está reconocido en el Código Civil español, entre otros, en el art. 216 del C.C., “Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”. Este principio clave, en el Common Law denominado “el de mayor interés” significa que “un acto realizado, o una decisión adoptada, en virtud de la presente Ley por parte o en representación de una persona que carece de capacidad debe ser siempre realizado o adoptado en su mayor interés”²³² y solo entra en juego cuando se ha confirmado que la persona carece de capacidad y necesita que alguien decida o actúe en su lugar. El legislador ha rechazado definir el concepto de mayor interés, pues podría significar

²²⁹ Art. 415 Código Civil Francés: “Las personas mayores reciben la protección de su persona y de sus bienes según su estado o su situación hace necesarios según las modalidades previstas en el siguiente título. “Esta protección se garantiza y está asegurada en el respeto a las libertades individuales, derechos fundamentales y de la dignidad de la persona. “Tiene como finalidad el interés de la persona protegida, y en la medida de lo posible se debe favorecer su autonomía personal”.

²³⁰ Exposición de motivos de la Ley de 5 de marzo de 2007. La Loi du 3 janvier de 1968, se circunscribía a la protección patrimonial más que a la esfera personal de los mayores. El concepto de protección del mayor no se definía en el Código Civil, se desarrolla en la actualidad una definición jurisprudencial de esta protección.

²³¹ Exposición de motivos del Código Civil francés.

²³² Principio nº 4 de “*The Mental Capacity Act*”, 2005.

una carga excesiva para quien haya de tomar la decisión e incluso podría fomentar intervenciones innecesarias, y en su lugar ha establecido una serie de factores comunes para determinarlo, sin orden jerárquico y dejando campo abierto para considerar las condiciones relevantes de cada caso y adaptarse a cada circunstancia²³³.

No obstante, el interés de la persona con discapacidad- el interés social de la persona con discapacidad- consiste en proporcionarle los instrumentos básicos para poder ejercer su capacidad jurídica, con respeto a sus derechos, voluntad y preferencias, instrumentos proporcionales y adaptados a las circunstancias de la persona. Los instrumentos básicos integrales comprenden el ámbito físico, mental, social, espiritual y moral, que le permitan ejercitar su capacidad jurídica en condiciones de igualdad²³⁴.

Este principio se ha plasmado en importantes, “conocida es la ampliación que, en relación con la facultad del órgano Jurisdiccional en la institución tutelar, ha supuesto la última reforma operada en el título correspondiente del Código Civil, orientándose la nueva regulación hacia un aumento de la intervención judicial en beneficio del declarado incapaz; y siguiendo esta línea de control están redactados, tanto el último inciso del art. 234, como el espíritu del 235, ambos del Código Civil, cuando se refieren al nombramiento o designación de la persona del tutor, siendo el concepto de «beneficio del incapacitado» el que debe

²³³ ALVAREZ LATA, N., y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los Modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *op. cit.*, p. 56.

²³⁴ Documento para el debate Configuración jurídica de un modelo de apoyos. Planteamientos y propuesta del sistema de medidas de apoyo que viene aplicando FUTUEX en Extremadura y otras propuestas de reformas legislativas. Elaborado por el equipo de FUTUEX: Aprobado por la Comisión Ejecutiva de FUTUEX en sesión de 22/02/2010. Olivenza, febrero de 2010.

presidir tal designación, posponiéndose otras preferencias de tipo familiar”²³⁵.

De forma más clarificadora, la AP de Madrid afirma que “la normativa vigente sobre tutela ha venido a potenciar la intervención judicial, en cuanto garante de los derechos del incapaz de tal modo, que las decisiones a adoptar en tal ámbito han de estar inspiradas necesariamente por el prevalente beneficio de aquel, como así, lo proclaman en lo que concierne a la designación de tutor, los artículos 234 y 235 del Cc; sin que exista una vinculación de la decisión judicial al orden preestablecido de parentesco, otorgándose por el contrario al Juez facultades cuasi discrecionales en cuanto lo que debe prevalecer es el beneficio del tutelado con designación de quien, que sus relaciones con el mismo considere más idóneo. Por todo ello no procede decir; que la resolución recurrida sea arbitraria y contraria a derecho, sino plenamente acorde al superior interés de la incapaz”²³⁶.

Por su parte, la AAP de Navarra, ha considerado que “la controversia se centra en el ámbito personal de la tutelada, es decir, en la manera de suplir su incapacidad jurídica de decidir la relación que aquélla ha de tener con sus hijos, en concreto con el solicitante de las visitas a su madre. Conviene resaltar al respecto, que la tutela se califica por la doctrina como un oficio de derecho privado que lleva consigo determinadas funciones: el tutor no es titular de una situación jurídica de interés propio, sino de una situación compuesta de poderes, con todos los deberes inherentes a los mismos. Ello permite afirmar que la tutela, igual que la patria potestad, tiene un carácter debido, en el sentido de imponer al tutor el deber de ejercicio del cargo en beneficio del tutelado. Por esta

²³⁵ STS de 22 julio 1993. En el mismo sentido, SAP de Madrid de 17 junio de 2011, SAP de Valencia de 25 febrero de 2010.

²³⁶ AAP de Madrid de 13 febrero de 2002.

razón se explica el contenido del primer párrafo del art. 216 del Código Civil²³⁷.

En consecuencia entra dentro de dichas facultades la posibilidad de prescindir de los parientes del incapaz, en cuanto se estime que la designación de los mismos no es la más adecuada en orden a las funciones que han de encomendárseles, de conformidad con lo previsto en los artículos 269 y ss. del Código Civil²³⁸.

Se han establecido unos criterios para explicar qué puede entenderse por “el interés de la persona protegida” o por lo menos en qué ámbitos hay que considerar lo mejor para él. Así el TS especifica en pocas palabras, que solo es objeto de protección el “interés de la persona protegida”, y en torno a este interés, averiguado, fundado y determinado, se deberán articular los “apoyos adecuados”²³⁹. Con más apego se lo ha tomado el Ministerio Fiscal al sostener, “Este interés debe determinarse en la sentencia o resolución judicial de la modificación de la capacidad, en orden a los distintos ámbitos de protección: a) el personal y salud, b) el patrimonial, c) el de inclusión social d) y el de vida independiente, y se deberá en lo posible ya anunciarse puntualmente en las Diligencias Prejudiciales, previas a la interposición de la demanda, solicitud de internamiento, y en general en todas las actuaciones que en M. Fiscal realice en los procesos de modificación de capacidad y otros accesorios:

²³⁷ AAP de Navarra, de 23 abril de 1999, SAP. de Islas Baleares de 22 abril de 2002. Es por ello que el nombramiento de tutor tiene que ser única y exclusivamente en beneficio del tutelado, de ahí el aumento de la intervención judicial (STS de 22 de julio de 1993, RJ 1993, 6277), partiendo de la base de que ha de quedar suficientemente garantizado el cuidado y atención de la persona del incapaz, así como de sus bienes, la solución a adoptar ha de ser la que propicie las mayores garantías de objetividad, imparcialidad, desinterés y adecuación a las particulares circunstancias del incapaz.

²³⁸ AAP Madrid, de 21 septiembre 1998.

²³⁹ STS. de 30/03/2009

1. Cuando se instaure o se ponga en práctica una medida de protección de un mayor incapacitado, los intereses y el bienestar de éste último deben ser tomados en consideración de manera preeminente. Este principio implica en concreto que la elección de una persona para representar o asistir al mayor incapacitado debe regirse ante todo por la aptitud de esta persona para proteger y promover los intereses y el bienestar del mayor en cuestión.
2. Este principio implica igualmente que los bienes del mayor incapacitado sean gestionados y utilizados en su provecho y para asegurar su bienestar²⁴⁰.

El principio del interés de la persona protegida forma parte ya del nuevo Código Civil Catalán en el que proclama que, “Las funciones de protección de las personas menores de edad, de las que no pueden gobernarse por sí mismas, si no están en potestad parental, y de las que necesitan asistencia deben ejercerse siempre en interés de la persona asistida, de acuerdo con su personalidad, y van dirigidas al cuidado de su persona, a la administración o defensa de sus bienes e intereses patrimoniales y al ejercicio de sus derechos”²⁴¹.

El cuidado de la persona y no solo del patrimonio ha sido un argumento fundamental para una mayor precisión en los ámbitos de actuación de la persona con discapacidad. Si el verdadero protagonista

²⁴⁰ Conclusiones de las jornadas de fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas. Madrid. 19 y 20 de Octubre de 2009. La efectiva aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus efectos en el Derecho interno. Dirección: Carlos Ganzenmüller Roig. Ponentes: José M^a Paz Rubio, Carlos Ganzenmüller Roig, Gonzalo LopezEbri, Nuria López- Mora González, Cristóbal Fábrega Ruiz, Carmen Mendiola Gómez y Carmen Barquilla Bermejo.

²⁴¹ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE 21-8-2010). Art 221-1 del Código Civil.

objeto de esta clase de procesos es el presunto incapaz, debe de estar ayudado tuitivamente en la forma más conveniente y útil para que como persona, pueda desenvolverse en sociedad y desarrollar su propia personalidad. Lo que ha llevado a que se generalice y sea cada vez más habitual que la curatela no solo sea una medida para el ámbito patrimonial, sino también para el personal²⁴². VILAGRASA ALCAIDE señala que “el interés superior conforma un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general, que se define de manera dinámica o flexible, en el sentido de que deberá perfilarse en cada caso concreto y de acuerdo con cada persona determinada cuál sea su interés superior, de conformidad con la seguridad de la protección de sus derechos subjetivos, con miras a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad, según el art. 10 de la Constitución Española. El que las facultades se ejerzan en beneficio de las personas menores de edad o merecedoras de protección significa que las actuaciones dirigidas al cuidado de la persona, a la administración o defensa de sus bienes e intereses patrimoniales, o al ejercicio de sus derechos, se presumirá *iuris tantum* (salvo prueba en contrario), cuando los propios interesados o la autoridad judicial declaren que se ha perseguido un interés dirigido al de su propio interés²⁴³”.

Las salvaguardas, que se recogen en la Convención, se establecen para garantizar que el procedimiento de modificación de la capacidad y la determinación de los apoyos se realicen desde el respeto a la dignidad de la persona, en condiciones de plena igualdad de todos sus derechos humanos y en todos los ámbitos, civil, social, patrimonial, político y

²⁴² SSAP Barcelona de 21 junio de 2004, SAP de Valencia de 26 julio de 2007.

²⁴³ VILAGRASA ALCAIDE, C., “Comentario Artículo 221-1. Función de protección. LEY 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia”, *op. cit.*, Junio 2011.

cultural, a fin de asegurarle, en su exclusivo interés, un sistema de apoyos que le proporcione a la persona una eficaz protección²⁴⁴.

Para lograr estos objetivos se deberán tener en cuenta:

- “Que sean adoptadas, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”. La autoridad u órgano judicial garantiza adecuadamente la tutela judicial efectiva junto al derecho de “acceso a la justicia” previsto en el art. 13.
- “Que se adopten salvaguardas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”.
- “Que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, para preservarle de elementos que interfieran en su capacidad de decisión”.
- “Que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona”.
- “Que sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”. Estas salvaguardias implican no sólo que la persona debe ser oída y examinada por la autoridad judicial en el marco del proceso de modificación o adecuación de su capacidad, sino también en aquellos otros supuestos en que sus derechos garantizados por la Convención pudieren verse limitados o anulados.

También exige la necesidad de indagar cuál es el verdadero “interés” de la persona con discapacidad para procurarle la máxima autonomía. El interés superior de la persona con discapacidad, eje

²⁴⁴ Art 12.4 CDPD.

fundamental de actuación, exige que ningún conflicto entre parientes o dependencia emocional deben de pasar inadvertidos, por ello los informes psico-sociales son también vitales en este período, ya que aportan una perspectiva panorámica y objetiva sobre la vida de cada persona, determinantes para el estudio de cada caso²⁴⁵.

- Que garanticen la igualdad en los asuntos patrimoniales.
- Que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos²⁴⁶.

²⁴⁵Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del Ministerio fiscal en la protección a las personas con discapacidad y apoyos, en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. según las conclusiones de las jornadas de fiscales especialistas en la protección de personas con discapacidad. Alcalá de Henares. 20 y 21 de septiembre de 2010, p. 8.

²⁴⁵ *Guía de buenas prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la administración de justicia, a la luz de la convención de la ONU y de las reglas de Brasilia. Directores Pío Aguirre Zamorano. Consejo general del Poder Judicial.*

²⁴⁶ GANZENMÜLLER ROIG, C., “De la efectiva aplicación de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, y sus efectos en el derecho interno”, *op. cit.*, p. 44. Y en: “Aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Informe inicial presentado por España conforme con el art. 35 de la Convención el 3 de mayo de 2010, CRPD, p. 12 y ss.: art. 12. Igual reconocimiento, como persona ante la Ley, se encuentra en el apartado 4. Las salvaguardas de las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica contenidas en este apartado 4, subyacen en nuestra legislación en los términos que seguidamente se indican: El respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona están reflejados básicamente en el art. 268 del Código Civil, en cuanto obliga a los tutores a ejercer su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica. La inexistencia de conflicto de intereses está prevenida en el Código civil, art. 244-4º, al considerar causa de inhabilidad para ser tutor la existencia de importantes conflictos de intereses con el incapacitado y art. 247, que establece la remoción de la tutela a los que incurrir en dicha causa de inhabilidad o cuando el tutor se conduzca mal en el desempeño de sus funciones por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados. Ambos preceptos son extensivos al curador y al defensor judicial. Además, el art. 299 prevé el nombramiento de un defensor judicial que represente y ampare los intereses del incapacitado cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre éste y sus representantes legales o el curador. Finalmente, el art. 221 prohíbe a quien desempeñe un cargo tutelar representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. 1. Inexistencia de influencia indebida. Esta salvaguarda no está recogida expresamente en la vigente regulación, aunque puede considerarse implícita en los artículos 268 y 216, en cuanto exige ejercer

El tratamiento de la protección de la persona quedaría incompleto si la reforma que se prevé en Derecho Español no emprendiera los cambios suficientes en la vigilancia y control de la persona que ejerce la tutela o el apoyo necesario. Esa voluntad y carencias han sido atenuadas en parte, gracias al arranque de un grupo de operadores del derecho, especialmente del Ministerio Fiscal, que han ofrecido una serie de propuestas de mucho interés y utilidad para la persona protegida.

las funciones tutelares en beneficio del tutelado y bajo la salvaguarda de la autoridad judicial. 2. Proporcionalidad y adaptación a las necesidades y circunstancias de la persona con discapacidad. De conformidad con la el art. 760 de la Ley 1/2007 de Enjuiciamiento Civil y en relación con los artículos 267, 289 y 290 del Código Civil, la Sentencia que declare la incapacitación deberá indicar la extensión y límites de ésta y especificar los actos que el incapacitado puede realizar por sí solo y aquellos en los que necesita la intervención del tutor o la asistencia del curador. 3. Aplicación de las medidas en el plazo más corto posible y revisión periódica por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Los artículos 756 a 768 de la LEC regulan el proceso sobre la capacidad de las personas. Esta ley procesal prevé la posibilidad de instar ulteriores procesos para la reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación. Están legitimados para instar estos procesos las personas legitimadas para promover la declaración de incapacidad, pero no se contempla la revisión de oficio de estas medidas. 4. Finalmente, las salvaguardas han de ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas, principio que está implícito en la exigencia de proporcionalidad de las medidas, comentado anteriormente. 5. Para el cumplimiento completo del art. 12.4 y una mejor adaptación al espíritu y a la terminología de la Convención, se está trabajando en la redacción de un Anteproyecto de Ley que modificará los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil y el Capítulo II del Título I del Libro IV de la LEC que regula los procesos sobre la capacidad de las personas e introducirá algunas modificaciones puntuales, básicamente para adaptación de la terminología empleada en el Código de Comercio, Ley Hipotecaria y Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

9. Bibliografía

9.1. Monografías

- AGUIRRE ZAMORANO, P. y TORRES VELA, M., *Guía de Buenas Prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia*, ed. Lual, CGPJ, 2011.
- ALCAÍN MARTÍNEZ E., *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*, (dir.), ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2015.
- ALVAREZ LATA., N y SEOANE, J.A.; *El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, DPC, nº 24, 2010.
- ÁLVAREZ RAMÍREZ, G., *Discapacidad y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Un cauce adicional de acceso a la justicia y una oportunidad para la inclusión*, CERMI, 2013.
- CABRA DE LUNA, M.A. *Derechos humanos de la persona con discapacidad: La Convención Internacional de Naciones Unidas*, ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.
- CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos de las personas con discapacidad*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos

- Humanos de la Universidad de Alcalá y el Defensor del Pueblo, Madrid, 2012.
- DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Instituciones de Derecho Privado*, ed. Tirant lo Blanch, 2009.
- DE ASÍS ROIG, R., CUENCA GÓMEZ, P., *Capacidad jurídica y discapacidad. Propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Informe “El tiempo de los derechos”, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, nº 23, abril 2012.
- DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, Tomo II, ed. Civitas, Madrid 1984.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de derecho civil. Volumen I*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.
- DE SALAS MURILLO, S., *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, ed. Dykinson, 2013.
- DE SALAS MURILLO, S., *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, (dir.), ed. Justicia de Aragón, 2010.
- FÁBREGA RUIZ, C., *Aproximación de urgencia a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con*

- discapacidad y su relación con el Ordenamiento español*, materiales la Convención de las naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad en relación con el ordenamiento jurídico español, 2006.
- GARCIA GARNICA, M. C., *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad*, ed. Aranzadi, 2011.
- *De la Incapacitación. Comentarios al Código Civil*, ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- GARCIA PONS, A., *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español, La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, ed. Universitaria Ramón Areces, Colección La Llave, Madrid, 2008.
- GONZÁLEZ GRANDA, P., *Propuestas de mejora en el marco jurídico social-de protección del Discapacitado psíquico por enfermedad mental*, FEAFES, Caja Madrid, 2009.
- GONZÁLEZ PEREZ, J., *La dignidad de la persona*, ed. Cívitas, Madrid, 2013.
- LACALLE NORIEGA, M., *La Persona como sujeto del Derecho. Manuales jurídicos*, ed. Dykinson, 2013.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y Otros, *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, vol 2º, 6ª ed., ed. Dykinson, Madrid, 2010.

- LASARTE ALVAREZ, C., *La protección de las personas mayores*, coord. por Carlos Lasarte Álvarez, María Fernanda Moretón Sanz, Patricia López Peláez, ed. Tecnos, 2007.
- LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación Española 4. Codificación Civil*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación. Madrid, 1970.
- LIDÓN HERAS, L., *La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿Por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los medios de comunicación*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1ª ed., Madrid, julio 2011.
- MARÍN CALERO C., *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, ed. Universitaria Ramón Areces, La Llave, 2006.
- MINKOWITZ, T., *El Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - Consideraciones para su Implementación*, Center for the Human Rights of Users and Survivors of Psychiatry, Chestertown, NY, 12817, USA, 2011.
- MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., *La protección del adulto en el derecho internacional privado*, ed. Aranzadi, Madrid, 2009.
- PALACIOS, A. Y ROMAÑACH, J., *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, ed. Diversitas, AIES, 2006.

- PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Madrid, ed. CINCA, 2008.
- PALACIOS, A. Y BARRIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, ed. Cinca, Colección Telefónica Accesible, Madrid, 2007.
- PALACIOS, A. Y ROMANÑACH, J., *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, ed. Diversitas, AIES, 2006.
- PINDADO GARCIA, F., *Hacia una única catalogación de los derechos fundamentales. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad como derechos fundamentales*, Fundación Derecho y Discapacidad, ed. Cinca, 2015.
- QUESADA GONZÁLEZ, M. C.; *La tutela y otras instituciones de protección de la persona (Un estudio de Sentencias, Autos y resoluciones)*, ed. Atelier, 2004.
- REY MARTÍNEZ, F. y Otros, *Los derechos humanos en España: Un balance crítico*, ed. Tirant lo Blanch, 2015.

- ROVIRA SUEIRO, E., *La relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, ed. Ramón Areces, Madrid, 2006.
- SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y Tutela (Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*, ed. Tiranch lo Blanch, Valencia, 2000.
- SÁNCHEZ GARGALLLO, I., *Tutela de Incapacitados en el Código Civil. Incapacitación y Tutela*, ed. Tirant lo Blanch, 2000.
- SANCHEZ ROMAN, F., *La Codificación Civil en España. Antes y después de la promulgación del Código Civil*, Madrid, 1890.
- SCHIRRMACHER, F., *El complot de Matusalén*, ed. Taurus, Madrid, 2004.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C., *Artículo 221-1. Función de protección. LEY 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*, comentario monográfico, Junio 2011.
- VIVAS TESÓN, I., *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, ed. Difusión Jurídica, Madrid, 2010.
- ZURITA MARTIN, I.; *Protección Civil de la ancianidad*, ed. Dykinson, 2004.

9.2. Capítulos de libro

- ADROHER BIOSCA, S., “La protección de los mayores vulnerables: una cuestión pendiente”, en: *Nuevos conflictos del derecho de familia* / coord. por Eugenio Llamas Pombo, ed. La Ley, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.
- ALVAREZ MORENO, M. T., “La protección de los discapacitados en el derecho español”, en: *Familia y discapacidad* / coord. por Silvia Díaz Alabart, ed. Reus, 2010.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces, en previsión de su futura pérdida de capacidad”, en: *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, ed. Colegio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios. Madrid 2006.
- ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J., “La incapacidad eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntades anticipadas”, en: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* / coord. por Antonio Cabanillas Sánchez, vol. 1, ed. Civitas, 2002.
- ARIJA SOUTULLO, C., “Algunas consideraciones sobre la reforma legal en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de protección a las personas con capacidad modificada”, en: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* / coord. por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, vol. 1, 2014.

- AZNAR LOPEZ, M., Las personas Mayores en la Constitución Española. Comentario al art 50, en *Gerontología y Derecho. Aspectos jurídicos y personas mayores*, ed. Panamericana, 2001.
- BARRADA ORELLANA, R., “El Plan de Parentalidad” en: *El Nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, ed. Bosch, 2011.
- BELLO JANEIRO, D., “Autotutela e Incapacitación voluntaria”, en: *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad /coord. Por Pérez Vargas Muñoz*, Madrid, 2007.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., “El “apoderamiento o mandato preventivo” como instrumento de protección ante una eventual y futura pérdida de capacidad”, en: *La protección de las personas mayores*, director Carlos Lasarte Álvarez, ed. Tecnos, Madrid 2007.
- BIEL PORTERO, I., REY ANEIROS, A., “La Política Social de la Unión Europea como única vía para la protección de los derechos de las personas dependientes. ¿una Etapa superada?”, en: *Protección Internacional de las personas con discapacidad*, ed. Universidad Carlos III de Madrid, 2007.
- CABELLO DE ALBA JURADO, F., “La aplicación práctica de los postulados de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de la personas con discapacidad”, *Instituciones Tutelares y la Convención*, Jaén, 12 de noviembre de 2010.

- CAFFARENA LAPORTA, J., “La sentencia de incapacitación y la capacidad de testar”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* / coord. por Antonio Cabanillas Sánchez, vol. 1, 2002.
- CAMPUZANO TOMÉ, H., “El ejercicio del derecho de autonomía personal de las personas con discapacidad en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica”, en: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa* / coord. por Matilde Cuenca Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge Ortega Doménech, ed. Dykinson, Madrid, 2013
- CASAS PLANAS, M. D., “Breve reflexión acerca del futuro de la incapacitación judicial (referencia a la reforma de la protección de mayores en Francia por Ley de 5 de marzo de 2007)”, en: *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* / coord. por Sofía de Salas Murillo, 2010.
- CHIMENO CANO, M., “Problemas que suscita la designación y el seguimiento del guardador legal”, en: *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* / coord. por Sofía de Salas Murillo, ed. Dykinson, 2013.
- DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M. C., CUENCA GOMEZ, P., RAMIRO AVILÉS, M. A.; “La situación de los derechos de las personas con discapacidad en España”, en: *Los derechos humanos en España: Un balance crítico*, ed. Tirant Lo Blanch, 1º ed., 2012.

- DE ASIS ROIG, R., PALACIOS, A., “Aproximación al concepto de dependencia” en: *La Protección Internacional de las personas con discapacidad*, Fundación Equitas, Granada, 2007.

- DE ASIS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M^a. C., CUENCA GÓMEZ, P., PALACIOS RIZZO, A., “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las personas con Discapacidad en el Derecho Español”, en: *Estudios sobre el Impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico Español*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, 2013.

- DE ASÍS, R., BARRIFFI, F., PALACIOS, A., “Principios éticos y fundamentos jurídicos”, en: *Tratado sobre Discapacidad*, dir. De Lorenzo, R. y Pérez Bueno, C., ed. Aranzadi, 2007.

- “Los contornos del derecho de la discapacidad”, en: *Hacia un Derecho de la Discapacidad, Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo /Luis Cayo Pérez Bueno (dir.), Ana Sastre Campo (ed. lit.), Antonio Ventura Díaz Díaz (pr.), Miguel Carballada Piñeiro (aut.), ed. Aranzadi, 2009.*

- DE PABLO CONTRERAS, P., “La incapacitación en el Marco de la Convención sobre Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Comentario Sentencia del TS de 29 de abril de 2009”, en: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y*

- mercantil*), M. Yzquierdo Tolsada (dir.), ed. Dykinson, Madrid, 2010.
- DIAZ ALABART, S.; “Principios de protección Jurídica del discapacitado”, en: *Protección Jurídica y Patrimonial de los discapacitados*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005.
- DIAZ PARDO, G., “Protección jurídica de la esfera personal del tutelado”, en: *Cuestiones actuales de derecho de familia* / coord. por Teresa Echevarría de Rada, María del Rosario Martín Briceño, David Rafael Guinea Fernández, ed. LALEY, 2013.
- DIEZ PICAZO, L., “Nuevas perspectivas del Derecho de las personas”, en: *Ponencias y conclusiones del Congreso sobre Tutela e Incapacitación*, Ensayo jurídicos, Diputación de Barcelona, Civitas, Barcelona, 1999.
- DURAN AYAGO, A., “Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos”, en: *Protección jurídica de los mayores* / coord. por Eva María Martínez Gallego, Mariano Alonso Pérez, Justo Reguero Celada, ed. Wolters Kluwer, 2004.
- ENNECERUS, KIPP, WOLF, “Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas”, en: *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia*, 2ª edición, ed. Bosch, 1952.
- ESCRIBANO TORTAJADA, P., “El consentimiento de las personas con discapacidad en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo,

- de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen”, *Estudios jurídicos en Homenaje a Vicente I. Montés Penadés* /coord por Francisco de Paula Blascó Gascó, ed. Tirant lo Blanch, 2011.
- ESCRIBANO TORTAJADA, P., “Discapacidad y libre desarrollo de la personalidad”, en: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa* / coord. por Matilde Cuenca Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge Ortega Doménech, ed. Dykinson 2013, p.145.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, J., SIMÓN RODRÍGUEZ VICENTE, C., MAGRO SERVET, V., “Capacidad jurídica plena de las Personas con Discapacidad y apoyos en el ejercicio de su capacidad de obrar: Aspectos principales de la Convención de la ONU ya contemplados por nuestro Ordenamiento Jurídico”, *Guía de buenas prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la administración de justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las reglas de Brasilia*, Consejo General del Poder Judicial, 2011.
- GANZENMÜLLER ROIG, C., “Avances en la aplicación de la Convención de Nueva York, sobre Los Derechos de las Personas con Discapacidad, desde la perspectiva del ministerio fiscal”, *In Memoriam José Soto García-Camacho*. Dir. Rafael de Lorenzo García, Fundación Derecho y Discapacidad, ed. Cinca, 2012.
- GARCIMARTÍN MONTERO, R., “La designación judicial del guardador legal”, en: *Los mecanismos de guarda legal de las*

- personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* / coord. por Sofía de Salas Murillo, 2013.
- GARCIA CANTERO, G., “Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad”, en: *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* / coord. por Sofía de Salas Murillo, 2013.
- “Estudio Comparado de la Tutela”, en *La protección jurídica del discapacitado*, ed. Tirant lo Blanch, 2003
- GÁZQUEZ SERRANO, L., y MÉNDEZ SERRANO, M., “Régimen jurídico de las personas con Discapacidad en España y en la Unión Europea”, en: *Derecho Civil. Tratamiento de la Discapacidad desde la perspectiva del Derecho Civil*, ed. Comares, 2006.
- GETE ALONSO y CALERA, M. C., “Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad”, en: *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad*, ed. Aranzadi, 2011.
- GETE-ALONSO Y CALERA, C.; NAVAS NAVARRO S., “La situación Jurídica de las personas mayores”, en: *Los Derechos de las personas Mayores. Perspectivas, jurídicas, políticas y filosóficas*, Instituto Derechos Humanos. Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, 2007.
- HAUSSER, J., “Proteger y respetar a la persona” en: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, ed. La Ley, Madrid, 2011.

- HERAS HERNÁNDEZ, M^a., “Entre la tutela de familia y la Tutela Institucional: Dificultades práctica en el nombramiento del tutor”, en: *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, ed. La Ley, Madrid, 2011.

- LASARTE ALVAREZ, C., “Incapacitación y derechos fundamentales: La Convención de Nueva York de 2006, la Ley 1/2009 y la STS 282/2009, de 29 de abril”, en: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* / coord. por Francisco de Paula Blasco Gascó, vol. 1, 2011.

- “Derechos de la personalidad y derechos fundamentales. Derechos humanos: problemas actuales”, en: *Estudios en homenaje al profesor Benito de Castro Cid* / coord. por Narciso Martínez Morán, Ana María Marcos del Cano, Rafael Junquera de Estéfani, vol. 1, 2013.

- LETE DEL RÍO, J. M., “Comentarios a los artículos 215 a 313 del Código Civil”, en: *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, vol. IV, 2^a ed., ed. Edersa, Madrid, 1985.

- “Comentario a los artículos 234 a 258 del Código Civil”, en: *Comentario del Código Civil*, vol. I, dirigidos por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, y Pablo Salvador Cordech, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- MARTÍN PÉREZ, J. A., “Discapacidad y modificación de la capacidad de obrar: revisión del modelo de protección basado en la incapacitación”, en: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* / coord. por Francisco de Paula Blasco Gascó, vol. 2, ed. Tirant lo Blanch, 2011.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en: *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* / coord. por Sofía de Salas Murillo, 2013.

- MAYOR DEL HOYO, M^a. V., “Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la convención de Naciones Unidas”, en: *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* / coord. por Sofía de Salas Murillo, 2013.

- MORANTE VALVERDE, A., “Incapacidad y Salud mental”, en: *Derecho de la persona: acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto del derecho* /Coord. por Isaac Ravetllat Ballesté, ed. Bosch, 2011.

- MORENO TRUJILLO, E., “Protección de las personas con discapacidad: Guarda y Tutela” en: *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad*, ed. Aranzadi, 2011.

- MORETÓN SANZ, M. F., “El nuevo sistema de protección de la persona con autonomía limitada: de la incapacitación judicial a la discapacidad y dependencia”, en: *La protección de las personas mayores / coord. por Carlos Lasarte Álvarez, María Fernanda Moretón Sanz, Patricia López Peláez*, 2007.

- MUÑOZ DE DIOS, G. “El patrimonio del discapacitado”, en: *La protección Jurídica de Discapacitados, Incapaces y Personas en situaciones especiales / Coord. Por Rafael Martínez Díe*, Seminario Organizado por el CGN en la UIMP, 2000.

- MUÑIZ ESPADA, E., “Nuevas orientaciones en la Protección de las Personas con Discapacidad. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad”, en: *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, González Porras, F. y Méndez González, P. (coordinadores), Universidad de Murcia, Servicio de publicaciones, 2004.

- NÚÑEZ ZORRILLA, M^a. C., “Los nuevos sistemas jurídicos de protección de la persona con discapacidad mental”, en: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel / coord. por Luis Díez-Picazo y Ponce de León*, vol. 2, 2014.

- PALACIOS, A., “La ley 39/ 2006 a la luz del modelo social y de la convención internacional” en: *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos*, ed. Dykinson, Madrid, 2011.

- “¿Modelo rehabilitador o modelo social?” en: *Igualdad No Discriminación y Discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, ed. Dykinson, Madrid, 2007.
- PALOMINO DÍEZ, I., “La flexibilidad de la protección de los *majeursprotèges* en el Derecho francés. Comparativa con el Derecho español”, en: *La protección jurídica de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, ed. Civitas, Madrid, 2000.
- PEREÑA VICENTE, M., “La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica”, en: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, vol. 1., ed. La Ley, 2011.
- RODRIGUEZ ESCUDERO, V., “La incapacitación y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida”, en: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad / coord.*, por José Pérez de Vargas Muñoz, Montserrat Pereña Vicente, vol. 2, ed. LA LEY, Madrid, 2011.
- RODRÍGUEZ ESCUDERO, M^a. V., “El porvenir de la curatela en el derecho español”, en: *Historia Iuris: Estudios dedicados al Profesor Santos M. Coronas González*, vol. I y II, ed. KRK, Universidad de Oviedo, 2014.
- SANCHEZ HERNANDEZ, C., “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo / coord.* por Antonio Cabanillas Sánchez, vol. 1, 2002.

- SERRANO GARCÍA, I., “La extinción del mandato. Modificación del art. 1732 del CC”, en: *Derecho de obligaciones. Homenaje a Mariano Alonso Pérez*, Madrid, 2006.
- SILLERO CROVETTO, B., “Implicaciones del art 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en el sistema jurídico español”, en: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, ed. Thomson-Reuter-Aranzadi y Universidad de Jaén, 2012.
- VARGAS CABRERA, B., “Aspectos civiles y procesales de la discapacidad”, en: *La protección jurídica del discapacitado*, ed. Tirant lo Blanch, 2003.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., “Acerca del valor permanente del Derecho Civil como Derecho de la persona en la era de la globalización”, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* / coord. por Francisco de Paula Blasco Gascó, vol. 2, 2011.
- VILLANUEVA LUPION, C., “Autogobierno personal y discapacidad: la modificación judicial de la capacidad de obrar en la toma de decisiones”, en: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* / coord. / por José Pérez de Vargas Muñoz, Montserrat Pereña Vicente, vol. 2, 2011.
- VIVAS TESÓN, I., “Tutela y curatela” en: *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia* / coord. por

Francisco Lledó Yagüe, Alicia Sánchez Sánchez, Oscar Monje Balmaseda, vol. 1, 2011.

9.3. Artículos de revista

- ÁLVAREZ GARCÍA, M., “Criterios interpretativos en materia de modificación de la capacidad y medidas de apoyo. Los derechos humanos y la modificación de la capacidad”, *Foro Justicia y Discapacidad*, Sevilla 2010.
- ALGUACIL GARCIA, M J., “El difuso equilibrio entre autonomía y protección: algunos instrumentos de asistencia a la luz de la convención”, *ACM*, nº 9, 2015.
- ALVAREZ, LATA, N., “¿Está facultado el tutor para instar la Acción de separación legal de su pupilo?, Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 27 de febrero de 1999”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1999.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Crisis de la Incapacitación? La Autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *RDP*, enero- febrero, 2006.
- ANSUATEGUI ROIG, F. J., “Derechos Fundamentales y dignidad humana”, *Papeles el tiempo de los derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, nº 1, 2011.

- APARISI MIRALLES, A., “El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global”, *Cuadernos de bioética*, vol. 24, n° 81, 2013.
- BARIFFI F., “El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, Fundación Derecho y Discapacidad, *Colección Cuadernos de la ONU*, ed. Cinca, n° 11, 2014.
- BARRANCO, CUENCA GOMEZ, P., RAMIRO., “Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad”, *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá V, 2012.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La discapacidad como espectáculo”, *ACM*, n° 1, 2010.
- “La protección del honor y de la imagen de los discapacitados”, *ACM*, n° 11, 2014.
- BERROCAL LANZAROT, A. I., “Constitución de la tutela. Nombramiento, capacidad y causas de inhabilidad del tutor”, *RCDI*, n° 725, Mayo 2011.
- BOTELLO HERMOSA, P., “El refuerzo de la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención ONU sobre derechos de personas con discapacidad al ordenamiento jurídico español”, *RCDI*, n° 91, 2015.

- “La Sentencia del Tribunal Supremo 421/2013, de 24 de junio de 2013, como prueba de la eficiente adaptación del artículo 12 a través de la curatela”, *AC*, nº 9, 2015.
- CABEZUELO ARENAS, A. L., “Discapacitado no incapacitado judicialmente: intromisión ilegítima en su honor e imagen. Consentimiento no válido aunque no medie sentencia de incapacitación”, *RAD*, nº 11, 2014.
- CALAZA LÓPEZ, S., “Delimitación de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, *RDUNED*, nº 9, 2011.
- CAPILLA RONCERO, F., “Autonomía de la voluntad y Derecho de la persona; o la autonomía personal en el Derecho privado”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, nº 7675, 2011.
- CASAS VALLES. R., “Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación”, *Poder Judicial*, nº 14, 1989.
- CASTILLA BAREA, M., “Sentencia de 19 de enero de 2010 (RJ 2010, 157)”, *RCJC*, nº 85, 2011.
- CAZORLA GÓNZALEZ- SERRANO, M^a. C., “La nueva posición del tutor en la legislación y en la realidad actual”, *RAD*, 2014.
- CLEMENTE MEORO, M. E., “Consentimiento prestado por persona discapacitada no incapacitada y derechos fundamentales al honor y a

- la propia imagen. Consideraciones en torno a la STC 208/2013, de 16 de diciembre”, *Derecho privado y Constitución*, nº 28, 2014.
- CORRAL BENEYTO, R., “La protección de las personas con discapacidad en el derecho Español”, *El Notario del siglo XXI*, nº 48, 2013.
- “La Convención de la ONU sobre derechos fundamentales de las personas con discapacidad: su contenido y efectos”, *Diario La Ley*, nº 8511, 2015.
- CRESPO ALLUÉ, F., “Las instituciones protectoras de los incapacitados en el Derecho Francés”, *Revista De Derecho Privado*, vol. LXX, enero-diciembre 1986.
- CUENCA GÓMEZ, P., “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR*, nº 10, diciembre 2012.
- CUENCA GÓMEZ, P., “Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad”, *Papeles el tiempo de los derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Proyecto Consolider Ingenio, nº 3, 2011.
- CUENCA GÓMEZ, P., “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, nº 158, octubre-diciembre 2012.

- CUENCA GÓMEZ, P., “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art.12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español”, *Derechos y libertades*, nº 24, 2011.

- DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., “La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y su aplicación en el Derecho Privado”, *CDF*, nº 31, 2010.

- DE SALAS MURILLO, MAYOR DEL HOYO, M. V., “La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación matrimonial en representación del pupilo”, *RTC*, nº 6, 2001.

- DE SALAS MURILLO, S., “Repensar la curatela”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 27, 2013.

- “Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración.”, *ADC*, vol. 63, nº 2, 2010.

- “Comentario al art. 199 del Código Civil”, *Estudios y Comentarios Legislativos*, septiembre, 2011.

- DIAGO DIAGO, M. P., “La protección internacional de personas mayores en el ámbito privado”, *Geriatrionet*, vol. 3, nº 1, 2001.

- DIAZ ALABART, S.; “El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La Visión Civilista”, *RDP*, enero-febrero, 2012.

- “La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas”, *RDP*, nº 2, 2013.

- “La dignidad de las personas con discapacidad”, *RDP*, nº 5, 2010.

- ECHEVARRÍA DE RADA, T., “Autonomía de la voluntad y exigencia de forma en determinados instrumentos de protección de personas especialmente vulnerables”, *ACM*, vol. 2, nº 7, 2013.

- ENTRENA PALOMERO, B., “Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Importante modificación del juicio Notarial de Capacidad”, *El notario del siglo XXI*, nº 31, 2010.

- ESBEC RODRÍGUEZ, E., “Un nuevo modelo de modificación y delimitación de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad”, *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, vol. 12, 2012.

- ESTRADA ALONSO, E., “La Legitimación del tutor para interponer demanda de separación del incapacitado”, *AC*, 1999.

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad”, *RJUA*, nº 23, Enero 2011.

- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A., “Derecho a la propia imagen del menor”, *AC*, nº 7, 2004.

- GANZENMÜLLER ROIG, C., “Antecedentes, gestación y contenido de la Convención”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n° 29, 2009.
- GANZENMÜLLER ROIG, C. y PAZ RUBIO, J. M^a., “Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas: La efectiva aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y sus efectos en el Derecho Interno”, *Estudios jurídicos*, Octubre 2009.
- GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P., “Procesos de reintegración de la capacidad y modificación de la incapacitación”, *Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, n° 1, 2003.
- GARCIA CANTERO, G., “Persons with disability vs. personas incapacitadas... o viceversa?. Inserción del art. 12 del convenio de nueva york de 2006, en el ordenamiento español”, *RDC*, vol. I, n° 4, octubre-diciembre, 2014.
- “Los ancianos ante el Derecho Civil”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, vol.73, n° 5, 1976.
- “Notas sobre la curatela”, *RDP*, 1984.
- GARCIA CUADRADO, A. M., “Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. Persona y derecho”, *Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, n° 67, julio-diciembre, 2012.

- GARCÍA LORENTE, J., “La Convención y el Derecho de Defensa”, *CDF*, nº 31, 2010.
- GARCIA PONS, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *ADC*, 2013.
- GARCIA RIPOLL MONTIJANO, M., “La nueva legislación alemana sobre tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo”, *AC*, nº 21, 1999.
- GARCIA LLERENA, V., “El mayor interés en la esfera personal del incapaz del incapaz”, *Colección Contrabajo*, nº 8, 2002.
- GETE ALONSO y CALERA, M. C., “Incapacitación. Sistemas de guarda: tutela, curatela. Capacidad de discernimiento”, *CCJC*, nº 28, 1992.
- “Condición civil de la persona y género (1)”, *AC*, nº11, Junio 2008.
- GULLON BALLESTEROS, A., “Capacidad jurídica y Capacidad de obrar”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 22, 1999.
- GUTIÉRREZ CALLES, J. L., “La crisis del derecho tutelar codificado y la necesidad de la reforma. La guarda del enfermo mental: deberes y responsabilidades, Enero 2005.

- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Traducir derechos: la dignidad humana en el derecho constitucional de la Comunidad Internacional”, *AFDUAM*, nº 16, 2012.
- HERAS HERNÁNDEZ, M^a., “Nuevos instrumentos jurídicos en la protección de las personas incapaces en el ordenamiento jurídico español: hacia una mayor flexibilización de las instituciones tradicionales”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. México*, vol. IV, nº 26, 2010.
- HERBOSA MARTÍNEZ, I., “El patrimonio especial del discapacitado en la ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad”, *AC*, nº 16, 2^a Septiembre de 2005.
- INGO V. MÜNCH., “La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán”, *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, nº 9, 2009.
- JIMÉNEZ CLAR, A. J., “La autotutela y apoderamientos preventivos”, *Jornadas sobre la nueva Ley de Protección Patrimonial de Discapitados*, Valencia, 12, 19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004, Instituto Valenciano de Estudios Notariales, Valencia, 2005.
- JOUVE DE LA BARRERA, N., “La genética y la dignidad del ser humano”, *Cuadernos de bioética*, vol. 24, nº 80, 2013.

- LAFUENTE TORRALBA, A. J., “Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacidad judicial”, *REDUR* 10, diciembre 2012.
- LIDÓN HERAS, L., “Discapacidad y Observaciones Generales de los comités de derechos humanos de la ONU: una relación asimétrica entre la invisibilidad, el modelo médico y el modelo de derechos humanos”, *RED*, vol. 1, nº1, 2013.
- LÒPEZ FRIAS, M^a J., “Algunas notas sobre la graduación de la incapacidad en beneficio del incapacitado”, *AC*, nº 2, 2003.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, J. C., “Tratamiento jurisprudencial del conflicto entre libertades de expresión e información y derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Criterios de ponderación”, *Diario La Ley*, nº 8059, 10 de abril de 2013.
- MACÍAS CASTILLO, A., “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, *Diario La Ley*, nº 6913, 28 Marzo 2008.
- MARÍN CASTÁN, M. L., “La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº 9, 2007.
- MARÍA MARTÍN AZCANO, E., “De nuevo sobre la incapacidad judicial y la adecuación de los regímenes de guarda tradicionales”, *Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 2, 2014.

- MARTINEZ BULLÉ-GOYRI, V. M., “Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 2013.
- MARTÍNEZ DE MORETÍN LLAMAS, M^a L., “De la Cura furiosi en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual. (A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002)”, *ADC*, vol. LVIII, abril 2004.
- MARTINEZ MAROTO, A., “Incapacitación, tutela y personas dependientes (I)”, *Sesenta y más*, nº 212, 2003.
- MAYOR DEL HOYO, M^a. V., “La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: Clave en la reforma de la discapacidad”, *BMJ*, Año 68, nº 2173, 2014.
- MAYOR FERNÁNDEZ, D., “La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”, *BMJ*, nº 2133, 2011.
- MIGUEL BERIAIN, I., “Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana”, *Anuario de filosofía del derecho*, nº21, 2004.
- MORA MATEO, J., “La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española”, *Cuadernos de bioética*, vol. 11, nº 42, 2000.

- MORETÓN SANZ, M. F., “De la minusvalía a la discapacidad y dependencia: pasarelas y asimilaciones legales”, *RUCT*, nº 8, 2007.
- MUÑIZ ESPADA, E., “La Incapacidad y las reformas del Derecho Contractual”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 23, 2009.
- NILSSON, A., Documento temático encomendados y publicados por el Comisario para los Derechos Humanos, preparado por Anna Nilsson ¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. Consejo de Europa. Estrasburgo, 20 de febrero de 2012.
- OEHLING DE LOS REYES, A., “El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental”, *REDC*, nº 91, 2011.
- PALACIOS, A y 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*, 2008.
- PALACIOS, A., “Capacidad jurídica en la Convención de los derechos de las personas con discapacidad”, Geneva, Palais des Nations, 24 October 2008.
- “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, (ponencia presentada en el marco del Estudio del Alto Comisionado

de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre medidas jurídicas esenciales para la ratificación y la aplicación efectiva de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Geneva, 24 October 2008.

- PELÉ ILLIE, A., “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, *Universitas, Revista de filosofía, derecho y política*, nº 1, 2004-2005.
- PESET REIG, M., “Los antecedentes de la unión de la tutela y curatela en el Código Civil español”, *RCDI*, nº 483, 1971.
- PEREÑA VICENTE, M., “Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007”, *RCDI*, nº 703, 2007.
- “El nuevo papel de la autonomía de la voluntad en la protección de los incapacitados en el Código Civil español y francés”, *BMJ*, Año 61, nº 2040, 2007.
- PEREZ- ONTIVEROS BAQUERO, C., “Sentencia de 29 de abril de 2009. Incapacitación judicial. Interpretación de los artículos 199 y 200 del Código Civil y demás legislación vigente en materia de incapacitación a efectos de acreditar su adecuación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *CCJC*, nº 82, 2010.

- “Sentencia de 11 de octubre de 2012 (RJ 2012,9713).Incapacitación judicial. La curatela a la luz de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”, *CCJC*, nº 92, 2013.
- “La incapacitación en las sentencias del Tribunal Supremo”, *ACM*, nº 4, 2000.
- “La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 23, 2009.
- PESET REIG, M., “Los antecedentes de la unión de la tutela y curatela en el Código Civil español”, *RCDI*, nº 483, 1971.
- PLATERO ARANDA, E., “El proceso de incapacitación y otras medidas judiciales para la protección de personas Mayores” en: *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Logroño 2009.
- POLICASTRO, P., “Dignidad de la persona y principios constitucionales en la época de la globalización”, *Persona y Derecho*, vol. 64, 2011.
- QUINN, G., y DENENGER, T., “Derechos Humanos y Discapacidad Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad”, *Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1*, Nueva York y Ginebra, 2002.

- QUINN, G., “An ideas paper on Legal Capacity”, Disability European Foundation Center, Bruselas, 2009, disponible en: (www.efc.be/Networking/InterestGroupsAndFora/.../EFCGQfinal.doc); fecha de consulta 10 de noviembre de 2012.

- RAMS ALBESA, J., “Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez. (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes)”, *RCDI*, nº 723, 2011.

- RIVERA ÁLVAREZ, J., “La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, *RDP*, enero-febrero 2006.

- RODRÍGUEZ ESCUDERO, M^a. V., “La incapacitación y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegido”, comunicación presentada en el Congreso sobre Incapacitación y Discapacidad, celebrado en la Universidad Juan Carlos I de Madrid los días 16 y 17 de Septiembre de 2010.

- “La legitimación de los tutores para ejercer la acción de separación y divorcio”, *Diario La Ley*, nº 8117, 2013.

- “El reconocimiento de la dignidad en la protección de los derechos al honor y a la propia imagen de la persona con discapacidad”, *AC*, Pendiente de publicación. Aceptada el 8 de marzo de 2016.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L., “Los desafíos de la protección internacional de los derechos humanos de las personas de edad”, *CEPAL*, 2010.
- ROMERO COLOMA, A., “Capacidad e incapacidad para contraer matrimonio”, *Diario La Ley*, nº 7805, Febrero 2012.
- ROMERO GALLARDO, A., “Proyecto de Ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Diario La Ley*, nº 7591, 2011.
- RUEDA ESTRADA, J. D.; ZURRO MUÑOZ, J. J.; FERNÁNDEZ SANCHIDRIÁN, J. C., “El modelo de apoyo a las personas con capacidades modificadas judicialmente según Naciones Unidas”, *Alternativas, Cuadernos de trabajo social*, nº 21, 2014.
- SANCHEZ GONZÁLEZ, M. P., “Separación matrimonial de un incapacitado: ¿Acción de carácter personalísimo?”, *RGD*, nº 682-683, julio-agosto 2001.
- SANJOSE GIL, A., “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *REEI*, nº 13, 2007.
- SANTOS URBANEJA, F., “Causa y motivo de la incapacitación civil, una reflexión sobre art. 200 del código civil”. Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad [Recurso electrónico]: II Jornadas celebradas en Logroño los días 26 y 27 de abril de 2007, 2007.

- SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “Derechos y Personas con Discapacidad hacia un nuevo paradigma”, *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, vol. 35, nº 209, 2004.
- “¿Qué es una persona con discapacidad?”, *Ágora, Papeles de Filosofía*, vol. 30, nº 1, 2011.
- “Derecho y Salud mental. Capacidades, derechos, justicia”, *Cuadernos de psiquiatría*, vol. 6, nº 1, 2006.
- SERNA BERMÚDEZ, P., “Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial. Persona y derecho”, *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 41, 1999.
- SERRANO GARCÍA, I., “¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones? Bettencourt, Sordi, di Stéfano”, *RCDI*, nº 751, 2015.
- SILLERO CROVETTO, B., “¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial”, *RCDI*, nº 747, 2015.
- SPAEMANN, R., “Sobre el concepto de dignidad humana”, *Persona y Derecho*, nº 19, 1988.
- VARELA AUTRÁN, B., “Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006:

- Comentario a la STS 617/2012, de 11 de octubre, Rec.262/2012”, *Diario La Ley*, nº 8006, de 22 de enero 2013.
- VARELA AUTRÁN, B., “La protección Jurídica de las personas con capacidad intelectual límite: Curatela, guarda de hecho y otras figuras. Defensa jurídica de las personas vulnerables”, *Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP*, julio-agosto de 2007, ed. Civitas, 2008.
- VALLADARES RASCÓN, E., “La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación en representación de su pupilo (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1999)”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 13, 1999.
- VERDA Y BEAMONTE, J.R Y SORIANO RODRÍGUEZ E., “La Protección del Derecho a la Imagen de menores e incapaces, El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista”, *Revista Aranzadi y Nuevas Tecnologías*, nº 9, 2011.
- VIVAS TESÓN, I., “Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad, *RDUNED*, nº7, 2010.
- VON MÜNCH, I., “La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán, *Foro, Nueva época*, nº 9, 2009.

9.4. Otros.

- Asociación española de neuropsiquiatría (AEN). Sobre reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad. Grupo de “Ética y legislación”, Marzo 2015.
- Borrador de Anteproyecto de ley de reforma del Código civil, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente, cuyas novedades fueron presentadas por el Secretario General Técnico del Ministerio en una Jornada de la Fundación Hurkoa en diciembre de 2010.
- CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad*, Informe España 2011, Colección Convención ONU, n. 4, ed. Cinca, 2012.
- CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad*, Informe España 2012, Colección Convención ONU, nº 9, Ed. CERMI-Ediciones Cinca, 2013.
- CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad*, Informe España 2014, Convención ONU, nº 10, ed. Cinca, 2015.
- Código de la Discapacidad, elaborado por el Foro Justicia y Discapacidad y editado por el BOE, última modificación de 29 de octubre de 2015.

- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU). Sexto período de sesiones. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. ESPAÑA. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 19 a 23 de septiembre de 2011.

- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014.

- Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general nº 1, artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. 11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general, nº 1, 2014.

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social Europeo y al Comité de las regiones Estrategia Europea sobre discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras. Bruselas, 15.11.2010.

- Conclusiones de las jornadas de fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tuteladas. Madrid. 19 y 20 de Octubre de 2009.

- Consejo de Derechos Humanos (ONU). A/HRC/25/L.30. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles,

políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Naciones Unidas. 25ª Sesión, 24-3-2014.

- Derecho y discapacidad. *In Memoriam José Soto García-Camacho Dirección* Rafael de Lorenzo García. Fundación Derecho y Discapacidad. Diciembre 2012.
- Documento Sitges2009, Capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia: Reflexiones, derechos y propuestas de evaluación, Ed. Glosa, Barcelona 2009.
- Documento para el debate. Configuración jurídica de un modelo de apoyos. Planteamientos y propuesta del sistema de medidas de apoyo que viene aplicando FUTUEX en Extremadura y otras propuestas de reformas legislativas. Aprobado por la Comisión Ejecutiva de FUTUEX en sesión de 22/02/2010.
- Guía de Buenas prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia a la luz de la Convención de la ONU y de las reglas de Brasilia, Consejo del Poder judicial, 2011.
- Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad elaborado por una Comisión Interministerial y aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de marzo de 2010.

- Informe anual del alto comisionado de las naciones unidas para los derechos humanos e informes de la oficina del alto comisionado y del secretario general. Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. A/HRC/10/48 26 de enero de 2009.

- Informe “Capacidad jurídica y discapacidad. Propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al artículo 12 de la CDPD”, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Informe "El tiempo de los derechos", de 23/2012.

- Memoria final. Observatorio sobre Salud, Autonomía, Competencia y Derechos Humanos, OBSCAC Barcelona, 2013.

- Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad y apoyos, en aplicación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. Alcalá de Henares. 20 y 21 de Septiembre de 2010.

- Protección jurídica de los adultos: implicaciones transfronterizas, P6_TA (2008)0638. Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre de 2008, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección jurídica de los adultos: implicaciones transfronterizas (2008/2123(INI)).
- Subcomisión de expertos sobre el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar del real patronato sobre discapacidad, comisión de legislación del real patronato sobre discapacidad (2012). 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. Madrid, 13 de junio 2013.

10. Fuentes documentales

10.1. Legislación española

- Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, por el que se regulan las ayudas del Fondo Nacional de Asistencia Social a ancianos, enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo
- Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

- Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

- Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

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

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

- Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía.

- Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados.

- Real Decreto 170/2004, de 30 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se

regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos.

- Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

- Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

- Real Decreto 2270/2004, de 3 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

- Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

- Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad.

- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
- Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establece las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado.
- Real Decreto 1197/2007, de 14 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, en materia de reconocimiento de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad del hijo y de reconocimiento de la necesidad de asistencia de tercera persona en las prestaciones no contributivas.
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, que adecua la regulación reglamentaria vigente en materia de discapacidad a las directrices de la Convención en la línea marcada por la Ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (BOE de 17 de septiembre de 2011).
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, BOE núm.289, de 3 de diciembre de 2013.

— Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE 3/7/2015).

10.2. Jurisprudencia

10.2.1. Jurisprudencia internacional

- STEDH, *Airey contra Irlanda*, 9 de octubre de 1979
- STEDH *Observer y Guardian*, 26 de noviembre de 1991
- STEDH, *Megyeri contra Alemania*, 12 de mayo de 1992
- STEDH, *Matter contra Eslovaquia*, 5 de julio de 1999
- STEDH, *Thlimmenos contra Grecia*, 6 de abril de 2000
- STEDH, *Price contra el Reino Unido*, 10 de julio de 2001
- STEDH, *Pretty contra el Reino Unido*, 29 de abril de 2002
- STEDH, *Plon, Von Hannover y Alemania*, 24 de junio de 2004
- STEDH, *Shtukaturvov contra Rusia*, 27 de marzo de 2008
- STEDH, *X contra Croacia*, 17 de julio de 2008
- STEDH, *Glor contra Suiza*, 30 de abril de 2009
- STEDH, *Berková contra Eslovaquia*, 24 de junio de 2009
- STEDH, *Zehentner contra Austria*, 16 de julio de 2009
- STEDH, *Salontaji-Drobnjak contra Serbia*, 13 de octubre de 2009
- STEDH, *Alajos Kiss contra Hungría*, 20 de mayo de 2010
- STEDH, *DD. v. Lithuania*, de 4 de febrero de 2012

10.2.2. Jurisprudencia nacional

- Tribunal Constitucional

- STC de 11 de abril de 1985
- STC de 25 de febrero de 1987
- STC de 2 de diciembre de 1988
- STC de 23 de mayo de 1990
- STC de 6 de junio de 1990
- STC de 16 de noviembre de 1992
- STC de 8 de noviembre de 1993
- STC de 11 de abril de 1994
- STC de 7 de junio de 1994
- STC de 11 de diciembre de 1995
- STC de 2 de marzo de 1998
- STC de 22 de marzo de 1999
- STC de 11 de octubre de 1999
- STC de 18 diciembre de 2000
- STC de 10 abril de 2000
- STC de 26 julio 2000
- STC de 25 de febrero de 2002
- STC de 8 de abril 2002
- STC de 28 de enero 2003
- STC de 15 de septiembre 2003
- STC de 22 diciembre 2003
- STC de 26 julio de 2004
- STC de 11 octubre de 2004
- STC de 18 noviembre de 2004

- STC de 22 de junio de 2005
- STC de 22 de mayo de 2006
- STC de 14 de abril de 2008
- STC de 29 de junio de 2009
- STC de 16 de diciembre de 2013

- **Tribunal Supremo**

- STS de 4 febrero 1968
- STS de 3 noviembre 1988
- STS de 12 de junio de 1989
- STS de 19 de marzo de 1990
- STS de 24 de mayo 1991
- STS de 31 diciembre de 1991
- STS de 22 de julio de 1993
- STS de 5 de abril de 1994
- STS de 18 octubre 1994
- STS de 30 de febrero de 1995
- STS de 7 de diciembre de 1995
- STS de 29 de diciembre de 1995
- STS de 9 de febrero de 1996
- STS de 9 de mayo de 1997
- STS de 17 de diciembre de 1997
- STS de 23 de diciembre de 1997
- STS de 18 de julio 1998
- STS de 13 de enero de 1999

- STS de 27 de febrero de 1999
- STS de 4 de marzo de 2000
- STS de 18 de abril de 2000
- STS de 24 de abril 2000
- STS de 25 de enero de 2002
- STS de 31 de julio de 2002
- STS de 6 de noviembre de 2003
- STS de 6 de julio de 2004
- STS de 8 de julio de 2004
- STS de 9 de julio de 2004
- STS de 19 de julio de 2004
- STS de 22 de julio de 2004
- STS de 2 de septiembre de 2004
- STS de 21 de abril de 2005
- STS de 29 de junio de 2005
- STS 29 de julio de 2005
- STS de 18 de octubre de 2005
- STS de 22 de febrero 2006
- STS de 9 de marzo de 2006
- STS 22 de febrero de 2007
- STS de 26 de abril de 2008
- STS de 21 de julio de 2008
- STS de 19 de noviembre de 2008
- STS de 16 de enero de 2009
- STS de 18 de febrero de 2009
- STS de 25 de febrero de 2009
- STS de 11 de marzo de 2009
- STS de 29 de abril de 2009

- STS de 17 de junio de 2009
- STS de 19 de enero de 2010
- STS 5 de abril de 2011
- STS de 22 de julio de 2011
- STS de 21 de septiembre de 2011
- STS 22 de noviembre de 2011
- STS de 11 de junio de 2012
- STS de 17 de julio de 2012
- STS de 30 de octubre de 2012
- STS de 15 de enero de 2013
- STS de 18 de febrero de 2013
- STS de 24 de junio de 2013
- STS de 17 de diciembre de 2013
- STS de 30 de junio de 2014
- STS 1 de julio de 2014
- STS de 30 de septiembre de 2014
- STS de 20 octubre de 2014
- STS de 22 de enero de 2015
- STS de 29 de abril de 2015
- STS de 19 de mayo de 2015
- STS de 26 de junio de 2015
- STS de 10 de septiembre de 2015
- STS de 17 de marzo de 2016
- STS de 8 de abril de 2016

- **Audiencias Provinciales**

- SAP Zaragoza de 3 de noviembre de 1993
- SA P Zaragoza de 19 de 1996
- SAP Asturias de 4 febrero de 1998
- SAP Oviedo de 23 de febrero de 1998
- AAP Madrid, de 21 septiembre 1998
- AAP Navarra de 23 de abril de 1999
- SAP Madrid de 13 de noviembre 2001
- SAP Málaga de 15 de enero de 2002
- AAP Madrid de 13 febrero de 2002
- AAP Islas Baleares de 22 de abril de 2002
- AAP Cantabria de 4 octubre de 2002
- SAP Salamanca de 11 de noviembre de 2002
- SAP Barcelona de 21 junio de 2004
- SAP Álava de 20 diciembre 2004
- SAP Valencia de 26 julio de 2007
- SAP Segovia de 31 julio de 2007
- SAP Álava de 5 junio 2008
- SAP Santa Cruz de Tenerife de 20 abril de 2009
- SAP Madrid de 23 septiembre de 2009
- SAP Valencia de 25 febrero de 2010
- SAP Navarra de 11 de marzo de 2010
- SAP La Coruña de 2 de junio de 2010
- A P Zaragoza de 29 de junio de 2010
- SAP Barcelona de 7 octubre de 2010
- SAP Girona de 17 de noviembre de 2010
- SAP Asturias de 29 noviembre de 2010
- SAP Madrid de 27 de enero de 2011
- SA P Barcelona de 2 marzo de 2011

- SAP Barcelona 30 de marzo de 2011
- SAP Madrid de 17 junio de 2011
- SAP Cádiz de 11 de julio de 2011
- SAP Palencia de 19 de diciembre de 2011
- SAP Valencia de 5 de noviembre de 2012
- SAP Asturias de 23 de septiembre de 2013
- SAP Asturias de 8 de mayo de 2015
- SAP Asturias de 17 octubre de 2015
- SAP Barcelona de 10 de marzo de 2016
- SAP Palma de Mallorca de 14 de abril de 2016

10.3. Otros

- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado

- RDGRN de 1 de diciembre de 1987.
- RDGRN de 12 de marzo de 1994.
- RDGRN de 18 de marzo de 1994.

- Fiscalía General del Estado

- Circular 2/1984, de 8 de junio, sobre internamiento de presuntos incapaces.

- Consulta de 25 de abril de 1985, sobre la autorización judicial de las particiones con herederos incapaces representados por defensor judicial.
- Instrucción 6/1987, de 23 de noviembre, sobre control por el Ministerio Fiscal de los internamientos psiquiátricos.
- Instrucción 3/1990, de 7 de mayo, sobre régimen jurídico que debe de regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad.
- Consulta 1/1991, de 31 de enero, sobre aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas.
- Consulta 2/1998, de 3 de abril, sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas.
- Instrucción nº 4/2008 sobre el Control y Vigilancia por el Ministerio Fiscal de las Tutelas de Personas Discapaces.
- Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especializados en la Protección de las Personas con Discapacidad y Tutelas del 19 y 20 de Octubre de 2009.
- Instrucción 4/2009, de 29 de diciembre, sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas.

- Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.

- Circular 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Capítulo II. OBJETIVOS

1. Objetivos generales y específicos

Conforme con la normativa vigente de la Universidad de Oviedo, en los artículos 26 y 27 del Acuerdo *de 17 de junio de 2013, del Consejo de Gobierno de la Universidad de Oviedo, por el que se aprueba el Reglamento de los Estudios de Doctorado*. Ésta Tesis Doctoral se presenta como compendio de publicaciones. No obstante, además de incluir los artículos publicados (), también se enumeran otros trabajos realizados en el marco de esta línea de investigación

Los trabajos incluidos en este documento son:

- RODRIGUEZ ESCUDERO, V., “La incapacitación y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida”, en: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad / coord.*, por José Pérez de Vargas Muñoz, Montserrat Pereña Vicente, vol. 2, ed. LA LEY, Madrid, 2011, pp. 373-392.
- RODRIGUEZ ESCUDERO, V., “La legitimación de los tutores para ejercer la acción de separación y divorcio”, *Diario La Ley*, nº 8117, 2013, pp. 8- 18.
- RODRÍGUEZ ESCUDERO, M^a. V., “El porvenir de la curatela en el derecho español”, en: *Historia Iuris: Estudios dedicados al Profesor Santos M. Coronas González*, vol. I y II, ed. KRK, Universidad de Oviedo, 2014, pp. 1449-1469.

- RODRIGUEZ ESCUDERO, V., “El reconocimiento de la dignidad en la protección de los derechos al honor y a la propia imagen de la persona con discapacidad”, *Revista Actualidad Civil*, Pendiente de publicación. Aceptada el 8 de marzo de 2016.

Objetivo General

El objetivo fundamental de esta tesis doctoral es realizar un estudio riguroso e independiente del impacto de la entrada en vigor de la Convención de Nueva York sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad y su implicación en el Ordenamiento jurídico español.

Objetivos Específicos

Para alcanzar el objetivo general, he procedido a lograr cuatro objetivos específicos:

1. Determinar el alcance de la ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del *Código Civil* en materia de *tutela*, sus analogías y diferencias respecto a la Convención, especialmente la evolución de la medida de la incapacitación.
2. El segundo objetivo es reconocer de forma explícita las grandes aportaciones por el derecho español en materia de discapacidad, con anterioridad a la Convención.

3. El modelo de la discapacidad asentado en los derechos fundamentales tiene su apoyo consistente y protección, en la CE, y obliga a una evolución en la forma de entender y aplicar el principio de igualdad, no discriminación y autonomía desde la dimensión de los derechos humanos que proclama la Convención.
4. Los Informes objetivos realizados por distintos organismos internacionales, que realizan el seguimiento de la Convención, expresan una situación de avances continuos de la legislación española en la protección de la persona con discapacidad. Consecuencia de ello, es que la adaptación se ha está haciendo con reformas parciales y no promulgándose una ley ad hoc.

2. Estructura

Para alcanzar el objetivo general y los objetivos específicos mencionados, he ordenado la tesis doctoral en torno a las publicaciones ya referidas y precedida de una introducción general, que sirve de nexo de unión entre ellas, pero explica también el contenido de la investigación.

Las publicaciones obedecen a lo que considero “materias espinosas” en el ámbito de discapacidad y, cada una de ellas ha sido tratada exprimiendo al máximo el derecho español interpretándolo conforme a la Convención y textos internacionales para dar la mejor respuesta jurídica.

3. Informe sobre el factor de impacto de las publicaciones

- Tesis doctoral presentada por D^a María de las Victorias Rodríguez Escudero en la modalidad de “compendio de publicaciones”.
- Número de artículos publicados: 4
- Número de artículos aceptados para su publicación: 4

REVISTA	FI	CATEGORÍA	PUESTO EN LA CATEGORÍA	REVISTAS EN LA CATEGORÍA
“La incapacitación y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida”, en: <i>La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad</i> , vol. 2, ed. LA LEY, (Wolters Kluwer) , Madrid, 2011.	5.025 (ICEE)	Capítulo de libro en monografía	7 ^a	61 ^o
“La legitimación de los tutores para ejercer la acción de separación y divorcio”, <i>Diario La Ley</i> , nº 8117, 2013	0.239 (RESH)	Revista	/	/
“El porvenir de la curatela en el derecho español”, en: <i>Historia Iuris: Estudios dedicados al Profesor Santos M. Coronas González</i> , vol. I y II, ed. KRK , Universidad de Oviedo, 2014	0.005 (ICEE)	Capítulo de libro en monografía	115 ^o	119 ^o
“El reconocimiento de la dignidad en la protección de los derechos al honor y a la propia imagen de la persona con discapacidad”, <i>Revista Actualidad Civil</i> , Pendiente de publicación. Aceptada el 8 de marzo de 2016.	0.087 (RESH)	Revista	9 ^o	7 ^a

CAPÍTULO III. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Si uno de los propósitos que me marqué al realizar la tesis doctoral fue conocer en profundidad lo que ofrecía nuestro Ordenamiento jurídico en la protección de la persona con discapacidad y en qué consistiría las modificaciones para su adecuación a la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 de inmediato vi las posibilidades que presentaba el Derecho Español. Ello no quiere decir que no se tenga que hacer mejoras o cambios, toda obra humana puede ser mejorada y si es en beneficio de la persona el esfuerzo tiene que ser mayor, y si tiene discapacidad máximo.

El análisis de la Convención y, sobre todo, de su artículo 12, es complejo y largo. Cuando estudié los aspectos que conciernen a las materias objeto de las publicaciones, me vi gratamente sorprendida al comprobar cómo nuestras normas se mantienen dentro de los principios fundamentales de la protección de la persona con la discapacidad.

- a) RODRIGUEZ ESCUDERO, V., “La incapacitación y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida”, en: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* / coord., por José Pérez de Vargas Muñoz, Montserrat Pereña Vicente, vol. 2, ed. LA LEY, Madrid, 2011, pp. 373-392.

Al abordar el estudio de la incapacitación era consciente de la oposición que había generado esta medida por varias razones que se podían resumir entre otras razones, que era el mayor obstáculo con la

Convención al entender que el modelo social, diversidad que ésta impone es de todo punto incompatible con aquella, y ahora el sistema de protección se fundamenta en los “apoyos”.

Tuve como objetivo el tratar de ver la realidad del problema y qué había de verdad o no en ello. Estudié su trayectoria y sobre todo las resoluciones judiciales desde la reforma de la Ley de 1983 hasta la entrada en vigor de la Convención y enseguida advertí que el principal objetivo, la graduación de la capacidad, no se venía respetando y no se especificaban los actos que podía realizar el tutor, ni se constataba la autonomía de voluntad que pudiera tener la persona incapacitada. La ausencia de controles era mínima e incluso nula. Los pronunciamientos judiciales después de la Convención no tienen nada que ver con los anteriores, ya que son un constante recordatorio el reconocimiento y el respeto de los derechos de la persona a incapacitar.

La incapacitación, llamada ahora por la LJV, “capacidad modificada judicialmente”, es una medida de protección que tiene que cumplir unos requisitos y que actúa en interés de la persona protegida. Se trata no tanto de privar a una persona de su capacidad, o de que se declare a una persona incapaz, sino, más bien, de que se acrediten sus limitaciones o falta de habilidades para el pleno ejercicio de su capacidad de obrar y, en base a ello, se fijen las medidas de apoyo necesario para suplir esas limitaciones. La incapacitación no priva de derechos, los reconoce y establece en caso excepcionales quién puede ejercerlos en nombre de la persona con discapacidad; así en la actualidad se garantiza que el juez se pronuncie sobre el reconocimiento de los derechos a contraer matrimonio, a testar y el derecho de sufragio en las sentencias de la capacidad modificada judicialmente con fundamento en leyes anteriores a la Convención. La sentencia del TS de 29 de abril del 2009 marca un antes y después en su interpretación. Esta resolución ha servido no solo

como doctrina a seguir por jueces y tribunales, sino como principio inspirador en materia de discapacidad, en la que se reconoce al incapaz como titular de derechos humanos y la incapacitación es una medida de protección que no discrimina, en la que interviene el juez para dotar de garantías al apoyo designado a la persona con discapacidad y fijar las supervisiones que le parezca oportuno.

La intervención del juez, del Ministerio Fiscal y que se acentúe el control, seguimiento y supervisión de la persona encargada de la protección de la persona, no solo me parece una garantía, sino una necesidad. La autonomía de la persona es deseable así como que los mecanismos protectores que emanan de ella, estén perfectamente regulados e impliquen seguridad para la persona. No considero que la modificación del art 1.732 del CC, sea un ejemplo en este sentido.

- b) RODRIGUEZ ESCUDERO, V., “La legitimación de los tutores para ejercer la acción de separación y divorcio”, *Diario La Ley*, nº 8117, 2013, pp. 8- 18.

Habida cuenta de la prohibición general en Derecho español de que los actos personalísimos sean ejercidos por representante. En este supuesto que se investigó, se autorizó a la tutora para que, en nombre y representación de su pupila, interpusiera demanda de separación o divorcio, con contra el esposo de esta última. Se trataba a primera de vista de un supuesto de difícil solución y desde luego de otorgar protección a la persona incapaz. El beneficio del incapacitado y la interpretación de dos principios constitucionales, han servido para un resultado favorable.

El interés de la persona protegida ha tenido su máxima afirmación en admitir por el TC que el tutor, en determinados casos, puede ejercitar la acción de separación y divorcio en el supuesto de no poder realizarla el incapacitado, fundamentando su resolución en el principio de igualdad y el derecho a la tutela judicial efectiva del art 24.1 de la CE. Lo que ha obligado a los Tribunales a aplicar los principios de la Convención y facilitar la actuación del incapaz por medio de sus representantes legales siempre y cuando los jueces ponderen las circunstancias de cada supuesto. No considero que se haya forzado por parte del TC la interpretación de las normas, pero si sería adecuado que el legislador clarificará los actos personalísimos y no personalísimos y cuando pueden ser ejercitados por terceros.

- c) RODRÍGUEZ ESCUDERO, M^a. V., “El porvenir de la curatela en el derecho español”, en: *Historia Iuris: Estudios dedicados al Profesor Santos M. Coronas González*, vol. I y II, ed. KRK, Universidad de Oviedo, 2014, pp. 1449-1469.

La introducción de la curatela en el derecho español fue considerada hasta la entrada en vigor de la Convención una medida residual y con escasa autonomía y restringida a un ámbito patrimonial. En esta investigación, a pesar de poner sobre todo de manifiesto sus antecedentes en el Derecho Romano, se valora su actualidad y de futuro por su esencia. La curatela es la medida de protección más habitual que impone el juez en las sentencias de modificación de la capacidad y la que ofrece una multiplicidad de funciones. El Código civil permite ese apoyo no solo para la esfera patrimonial, como anteriormente se entendía, sino también para la esfera personal de la persona. La esencia de la curatela no es sustituir, no privar a una persona de su capacidad,

sino más bien el ser una medida de apoyo para que el curador actúe junto a esa persona. La doctrina jurisprudencial entiende la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde un modelo de apoyo, de asistencia, teniendo presente el principio del superior interés de la persona con discapacidad que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad por un tercero en la toma de decisiones, precisamente para proteger su personalidad, -en palabras de la propia Convención-, en aquellos aspectos en los que pueda ser necesario, no en todos.

- d) RODRIGUEZ ESCUDERO, V., “El reconocimiento de la dignidad en la protección de los derechos al honor y a la propia imagen de la persona con discapacidad”, *Revista Actualidad Civil*, Pendiente de publicación. Aceptada el 8 de marzo de 2016.

El TC dictó la sentencia de 16 de diciembre de 2013, por la que se reconocen los derechos al honor y a la propia imagen de una persona con discapacidad no incapacitada judicialmente. Se reflexionó sobre el alcance de los actos de aquellos que presentan algún tipo de deficiencia, en principio no incapacitante, para llevar una vida que no necesita realizar grandes transacciones ni operaciones de tráfico jurídico de extraordinaria trascendencia, pero que en este caso, a veces se encuentran en la tesitura de prestar un consentimiento o autorizar su participación en un programa televisivo. Cuatro pronunciamientos judiciales sobre el caso ponen en cuestión el alcance del consentimiento prestado por quien siendo incapaz no está incapacitado, y valoran la posible intromisión en sus derechos al honor y a la propia imagen. Equilibrar por un lado, el respeto por la autonomía de la persona y, por

otro, la limitación que deba procurarse en aquellos supuestos dudosos para poder actuar libremente, es una tarea complicada que requiere atender a la capacidad de la persona y a las distintas circunstancias que le rodean. Una de las dificultades, el distinto tratamiento que otorga en Derecho español a los menores de edad y a los incapaces sin incapacitar por aplicación de dos normas distintas, las leyes LO/82 y LO/96. La doctrina del TC ha mantenido siempre la relación entre dignidad y derechos fundamentales, la que ha hecho de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos y establece en el supuesto de personas discapacitadas una protección especial derivada del art 49 de la CE,. Una de las modificaciones más urgentes que tendría que acometer nuestro Ordenamiento sería en el ámbito de la asistencia y protección de la persona con capacidad limitada.

CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES

- I. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ha reconocido no solo el modelo social sino jurídico en la protección de la discapacidad. Su art 12 se ha considerado el eje donde los juristas han hecho sus propuestas para la reforma del sistema de protección.
- II. La eterna discusión sobre capacidad jurídica y capacidad de obrar, está resuelta en el Derecho Español, con pleno reconocimiento a toda persona para ser sujeto de derechos desde el momento de su nacimiento. El artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, reconoce el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar se impone como forma de protección.
- III. La incapacitación judicial, llamada capacidad modificada, judicialmente, después de la entrada en vigor de la LJV, fue y es una medida de protección judicial, plenamente vigente, que garantiza la plena protección y asegura los derechos fundamentales de la personas, gracias a las decisiones que últimamente adoptan jueces y tribunales que han sabido en todo momento integrar todas las garantías de la Convención.
- IV. El interés de la persona protegida exige el incremento de otras medidas alternativas a la capacidad modificada judicialmente,

deberán potenciarse las derivadas de la autonomía de la voluntad, con garantía del ejercicio de las voluntades anticipadas y poderes preventivos y donde es fundamental el juicio notarial de capacidad.

- V. La verdadera reforma y adaptación del derecho español a la Convención de Nueva York obligó a un cambio de mentalidad de toda la sociedad a la reforma de leyes y, sobre todo, a una renovada interpretación de éstas, a una nueva mentalidad de los operadores jurídicos, en particular de jueces y magistrados. La sentencia de 29 de abril de 2009 del TS es el modelo de adaptación de la Convención en nuestro país.
- VI. La falta de revisión de la normativa interna española, especialmente en las instituciones de protección y funciones de los cargos tutelares, no ha impedido, en todo supuesto en que se decida sobre la capacidad de la persona, la aplicación de la Convención de acuerdo con los principios de nuestra Constitución y la recepción de convenciones y declaraciones universales que, casi en su totalidad, forman parte del Derecho español.
- VII. Entiendo necesario y urgente, a la vez, que trascienda socialmente, sobre todo para aquellas personas que se han visto en la necesidad de promover el proceso de modificar la capacidad judicialmente, el esfuerzo emprendido en los últimos años por jueces y otros operadores jurídicos por cambiar el sentido negativo que hasta ahora se ha tenido de ella, si bien en algunos casos fue merecido, en otros lo que ha fallado no ha sido el procedimiento en sí mismo, sino la falta de graduación y la

definición de actos a realizar por el apoyo y la persona incapacitada, los controles, la supervisión y las medidas que aseguraran a posteriori el bienestar de la persona.

- VIII. Por otro lado, no debe pasar por alto que la Convención puede ser un instrumento inútil si no va acompañada de una apuesta política, social y jurídica para el cumplimiento de lo manifestado en ella.
- IX. Elogio todos los intentos de cambio, como el realizado por la Fiscalía General del Estado, para el establecimiento y organización de un sistema de atención especializada en la protección de las personas con discapacidad, integrado en las Secciones de lo Civil de las distintas Fiscalías Provinciales y por las circulares e instrucciones que son ejemplo de adecuación a la Convención.
- X. En la actualidad, lejos de que la curatela desaparezca como mecanismo de guarda, considero que debería no solo mantenerse sino potenciarse, ya que como medida de asistencia es idónea en cuanto es un apoyo flexible, además que respeta los principios de la Convención.
- XI. La curatela es una medida que siempre ha estado unida o subordinada a la tutela, pero por su naturaleza es independiente, siendo necesaria su autonomía y lo, que es más importante, su reafirmación en los mecanismos de protección de la persona.

- XII. La función «representación no y sí asistencia», es la disyuntiva que siempre ha estado en el debate de la capacidad. Ahora, la cuestión es otra: el interés de la persona. Por ello, en unos casos, se permitirá la función de representación y en otro la asistencia, tal como han reflejado multitud de sentencias. Superación de los ámbitos en la curatela, en la actualidad opera por igual en la esfera personal y patrimonial.
- XIII. El camino que emprendió el TC al permitir el ejercicio de acciones personalísimas debe proseguir, cuando el ejercicio de la acción de divorcio se haga con las garantías para proteger a la persona incapacitada, aplicando los derechos constitucionales y flexibilizando la tutela todo lo que permite la Convención, Constitución y con las salvaguardas del juez y Ministerio Fiscal.
- XIV. El Derecho no puede permanecer sin dar una respuesta justa a una situación que perjudica desde todos los puntos de vista a la persona vulnerable. Si una de las cuestiones intocables del Derecho ha sido la prohibición de ejercitar por otro actos personalísimos, no tendría sentido permanecer en esa situación cuando hay una persona que no puede actuar y esté condenado por vida a sufrir la situación injusta de otra.
- XV. La dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, se configuran como soporte de los derechos fundamentales. Cuando se trata de personas con discapacidad, es preciso tener en cuenta que el ordenamiento jurídico establece una protección especial derivada del art 49 de la CE. El TC garantiza la prevalencia del derecho al honor y a la imagen de la persona con discapacidad sobre el derecho a la información.

- XVI. El modelo de apoyo en la toma de decisiones, tienen que fundamentarse en una serie de principios, respeto a los derechos humanos, flexibilidad en la respuesta jurídica, máxima preservación de la capacidad, necesidad, subsidiariedad, proporcionalidad, y preeminencia de los intereses y del bienestar de la persona interesada, con independencia de su denominación.
- XVII. La regulación de las medidas de apoyo tienen que adecuarse a las diversas limitaciones que pueden sufrir las personas y al contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas, será lo que les garantice atención y la protección de la persona con discapacidad, y lo que realmente hace que estemos ante un cambio de modelo. En los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución.
- XVIII. Urge un sistema de protección para los supuestos de las distintas clases de discapacidad y sobre todo en aquellos casos que exista una capacidad límite en la persona, donde puede existir un conflicto entre la libertad y la protección frente a terceros.
- XIX. El Estado tiene que ser guardián y vigilante del amparo de los derechos de las personas y conceder una atención especial en aquellas situaciones en que la persona vulnerable no es capaz de captar la falta de respeto hacia su persona o las burlas de que son objeto, especialmente en programas o espacios donde se saltan los límites de los derechos y se venden como de divertimento y de humor. Por lo que sería exigible un plus de protección hacia

aquellas personas que aunque no tengan una capacidad modificada judicialmente, sí tengan deficiencias intelectuales.

Capítulo V. COMPENDIO DE PUBLICACIONES

1. **“La incapacitación y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida”, en: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* / coord., por José Pérez de Vargas Muñoz, Montserrat Pereña Vicente, vol. 2, ed. LA LEY, Madrid, 2011, pp. 373-392.**

1.1. Introducción

Se ha cumplido más de un año de la Ley 1/2009 de 25 de marzo de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre Registro Civil²⁴⁷, en cuya Disposición Final Primera, se dice: «El Gobierno, en el plazo de seis de 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 capacidad de obrar para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006»²⁴⁸.

La expectación del alcance de la reforma no sólo afecta a razones de técnica legislativa, necesidad de adecuar la legislación española a los principios rectores de la convención, orden, unidad y coherencia ante el

²⁴⁷ Ley1/2009, 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, 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 y de la normativa tributaria con esta finalidad (BOE 26 de marzo de 2009).

²⁴⁸ Convenio de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España el 23 noviembre 2007 (BOE núm. 96 de 21/4/2008).

cúmulo de normas que se van sucediendo en los últimos años, sino que existen otros motivos: nos encontramos ante una reforma que afecta a la persona, al ser humano, razón de ser del Derecho. Superado el plazo de la anunciada reforma sin que hasta el momento exista un proyecto serio próximo a convertirse en norma, lo que existen son numerosos borradores, planes, elaborados principalmente por organismos cuya finalidad es la defensa y protección de personas discapacitadas, opiniones doctrinales acerca de cómo debería ser la normativa sobre capacidad del siglo XXI -la más controvertida, el mantenimiento o no de la incapacitación- la entrada de algunos instrumentos protectores impulsados desde la autonomía de la voluntad... todo ello puede justificar, hasta cierto punto, el retraso en que se está incurriendo en una modificación esencial en todo Ordenamiento Jurídico.

Un mes más tarde de la promulgación de esta ley, el Tribunal Supremo²⁴⁹ se pronunciaba en una importante sentencia, de manera rotunda y clara, y a mi juicio acertada, sobre el procedimiento de incapacitación. Se planteaba por parte del Ministerio Fiscal que a la vista de la citada Convención, «la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces», pero el Alto Tribunal resolvió la compatibilidad de la convención con lo establecido en el Código Civil a partir de la reforma de 1983, o lo que es lo mismo declara que:

«La Incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable. De este modo, sólo esta interpretación hace

²⁴⁹ Sentencia del TS, Sala 1ª, de 29 de abril de 2009. Ponente Excm. Sra. E. Roca Trías.

adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone:

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

2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.»

Estos dos puntos esenciales con los que la sentencia concluye han sido objeto desde hace algún tiempo de preocupación en nuestra doctrina jurisprudencial. Sobre ellos han trabajado a la par jueces y civilistas para acercar nuestra legislación a los principios que en la actualidad se consagran en el convenio. Con ello no debe interpretarse que nuestro Derecho estaba al día en los sistemas de protección y guarda de los que lo necesitaban, no.

La sentencia ha mantenido una doctrina que ha ido evolucionando con el paso del tiempo. El Derecho español no ha sido extraño a los cambios que se imponían sobre todo en la exigencia de graduar la sentencia de incapacitación a las necesidades específicas de la persona, e incluso ha sabido garantizar los derechos humanos, siendo consciente de que queda mucho por hacer, sobre todo en la tarea que le espera al legislador en el proceso de modificación.

La ratificación del convenio por nuestro país se considera de una importancia decisiva. No podemos ocultar el enriquecimiento que

supone para cualquier sistema jurídico el reto que comporta asumir las garantías legales, la seguridad jurídica, en la protección de los derechos de los discapacitados. Por ello la interpretación que hace la sentencia de los arts. 199 y 200 del Código Civil y de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad viene a poner las cosas en su justos términos a una situación donde desde hace tiempo existe cierta confusión en las instituciones protectoras de las personas, del significado de cada una de ellas, y sobre todo del valor que le corresponde al procedimiento de incapacitación. En pleno debate doctrinal sobre la conveniencia en nuestro Ordenamiento de revisar e introducir nuevos mecanismos de protección, la sentencia es muy oportuna en la frágil regulación normativa de los derechos de los incapaces.

Procede, detenerse en la evolución que en los últimos años ha seguido nuestro país la normativa en materia de capacidad. La reforma del Código Civil en materia de tutela²⁵⁰, entre otras aportaciones, supuso la vuelta al Derecho de una figura reconocida históricamente, la «curatela», pero no evitó que siguieran existiendo críticas, también por lagunas muy evidentes, entre otras la necesidad de otros cargos protectores —en la terminología de la Convención, apoyos— para aquellos que gozaban de mayor capacidad y no precisan de estar incursos en un proceso de incapacitación. En los últimos años el esfuerzo del legislador nacional ha sido notable sobre todo a partir de la Ley de de Protección Patrimonial del Discapacitado²⁵¹ al ofrecer mecanismos, sobre todo patrimoniales que sirvan para la defensa de los derechos de los discapacitados y otros colectivos vulnerables, y al fomentar desde

²⁵⁰ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de Tutela (BOE, núm. 256, del día 26).

²⁵¹ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad.

distintas instancias internacionales la reforma del derecho interno de cada país para lograr armonizar la cooperación entre los Estados y mejorar el nivel de reconocimiento de las decisiones relativas a la protección de las personas. Sin embargo, ello ha propiciado un goteo legislativo que en numerosas ocasiones ha creado confusión acerca de quiénes son los destinatarios de las normas y en otras ha faltado cierta coherencia como consecuencia de legislar fragmentariamente.

Por otra parte, en la actualidad, ante la obligada adecuación de la legislación interna española a la Convención de Nueva York, se exige un gran esfuerzo por parte del legislador para que el alcance de las garantías y el reconocimiento de los derechos de las personas discapacitadas, y el logro de las metas propuestas en el propio texto de la convención, sea una realidad²⁵².

Sin entrar a analizar la totalidad de los aspectos que conforman la sentencia, todos ellos de gran interés —viene a dar un soplo de aire fresco en materia de capacidad—, rejuvenece el sistema de protección en nuestro país y pese a todas las carencias que existen, aporta argumentos a favor de la evolución que nuestra jurisprudencia ha ido adoptando con el paso del tiempo, criterios como la adecuación de la medida protectora a la persona, sobre todo dotándola del mecanismo apropiado en cada momento a su capacidad, y afinando cada vez más su limitación, y a evitar decisiones que anulaba a la persona de forma casi definitiva tanto en los ámbitos personal como patrimonial. Siendo los argumentos empleados en la sentencia todos ellos de mucho interés y de grandes consecuencias, sólo voy a referirme a aquellos que fundamentan la protección de la persona en el reconocimiento de sus derechos

²⁵² Convención de Nueva York, art. 1: “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 de todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

fundamentales, garantizados, entre otros, en la Convención de Nueva York, en la influencia de otros ordenamientos y en la propia Constitución Española.

Como se dice en el propio texto de la sentencia, el problema planteado en el recurso de casación y en la impugnación del Ministerio Fiscal se centra en determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de esta convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces²⁵³. El núcleo sobre el cual gira la sentencia —la interpretación del art. 12 de la convención— se considera el eje central del reconocimiento de los derechos del discapacitado²⁵⁴. Antes de llegar a conclusión alguna, debemos examinar las afirmaciones a las que ha llegado la sentencia del Tribunal Supremo.

²⁵³ Alegando el Ministerio Fiscal que a la vista de la citada convención «la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto la priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces».

²⁵⁴ (8) Art. 12. *Igual reconocimiento como persona ante la Ley*: “1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

1.2. El incapaz, titular de derechos fundamentales

La protección de las personas discapacitadas se hizo en el Derecho Español de acuerdo con el modelo médico²⁵⁵, entonces vigente, no sólo en la Constitución Española sino en las restantes leyes. La integración de la discapacidad en los derechos humanos es consecuencia del cambio de modelo experimentado, el modelo social, uno de cuyos presupuestos fundamentales radica en que las causas que originan la discapacidad no son individuales, sino que son preponderantemente sociales²⁵⁶. El modelo social que adoptó la Convención de Nueva York, es el resultado de un largo camino en el reconocimiento de los derechos de los discapacitados, donde se dice en su artículo primero que «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».

Compartimos con DE ASIS, BARIFFI, y PALACIOS que la perspectiva de la discapacidad desde los derechos humanos implica la utilización de los principios de la dignidad humana y de la vida humana

²⁵⁵ El modelo médico considera la discapacidad exclusivamente como un problema de la persona, directamente ocasionado por una enfermedad, trauma o condición de la salud, que requiere cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. En consecuencia, las políticas deben tender a «normalizar» a las personas en la medida de lo posible, y de ese modo ayudar a que las mismas sean integradas en la sociedad. *Derechos Humanos y Discapacidad*. Informe España 2008. Aprobado por el Comité Ejecutivo del CERMI Estatal el 29 de septiembre de 2009. Elaborado por la Delegación del CERMI para la Convención de la ONU (ponente Excmo. Sr. Cabra de Luna).

²⁵⁶ «El impacto General de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español», *Informe El tiempo de los Derechos*, nº 1, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad de Carlos III de Madrid, marzo, 2009.

digna como fundamento, la visibilidad como estrategia, y el Derecho Antidiscriminatorio como respuesta legal²⁵⁷.

Los derechos se apoyan en una serie de argumentos y presupuestos que sirven para justificar su sentido y significado. Todos ellos poseen una indudable proyección en el tratamiento de la discapacidad desde el modelo social, los que sirven para configurar las bases de dicho modelo: la dignidad humana, la autonomía, la igualdad y la solidaridad²⁵⁸.

La convención aparte de la transformación que supuso no sólo en el reconocimiento de los derechos de los discapacitados, sino en su construcción, defiende un concepto amplio de lo que se debe entender por personas con discapacidad. Incluye a «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condición las demás»²⁵⁹. La titularidad de los derechos de la persona discapaz se garantizan por el efecto que irradian los principios contenidos en la convención en los derechos internos, esto es, por el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por

²⁵⁷ DE ASIS, R., BARIFFI, F., y PALACIOS, A., “Principios éticos y fundamentos jurídicos”, en: *Tratado sobre Discapacidad*, Ed. Aranzadi, 2007, p. 106.

²⁵⁸ DE ASIS, R., BARIFFI, F., y PALACIOS, A., “Principios éticos y fundamentos jurídicos”, *op. cit.*, p. 98.

²⁵⁹ Art. 1 del Convenio de Nueva York. El Tribunal Supremo interpreta el mencionado artículo, en que por una parte, puede tratarse de personas dependientes, que sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere, de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Y por otra, lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada (regla 2ª de la Sentencia). En el Fundamento Quinto se establecen las reglas interpretativas de la legislación vigente en materia de incapacitación.

la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad, la igualdad entre el hombre y la mujer, el respeto entre hombre y la mujer y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad²⁶⁰, y por los deberes que la convención impone a todos los Estados Partes: a) La obligación de respetar, b) La obligación de proteger, c) La obligación de actuar. Es decir, los Estados Partes no deben injerirse en los derechos de las personas con discapacidad, deben impedir la vulneración de estos derechos por terceros y deben tomar medidas oportunas de orden legislativo, administrativo, presupuestario, judicial y de otra índole que sean necesarias para el pleno ejercicio de estos derechos.

La incapacitación, o el procedimiento por el que se declara, se ha cuestionado por diferentes razones —entre ellas destaca AMUNATEGUI²⁶¹ motivos personales y familiares, descoordinación entre diversas instituciones que en su funcionamiento puedan conocer la falta de capacidad del sujeto, inconvenientes derivados del funcionamiento de la Administración de Justicia, falta de unidad de criterio por parte de los tribunales en cuanto a la observancia de las reglas que disciplinan el procedimiento de incapacitación e infrutilización de los medios o instrumentos que ofrece la regulación del Código Civil para la eficaz protección de las personas.

²⁶⁰ GANZENMÜLLER ROIG, C., “La efectiva aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y sus efectos en el Derecho Interno”, en: *Conclusiones de las jornadas de fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas*, Madrid, 19 y 20 de octubre de 2009.

²⁶¹ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Crisis de la Incapacitación? La Autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores”, *RDP*, enero-febrero, 2006. La autora ha aportado medidas alternativas y correctoras de la incapacitación.

El ámbito judicial ha sido más condescendiente, como lo prueba entre otras, la Audiencia Provincial de Madrid muy determinante al señalar que «Sin perjuicio de lo expuesto no puede olvidarse que la posible incapacitación, en mayor o menor grado, no supone, en modo alguno, la sanción judicial por una conducta anómala o antisocial, en cuanto aquélla viene concebida, en su regulación jurídico-positiva, como un instrumento de protección del presunto incapaz, en aras precisamente del principio de la dignidad de la persona, a fin de impedir que la misma, por sus deficiencias o anomalías físicas o mentales, desarrolle conductas que acaben por perjudicar sus propios intereses, ya personales o bien patrimoniales, lo que no obsta para que, en la institución examinada, afloren, si bien subsidiariamente, ciertos elementos de protección del entorno social en el que se desenvuelve el sujeto que pueda ser afectado por la declaración judicial al respecto»²⁶².

1.3. La incapacitación es una forma de protección

Estrechamente unida y como consecuencia del aspecto anterior, la incapacitación es hoy concebida como una forma de protección, superando antiguas concepciones que iban más a la privación de derechos del incapacitado que al reconocimiento de su ámbito de actuación. Cuando en la sentencia del Tribunal Supremo se dice, que la

²⁶² SAP Madrid de 13 de noviembre 2001, En el mismo sentido, el TS, en la sentencia de 31-12-1991, “Los procesos sobre incapacitación imponen un especial tratamiento y exigen una concentrada y directa atención de los juzgadores, ya que el objeto de los mismos no son las cosas ni las controversias derivadas de las relaciones jurídicas, sino la persona misma y mediante dichos trámites procesales se declara si se les reconoce o priva de la capacidad jurídica de obrar, que es aptitud innata para ser sujeto de derechos y obligaciones, determinada por el nacimiento (art. 29 del Código Civil) e inherente a la condición de ciudadanos que desarrollan su actividad vital en una comunidad organizada, por ser consustancial a su dignidad y proyectar el ejercicio y libre desarrollo de cada personalidad, conforme al art. 10 de la Constitución”.

incapacitación es una forma de protección, entendemos sinónimo de medida de protección.

El avance que ha supuesto considerar la incapacitación como una medida de protección, se configura en nuestro derecho por primera vez siguiendo los argumentos del Convenio de La Haya²⁶³, de las Recomendaciones del Consejo de Europa y qué duda cabe de la influencia de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, anteriores a la entrada en vigor del convenio.

Aunque no exista un concepto de medida de protección y en menor medida, un catálogo de ellas. MUÑOZ FERNÁNDEZ²⁶⁴, citando a CLIVE, pone de relieve que, la definición de medida de protección a efectos del convenio es una cuestión de gran importancia para delimitar su ámbito de aplicación.

Las medidas de protección a las que alude el convenio son las que tiene por objeto la protección del adulto, sea en su persona o en sus bienes. Por esta razón, no se incluyen en el ámbito de la norma las medidas que no se dirigen a la protección del adulto sino exclusivamente a la de su cónyuge, de un tercero o de la sociedad²⁶⁵.

²⁶³ Convenio de La Haya, de 13 de enero de 2000, firmado y no ratificado por España, normativa no obligatoria pero sí de gran autoridad en la protección internacional de mayores. Consejo de Europa: Recomendación núm. R (99)4, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados relativa a la dependencia (adoptada por el Comité de Ministros de 23 de febrero de 1999, en la 660ª reunión de Delegados de los Ministros).

²⁶⁴ MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., *La Protección del Adulto en el Derecho Internacional Privado*, The Global Law Collection, Legal Studies Series, Ed. Thompson Aranzadi, Navarra, 2009, p. 46.

²⁶⁵ MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., *La Protección del Adulto en el Derecho Internacional Privado op. cit.* Sin embargo el CH/2000 no aclara este concepto ni tampoco lo hace el CH/1996 en el que se inspiró el convenio de adultos en este punto. art. 3 CH/2000: las medidas previstas el art. 1 pueden referirse, en particular, a: a) la determinación de la incapacidad y el establecimiento de un régimen de protección; b) la colocación del adulto bajo la protección de una autoridad judicial o administrativa; c) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; d) la designación y funciones de toda persona u

En esta misma línea del Convenio de La Haya se manifiesta la sentencia que comentamos, al decir: “Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona”. Sin embargo la jurisprudencia española ya se había manifestado en el mismo sentido en un gran número de casos al decir que “Los procesos sobre incapacitación imponen un especial tratamiento y exigen una concentrada y directa atención de los juzgadores, ya que el objeto de los mismos no son las cosas ni las controversias derivadas de las relaciones jurídicas, sino la persona misma, y mediante dichos trámites procesales se declara si se les reconoce o priva de la capacidad jurídica de obrar, que es aptitud innata para ser sujeto de derechos y obligaciones, determinada por el nacimiento (art. 29 del Código Civil) e inherente a la condición de ciudadanos que desarrollan su actividad vital en una comunidad organizada, por ser consustancial a su dignidad y proyectar el ejercicio y libre desarrollo de cada personalidad conforme al art 10 de la Constitución”²⁶⁶.

organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del adulto, de representarlo o de asistirlo; e) la colocación del adulto en un centro u otro lugar en el que pueda prestársele protección; f) la administración, conservación o disposición de los bienes del adulto, y g) la autorización de una intervención puntual para la protección de la persona o de los bienes del adulto. Art. 4.1: Están excluidos del ámbito de aplicación del convenio: a) las obligaciones alimentarias; b) la celebración, nulidad y disolución del matrimonio o cualquier relación similar, así como la separación legal; c) los regímenes matrimoniales y los regímenes de la misma naturaleza aplicables a relaciones análogas al matrimonio; d) los *trusts* y las sucesiones; e) la seguridad social; f) las medidas públicas de carácter general en materia de salud; g) las medidas adoptadas respecto de una persona como consecuencia de infracciones penales cometidas por esa persona; h) las decisiones sobre el derecho de asilo o en materia de inmigración; i) las medidas que tengan como único objeto la salvaguardia de la seguridad pública.

²⁶⁶ SAP de Madrid de 13 de noviembre de 2001. En el mismo sentido, pero de manera más tímida, la SAP núm. 467/2002, de 11 de noviembre, en el Fundamento 3.º declara “...por lo que quizá es más correcto decir que supone una limitación de la misma (la incapacitación) que sólo se explica como una excepcional medida de protección del

GÁZQUEZ SERRANO y MÉNDEZ SERRANO²⁶⁷ aseguran que la falta de una plena capacidad de obrar por aquel que la sufre no significa que el ordenamiento jurídico se desentienda de la protección de sus intereses y derechos. Por el contrario, la incapacitación se lleva a cabo siempre en interés de la persona afectada por ella. Así, al declarar a una persona incapaz se persigue su protección, asegurando su correcto cuidado y atención personal y preservando sus intereses patrimoniales.

En el mismo sentido las distintas Recomendaciones del Consejo de Europa, ponen de relieve y recogen de manera exhaustiva los Principios que deben aplicarse a las medidas de protección, entre ellas a la incapacitación y a otros mecanismos jurídicos que permiten que estas personas se beneficien de una representación o de una asistencia²⁶⁸, a la vez que informan todas las medidas que se elaboren en un futuro y puedan servir de protección a la persona. Se distingue entre Principios Directores y Principios de Procedimiento, entre los primeros, se citan: respeto de los derechos humanos, flexibilidad en la respuesta jurídica,

propio incapaz”, no se están vulnerando, a través del pronunciamiento judicial que se combate, los derechos fundamentales que consagra el art. 10 de la Constitución, sino, por el contrario, protegiéndolos respecto de quien, por lo expuesto, no se encuentra en condiciones de tomar una decisión consciente, libre y responsable sobre su salud, derecho que es consagrado igualmente en el art. 43 del texto constitucional, lo que determina la necesaria asistencia, en tal ámbito, del curador (Fundamento 2º).

²⁶⁷ GÁZQUEZ SERRANO, L., y MÉNDEZ SERRANO, M., “Régimen jurídico de las personas con Discapacidad en España y en la Unión Europea”, en: *Derecho Civil. Tratamiento de la Discapacidad desde la perspectiva del Derecho Civil*, vol. III, Ed. Comares. p. 107. En el mismo sentido SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y Tutela (Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 2.

²⁶⁸ Consejo de Europa, Recomendación núm. R(99)4, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados relativa a la dependencia (adoptada por el Comité de Ministros de 23 de febrero de 1999, en la 660ª reunión de Delegados de los Ministros), Parte 1. Campo de aplicación 3, después de declarar en el punto 1: “Los Principios siguientes se aplican a la protección de personas mayores que, por causa de una alteración o de una insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de tomar decisiones, de forma autónoma, en lo que respecta a una cualquiera o al conjunto de las cuestiones relativas a su persona o bienes, de comprenderlas, de explicarlas o de ponerlas en práctica y que, en consecuencia, no pueden proteger sus intereses”.

máxima preservación de la capacidad, publicidad, necesidad y subsidiariedad, proporcionalidad, carácter equitativo y eficaz del procedimiento, preeminencia de los intereses y del bienestar de la persona interesada, respeto de los deseos y de los sentimientos de la persona interesada²⁶⁹. En parecidos términos, la convención tantas veces citada, establece las salvaguardias y los principios que tienen que estar presentes en toda medida de protección²⁷⁰.

El Derecho español, sin haber empleado la metodología deseada, al no realizar una reforma legislativa en profundidad, ha ido ampliando los mecanismos de protección a medida que se iban reconociendo más ampliamente los derechos de los colectivos más vulnerables, así anteriormente a la Convención de Nueva York, se legisló haciéndose eco de lo que supuso el reconocimiento pleno de los derechos de los discapaces²⁷¹. La sentencia que comentamos se hace eco de la actualización del régimen de protección en nuestro Derecho, fundamentándose en principios recogidos en los textos ya mencionados,

²⁶⁹ También forman parte de la medida de protección, los principios de procedimiento, son: inicio de procedimiento, investigación y evaluación, derecho a ser oído personalmente, duración, revisión y recurso, medidas provisionales en caso de urgencia, control adecuado, personas cualificadas.

²⁷⁰ Art. 12 de la Convención de Nueva York: “4. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

²⁷¹ Con esta finalidad se ha promulgado la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

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

1.4. La incapacitación no es una medida discriminatoria

Otro de los argumentos definitivos de la sentencia, es el siguiente: “La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”.

La dificultad que existía para definir la discriminación en un primer momento ha ido clarificándose con el paso del tiempo y en la actualidad, debido a la doctrina cada vez más consolidada de los derechos humanos, puede verse definida en sus diversas variantes en diversos textos internacionales.

Así, se entenderá por “discriminación por motivos de discapacidad” cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes

razonables²⁷². Existen otras manifestaciones anti-discriminatorias, como el principio de igualdad y los demás principios generales del Convenio²⁷³. Podría decirse que el concepto de no discriminación recogido en la convención tiene las siguientes características:

1) se centra en el resultado discriminatorio y no en la voluntad de la persona (“que tenga el propósito o el efecto”); 2) abarca todo tipo de discriminación (comprende tanto la discriminación directa como indirecta, así como la discriminación estructural, entre otras); 3) comprende la discriminación no sólo a la persona con discapacidad, sino “por motivo de discapacidad”²⁷⁴.

La diversidad de opiniones, ventajas e inconvenientes que comporta la incapacitación como elemento de protección en nuestro sistema jurídico se debe en parte a que se le ha considerado prácticamente como el único medio para defender los intereses de la persona. A pesar de ello defendiendo su permanencia, siempre que contenga los principios exigidos para todas las medidas de protección manifestadas en convenciones internacionales, como el reconocimiento de los derechos de la persona, la intervención mínima necesaria en la sustitución de la voluntad y que se hagan las reformas oportunas en la legislación de cada estado, a la vez que se ha de ampliar el catálogo de medidas de protección.

²⁷² Art. 2 de la Convención de Nueva York; por “ajustes razonables», “se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

²⁷³ El art. 3 del Convenio de Nueva York recoge los principios generales que deben presidir el convenio y el art. 5 hace referencia al principio de igualdad y no discriminación, donde “no se consideran discriminatorias, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”.

²⁷⁴ Informe sobre el Impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad en la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, p. 11.

Los distintos intentos que se han llevado a cabo para terminar con su hegemonía no han tenido éxito, admitiéndose posteriormente su existencia como un mal menor y obligando a nuestro sistema a una próxima modificación en profundidad.

VARELA AUTRÁN mantiene una transformación normativa en el ámbito del Derecho Civil que contemple los distintos grados de discapacidad, adecuando los mecanismos jurídicos correctores de la misma a las exigencias de cada caso, procurando la coordinación entre las declaraciones judiciales de la incapacitación y las administrativas de minusvalía²⁷⁵.

El principio que caracteriza la materia de derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, es el principio del mayor interés de la persona con discapacidad. GARCÍA PONS²⁷⁶, destaca que se repite constantemente como un objetivo básico a conseguir, y que se aplicará siempre que a través de dicho principio sea posible el goce pleno y en condiciones de igualdad de derechos y oportunidades que los demás, sin que quepa ningún tipo de discriminación por razones de discapacidad, para que su plena integración social, en este caso en las relaciones jurídicas privadas, sea una realidad y no una quimera. En tal sentido, el principio constituye una

²⁷⁵ VARELA AUTRÁN, B., *La protección Jurídica de las personas con capacidad intelectual límite: Curatela, guarda de hecho y otras figuras. Defensa jurídica de las personas vulnerables*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto de 2007, Ed. Civitas, 2008, pp. 87-88. El autor distingue la discapacidad y la incapacitación y lamenta que el legislador no hubiera arbitrado un elenco más amplio y variado de instrumentos jurídicos que, más que a suplir la capacidad jurídica de obrar inexistente se orientaran a completar o asistir a la capacidad jurídica de obrar no completa, sin que para ello hubiera de recurrirse, necesariamente, a la intervención judicial, siempre acompañada de connotaciones poco gratas por más que constituya una garantía suprema.

²⁷⁶ GARCÍA PONS, A., "Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español", *La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Colección La Llave, Madrid, 2008, p. 156.

medida de acción positiva que sitúa a la persona con discapacidad en igualdad de condiciones y sin discriminación con los demás.

SANTOS URBANEJA, por su parte, propugna una doble solución para lograr un equilibrio entre “seguridad jurídica” y “justicia” en la futura reforma en materia de incapacitación: que se tenga en cuenta por un lado la teoría de la causa y motivo de la incapacitación. Sostiene que “quien sostenga la falta de capacidad de la persona (causa) en relación con un acto concreto (motivo) deberá explicar qué pretende con dicha declaración y en qué medida declarar esa inhabilidad va a suponer un beneficio para aquélla”.

En caso de que así se demostrase, la resolución se limitaría a declarar la falta de capacidad para realizar ese acto concreto y la designación de quien haya de ayudar o acompañar, en su caso, a dicha persona para realizar el acto o negocio jurídico en cuestión o velar para que no se lleve a cabo en caso de que ésta fuera la pretensión. Una vez realizada la labor de acompañamiento o ayuda y rendidas las cuentas al juez de la actuación, se procedería al archivo del procedimiento sin que la persona quedase marcada con el estatuto de “incapacitada”.

1.5. Ley 25/2010, de 20 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia

En el Derecho Comparado, Francia²⁷⁷ modificó su legislación de protección de la persona en 2007. Allí se inscribe la reforma en un

²⁷⁷ LOI núm. 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, Journal Officiel de la République Française, 7-3-2007. Entrada en vigor el 1-1-2009.

contexto jurídico que se fundamenta en la necesidad de tomar en cuenta la efectiva protección de la persona.

La organización de la protección debe ser proporcionada al grado de incapacidad de la persona y adaptada a su situación y se basa en los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, la protección a su persona y no solamente a su patrimonio; el contenido de las medidas se fija de acuerdo con su personalidad²⁷⁸.

En España, Cataluña ha sido la primera legislación autonómica que ha sabido encontrar el equilibrio entre la incapacitación y la incorporación de los principios y cautelas establecidas en la convención, a la vez que incorpora una gran variedad de instrumentos de protección que pretenden cubrir todo el abanico de situaciones en que pueden encontrarse las personas con discapacidad.

Así, se reconoce en el Preámbulo que «La presente Ley mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación, pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de ésta, ateniéndose a la constatación que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promoverla. Esta diversidad de regímenes de protección sintoniza con el deber de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, con los principios de proporcionalidad y de adaptación a las circunstancias de las medidas de protección, tal y como preconiza la Convención sobre los derechos de la persona con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado español. En particular, las referencias del libro II a la incapacitación y a la persona incapacitada deben

²⁷⁸ Exposición de motivos Loi núm. 2007-308, du 5 mars 2007.

interpretarse de acuerdo con esta convención, en el sentido menos restrictivo posible de la autonomía personal»²⁷⁹.

Estos dos ejemplos de legislaciones, aunque diferentes, han sabido reconocer a la incapacitación como una medida de protección de la persona.

²⁷⁹ Ley 25/2010, de 20 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y familia, (BOE, 21-8-2010).

2. “La legitimación de los tutores para ejercer la acción de separación y divorcio”, *Diario La Ley*, nº 8117, 2013, pp. 8- 18.

2.1. Consideraciones generales

Una de las manifestaciones que se derivan del principio del interés superior de la persona es la referida a la legitimación de los tutores para ejercitar la acción de separación y divorcio en nombre de la persona incapacitada.

La admisión del ejercicio de la acción de separación y divorcio por parte de su representante legal supuso un importante hito en el avance del reconocimiento de derechos de la persona discapacitada. No tengo que retrotraerme demasiado en el tiempo para su impulso definitivo. Se trataba por vez primera, de reconocer por parte del Tribunal Constitucional²⁸⁰ la legitimación activa de la demandante, madre y tutora de la incapacitada para el ejercicio de la separación matrimonial y para solicitar las medidas provisionales, con base en el carácter personalísimo de las acciones ejercitadas, que el criterio de las Sentencias recurridas²⁸¹, impedía la sustitución de la incapaz por su

²⁸⁰ T.C. (Sala Segunda), Sentencia núm. 311/2000 de 18 diciembre. RTC\2000\311. El recurso de amparo tiene como objeto la impugnación de dos Sentencias de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo de 23 de febrero de 1998 (AC 1998, 248), que confirmaron en apelación sendas Sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo, dictadas, respectivamente, en el proceso núm. 580/1996, de separación matrimonial, y 581/1996, de medidas provisionales, de fechas respectivas de 11 de julio y de 9 de julio de 1997, aunque el suplico de demanda extiende la petición de nulidad no sólo a las Sentencias de la Audiencia Provincial, sino a las del Juzgado y al Auto de 2 de abril de 1997, dictado en el procedimiento de medidas provisionales.

²⁸¹ El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo dictó, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, Auto por el que se autorizó a la tutora para que, en nombre y representación de su pupila, interpusiera demanda de separación o divorcio, con sus respectivas medidas provisionales, contra su esposo de esta última. Recurrida la resolución por el marido, la Sección 4ª de la Audiencia provincial dictó Auto confirmatorio del de la primera Instancia.

tutora entonces y ahora demandante en el ejercicio de los mismos. Los derechos fundamentales que la recurrente considera vulnerados, y frente a cuya vulneración solicita el amparo, son los de igualdad del art. 14 CE y de tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

El segundo pronunciamiento favorable ha sido ofrecido por el Tribunal Supremo²⁸², que confirmó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 5 junio 2008 y revocó la apelada, estableciendo ésta las siguientes premisas: a) el argumento de admitir la legitimación activa de los tutores, pero denegar el divorcio lleva a una solución vacía de contenido, de modo que "los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio y para obtener una resolución acorde a sus pretensiones, siempre que concurren los requisitos exigidos por el legislador"; b) si no fuera así, se estarían vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad; c) no sería lógico que el esposo pudiera obtener el divorcio en cualquier momento y que no pueda solicitarlo la esposa a través de sus tutores; d) finalmente, añade que "no existe, pues, base legal inequívoca que preste fundamento a la distinción entre actos personalísimos o no personalísimos, en cuanto complemento interpretativo o matización del alcance del art. 267 CC, para desembocar con esa distinción en una restricción del ámbito representativo del tutor, que ha sido en este caso la base de la negativa de acceso a la justicia en nombre del incapacitado"²⁸³.

²⁸² T.S., Sentencia de 21 Sep. 2011, rec. 1491/2008, Sentencia 625/2011, Recurso 1491/2008. *Diario La Ley*, 7741, 22 de Nov. 2011, 182904/2011. Como consecuencia de la doctrina sentada en esta Sentencia, debe declararse que los Sres. D. Luis Antonio y D^a Elsa, como tutores de D^a Pura, ejercieron correctamente la acción de divorcio en representación de su hija incapacitada, por lo que procede la desestimación del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Maximino, con la confirmación de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava, sección 1^a, de 5 junio 2008.

²⁸³ A.P. de Álava, sección 1^a, de 5 junio 2008, que revocó la Sentencia del Juzgado de 1^a Instancia n^o 4 de Vitoria-Gasteiz, de 24 septiembre 2007, que había estimado la legitimación de los tutores, siguiendo el criterio de la STC de 18 diciembre 2000, pero

El tiempo que ha transcurrido entre estas dos trascendentales Sentencias (TC del 18-12-2000 y la del TS de 21- 9-2011), ha servido para fortalecer el beneficio de la persona protegida desde la legitimación de la acción de divorcio por parte del tutor y han hecho que resoluciones que han surgido durante ese intervalo han aportado una clara mejora y reforzamiento al interés de la persona y ésta será la argumentación principal de la admisión de la justificación por parte del tutor en la acciones de separación y divorcio, con todas las cautelas y prevenciones que sean necesarias acoger.

El objetivo de este trabajo es pues resaltar las evidencias que las dos grandes decisiones jurisprudenciales las del TC y TS respectivamente, han puesto de relieve para admitir que el tutor en determinados casos puede ejercitar la acción de separación y divorcio en el supuesto de no poder ejercerla el incapacitado. El resultado de las dos Sentencias permitiendo por parte de los tutores el ejercicio de la acción de separación y/o divorcio se estructura en los siguientes efectos teniendo siempre presente que los casos y sus resoluciones presentan muchas similitudes entre sí pero existen diferencias notables que no han impedido que se consolide una doctrina más justa con el incapacitado.

2.2. El principio de igualdad, el derecho a la tutela judicial efectiva, garantías indiscutibles en el interés tutelado

denegó el divorcio. Dijo: **a)** que no está clara la aplicación de la doctrina de la STC 311/2000 al divorcio, porque éste significa la ruptura y disolución del vínculo matrimonial; **b)** la prestación del consentimiento para contraer matrimonio es un acto personalísimo y no se permite que sea prestado por otra persona; en consecuencia esta misma limitación afecta al consentimiento para el divorcio; **c)** el ejercicio de tales acciones solo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge. 7º. Apelaron los progenitores/tutores D. Luis Antonio y Dª Elsa.

El tutor tiene, por imposición legal, un interés legítimo en todo lo relacionado con el tutelado y éste interés nace de la naturaleza y contenido de la función tutelar que constituye un deber y se ejercita únicamente en beneficio del tutelado. La ley sólo tiene en cuenta este beneficio e interés imponiéndolo incluso a la voluntad de los padres; de forma que la actividad legal del tutor legitima a éste para el acceso al proceso al conectar este interés con el contenido del art. 49 CE que determina el disfrute de los derechos comprendidos en el Título Primero de la Constitución por los incapaces tanto físicos como psíquicos; y, entre estos derechos, se encuentra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que se hará realidad por el disminuido psíquico o incapacitado cuando pueda por sí solo hacer, por disposición expresa de la ley o por Sentencia, determinados actos civiles (art. 267 CC), y si no pudiere hacerlos, corresponde al tutor dicha posibilidad en todos los demás actos civiles, siempre en el beneficio o interés del menor y con la pertinente autorización judicial, quedando excluidos sólo los actos expresamente prohibidos por la ley. No existe ningún tipo de pretensión que no pueda deducir el tutor en el proceso siempre que lo haga en interés o beneficio del tutelado y al tener, por mandato de la ley, interés legítimo; y el órgano judicial no puede denegar la legitimación, aunque, naturalmente, esta posibilidad de acceder al proceso no supone necesariamente el éxito de la pretensión deducida²⁸⁴.

²⁸⁴ El 30 de septiembre de 1998, se registra el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 311/2000 de 18 diciembre. RTC\2000\ 311. En él interesa la estimación del recurso de amparo. Afirma, en síntesis, el Ministerio Público que la actora denuncia que las resoluciones judiciales que recurre vulneran el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al derecho de igualdad. Examinando por separado ambas lesiones y comenzando por la primera, la lesión del art. 24.1 CE consiste en la denegación de la legitimación de la recurrente para instar judicialmente, en nombre de su hija incapacitada, su separación y divorcio. La doctrina constitucional declara que al conceder el art. 24.1 CE el derecho de tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos está imponiendo a los jueces y tribunales la obligación de interpretar con amplitud las

Aplicando la doctrina al caso que se enjuiciaba, “en este caso concreto, la tutora insta un procedimiento con autorización judicial cuya pretensión consiste en la separación de la tutelada en base a las circunstancias del caso; y el órgano judicial deniega la legitimación de la tutora, alegando el carácter personalísimo de la acción, lo que no se corresponde con la finalidad que se pretende, porque la separación no afecta al vínculo matrimonial sino a la vida en común y es en el seno del proceso donde deberá acreditarse si existe o no posibilidad de mantener dicha vida en común. De otra parte, aunque la acción deducida tuviere un carácter personalísimo, esta naturaleza no impediría la legitimación de la tutora porque la ley contempla acciones personalísimas de máxima intensidad, como son la privación de libertad del incapacitado mediante su internamiento o la esterilización de deficientes, y en ambos supuestos permite que el representante legal inste la acción ante el órgano judicial a través del correspondiente procedimiento, siempre que, en ambos supuestos, se acredite que es en beneficio del incapaz (arts. 271.1 y 273 CC y 156.2 CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]). De todo ello, se infiere claramente que la denegación de la legitimación a la tutora para solicitar la separación y el divorcio de la tutelada vulnera el art. 24.1 CE, por cuanto adolece de formalismo y responde a una interpretación excesivamente restrictiva de la normativa aplicable, que no responde a la finalidad de la institución ni a la naturaleza de la tutela, además de existir en este caso concreto dos interpretaciones judiciales del mismo precepto

fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (SSTC 24/1987 [RTC 1987, 24] , F. 2; 93/1990 [RTC 1990, 93] , F. 2, y 195/1992 [RTC 1992, 195] , F. 2). En este campo, la misión de este Tribunal, en amparo de dicho derecho fundamental, se limita a la censura de aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que por ser arbitrarias, irrazonables o excesivamente restrictivas, no responden a la finalidad de esta institución y cierran indebidamente el paso a la decisión sobre el fundamento de la acción afirmada; y, en esta línea, ha de subrayarse que el art. 24.1 CE reconoce dicho derecho a los titulares, no solo de derechos subjetivos, sino también de intereses legítimos.

(art. 271.6 CC), siendo una de ellas más favorable al ejercicio del derecho fundamental de acceso al proceso del tutor, por lo que debe prevalecer²⁸⁵.

No se puede simplificar el tratamiento dado a la cuestión de la legitimación del tutor en el caso que se trata, no solo por las distintas opiniones, argumentos jurisprudenciales y doctrinales, sino por lo delicado de la materia y en las situaciones que se producen y especialmente en las de incapacidad; como muestra de ello, VALLADARES RASCÓN especifica que el problema de la falta de legitimación del tutor únicamente se plantea en el caso de que éste sea el cónyuge: es evidente que no puede pedir la separación o el divorcio en representación de su pupilo, pues existiría un interés contrapuesto a ser él mismo el demandado; ni podrá pretender ostentar tal representación como demandado al ser demandante en un proceso matrimonial(art 221.2º). En tal caso, la solución puede pasar, bien por la remoción del tutor y nombramiento de otro nuevo; bien por el nombramiento de un defensor judicial (arts. 215 y 299 y ss. del CC)²⁸⁶.

El Tribunal Constitucional²⁸⁷ utilizó como argumento central si

²⁸⁵ Sin embargo, continúa el Ministerio Público, la eventual lesión del art. 14 CE debe descartarse, careciendo de contenido constitucional, porque constituye una mera referencia que la resolución judicial hace respecto de la distinta capacidad del capaz y en incapaz en base a la incapacidad que, aunque no se corresponde con la realidad, no es determinante ni influye en el fallo, porque éste se basa únicamente en la falta de legitimación de la actora por el carácter personalísimo de la acción que ejercita. Por todo ello, concluye, se puede mantener que se ha producido una vulneración del derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales, puesto que se le denegó a la tutora la posibilidad de mostrarse parte en el proceso, ejercitando la acción que le correspondía en esta condición, al interpretar las resoluciones impugnadas, restrictivamente, las condiciones establecidas para su ejercicio, lo que resulta contrario al derecho de acceso a la jurisdicción y entraña vulneración del art. 24.1 CE, por lo que interesa la estimación del amparo en virtud de esta última lesión constitucional.

²⁸⁶ VALLADARES RASCÓN, E., “La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación en representación de su pupilo (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1999)”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 13, 1999, p. 278

²⁸⁷ T.C. (Sala Segunda), Sentencia núm. 311/2000 de 18 diciembre, RTC\2000\311.

existía un interés legítimo al que se le haya cerrado el acceso a la tutela judicial, en cuyo caso la vulneración del art. 24 CE sería innegable. El mayor interés de la resolución por parte del Tribunal, es en cuanto a garantizar la tutela efectiva por parte de los jueces y el principio de igualdad. En cuanto al primero “corresponde a este Tribunal como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que de forma equivalente elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado”²⁸⁸. Más concretamente, a propósito de la falta de legitimación activa, este Tribunal Constitucional tiene declarado que, al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, están imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales²⁸⁹, así como a censurar aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable

²⁸⁸ T.C. (Sala Segunda), Sentencia núm. 311/2000 de 18 diciembre. RTC\2000\311, “Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los Jueces y Tribunales compete para interpretar las normas jurídicas a los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda. Dicho examen permite, en su caso, reparar en esta vía de amparo, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal, sino también, aun existiendo ésta, la aplicación o interpretación que sea arbitraria o infundada, o resulte de un error patente que tenga relevancia constitucional o que no satisfaga las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 321/1993, de 8 de noviembre [RTC 1993, 321], F. 3; 48/1998, de 2 de marzo [RTC 1998, 48], F. 3 y 35/1999, de 22 de marzo, F. 4, entre otras)”.

²⁸⁹ T.C. (Sala Segunda), Sentencia núm. 311/2000 de 18 diciembre. RTC\2000\311. (SSTC 24/1987, de 25 de febrero [RTC 1987, 24], F. 2; 93/1990, de 23 de mayo [RTC 1990, 93], F. 2 y 195/1992, de 16 de noviembre [RTC 1992, 195].

al caso contraria a la efectividad del derecho fundamental²⁹⁰.

La negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el art. 2 LEC, el ejercicio de la separación sólo puede verificarse por medio de su tutor; con lo que, si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia. Y puesto que ésta que se ha producido en el presente caso, resulta claro que se ha producido en él la violación del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) contra la que se demanda el amparo de este Tribunal, que debe ser otorgado.

En cuanto al principio de igualdad, la conclusión que ha mantenido para el principio de tutela efectiva sirve para aquel” La conclusión anterior sería suficiente por sí sola para el otorgamiento del amparo; ahora bien, esta conclusión se corrobora en el presente caso desde la vertiente de la igualdad, en relación con el cónyuge capaz. En efecto, el cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción respecto al cónyuge incapaz producido por las Sentencias recurridas, aparte de que no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela, constitucionalmente necesarias para impedir el acceso a la justicia,

²⁹⁰ T.C. (Sala Segunda), Sentencia núm. 311/2000 de 18 diciembre. RTC\2000\311. (SSTC 285/1993, de 4 de octubre [RTC 1993, 285], F. 2, y 34/1994, de 31 de enero [RTC 1994, 34], F. 3, entre otras muchas, y AATC 136/1991, de 30 de abril [RTC 1991, 136 AUTO]; 250/1993, de 19 de julio [RTC 1993, 250 AUTO] y 252/1993, de 19 de julio [RTC 1993, 252 AUTO]). Finalmente, hemos dicho que el art. 24.1 CE impone que cualquier derecho o interés legítimo obtenga tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (SSTC 71/1991, de 8 de abril [RTC 1991, 71], F. 3, y 210/1992, de 30 de noviembre [RTC 1992, 210], F. 3).

desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del art. 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio; por lo que resulta vulneradora del art. 14 C”²⁹¹.

La Sentencia del TS de 2011, viene a ser otro hito en la legitimación del tutor para ejercer la acción de divorcio, con menos discusiones y opiniones en contra hasta el momento, que la primera. A lo largo de estos años, desde que tuvo lugar por vez primera su admisión, ha habido otras Sentencias a favor, desmontando la confusa clasificación entre actos personalísimos y no personalísimos. Es de destacar como el TS enriquece la argumentación de los derechos fundamentales de la personas después de la trayectoria iniciada por el TC, y el voto particular emitido a ella pero progresando su contenido desde la perspectiva del ejercicio de los derechos fundamentales cuyo titular está incapacitado, haciendo una interpretación de la cuestión al amparo de la Convención de Nueva York y siempre que se trate de la acción de separación o divorcio ejercitada por los tutores en nombre e interés de una persona incapacitada, están presentes dos derechos fundamentales:

1º El derecho fundamental a la libertad de continuar o no casado. El divorcio actual no requiere alegación de causa cuando lo ejercita

²⁹¹ T.C. (Sala Segunda), Sentencia núm. 311/2000 de 18 diciembre. RTC\2000\311. En el mismo sentido Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª).Auto núm. 81/2011 de 11 julio JUR\2011\350046”. Si bien el Auto dictado se basa en la STS de 27-2-1999 dictada en interés de ley a instancias del Ministerio Fiscal, en la que se parte de que en procesos de separación o divorcio el carácter personalísimo de los mismos "requiere que esa declaración de voluntad emane de la persona a quien el acto va a afectar", y por ello "el ejercicio de tales acciones sólo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio”.

personalmente el interesado, quien no tiene que justificar sus motivos, porque de esta manera, el ordenamiento protege el derecho a la intimidad del cónyuge peticionario del divorcio. A ello obedece la regulación puesta en vigor por la ley 13/ 2005, al no exigir la alegación de causas.

2º El derecho a la tutela judicial efectiva permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como establece el art. 271,6 CC, que atribuye a los tutores la legitimación "para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela", siempre con autorización judicial, que no se requerirá "en los asuntos urgentes o de escasa cuantía". Esta norma no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y así están también incluidas en el art. 271,6 CC las acciones para pedir el divorcio y la separación. La tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse²⁹².

2.3. El ejercicio de la acción de separación y/o divorcio: Recurso extraordinario en la defensa del beneficio del incapacitado

Ello implica la exigencia de una hoja de ruta impuesta en a los tutores, de unos requisitos que servirán para proporcionar su actuación y que sirven a su vez de garantías procesales:

Los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que por sus condiciones, no pueda actuar por sí misma. Esta solución no es extravagante en el

²⁹² FJ Sexto, nº 7741. La Sentencia del TS de 22- 7- 2011, *Diario La Ley*, 182904/2011.

ordenamiento español, ya que el Código civil legitima al Ministerio Fiscal y "a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo" en la acción para pedir la declaración de nulidad de un determinado matrimonio (art. 74 CC), así como a padres, tutores, guardadores y Ministerio Fiscal cuando la acción tenga por objeto pedir la nulidad de un matrimonio por falta de edad (art. 75 CC). Es un remedio extraordinario y subsidiario cuando no se pueda actuar de otro modo, tal como se refleja en la Sentencia. La representación legal del tutor le impone el deber de injerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario para obtener su protección, si bien no libremente, sino con las limitaciones que derivan de la naturaleza de función que tiene la tutela. Concluyendo el propio TS que el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal²⁹³.

Así la separación era única vía para la defensa de los intereses patrimoniales de la incapacitada, se ha de observar que en concreto la separación matrimonial y la acción judicial, que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando ésta les resulta perjudicial en las situaciones previstas por el legislador como supuestos legales de las distintas causas de separación. Dichos intereses y perjuicio posibles pueden darse en los incapacitados casados, e incluso de modo más dramáticamente perceptible en ellos, si quedasen por su desvalimiento bajo una sumisión absoluta a su cónyuge capaz. Dadas la situación teórica de dicha vitanda sumisión y de dicho indiscutible interés, el único medio de defensa jurídica del incapaz, cuando su cónyuge no consiente la separación, es precisamente el ejercicio de tal

²⁹³ FJ octavo nº 7741. La Sentencia del TS de 22- 7- 2011, Diario La Ley. LA LEY 182904/2011.

acción.

Pues bien, en el presente caso, en que la tutora y madre de la incapacitada ha acudido al ejercicio de la acción de separación matrimonial, autorizada judicialmente al efecto, y después de que se le negase en cambio autorización para el ejercicio de acción reivindicatoria, resulta claro que era únicamente la vía de la separación la que resultaba viable para la defensa de los intereses patrimoniales de la incapacitada²⁹⁴.

2.3.1. La autorización judicial al tutor para su ejercicio y la intervención del Ministerio Fiscal

Sería suficiente a efectos legales y del sentido común reproducir los planteamientos rigurosos que mantiene a través de la doctrina el TC y TS para justificar la necesaria autorización del juez y audiencia del Ministerio Fiscal, en esta cuestión, ello se sintetiza así:

1ª Debe aplicarse lo dispuesto en el art. 216.1 CC, que es la norma general que rige, en cualquier caso, la actuación de los tutores, porque "las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial". Por ello, el art. 271 CC exige autorización judicial para entablar cualquier tipo de demanda.

2ª En segundo lugar, el ejercicio de esta acción debe obedecer a los intereses del incapaz, por lo que debe justificarse que la actuación se lleva a cabo en interés del incapaz, tal como concluyó, en una legislación distinta, la STC 311/2000.

²⁹⁴ STC de 18 diciembre de 2000

3ª Hay que tener en cuenta que en los procedimientos de derecho de familia en los que son parte menores e incapaces se requiere la actuación del Ministerio Fiscal, que deberá velar por sus intereses, con lo que se garantiza que las acciones de los tutores no sean caprichosas o arbitrarias²⁹⁵.

Con cautela, el código Civil de Cataluña ha previsto los casos en que procede la autorización judicial en el ejercicio de la tutela; así, dispone “La autorización judicial se concede en interés de la persona tutelada en caso de utilidad o necesidad debidamente justificadas, previa audiencia del ministerio fiscal”. 2. La autorización no puede concederse de forma general. Sin embargo, puede otorgarse con este carácter para una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, aunque sean futuros. En todos los supuestos deben especificarse las circunstancias y características fundamentales de dichos actos²⁹⁶.

Han existido otras propuestas oficiosas que se han ocupado de esta cuestión, es decir de la “ autorización judicial “ en las funciones del tutor, como la mantenida desde el Foro de Justicia y Discapacidad en uno de los borradores que han realizado para la reforma del procedimiento de modificación de la capacidad en el Derecho español²⁹⁷ y específicamente refiriéndose a esta cuestión, se dice que “en cuanto a los actos de carácter personalísimo se estará a su legislación específica

²⁹⁵ En el FJ nº9 Sentencia nº 625/2011: “A continuación debe examinarse si en este caso concurren las circunstancias anteriores y muy en especial, si existe interés del incapaz en el ejercicio de la acción de divorcio por sus tutores. 1º La Sentencia de separación, de Audiencia Provincial de Álava, de 20 diciembre 2004, consideró probado que concurrían causas de separación antes del accidente de la esposa, según se ha resumido en el FJ 1º-4 de esta Sentencia, de modo que la Sentencia concluía que “[...] ante tales circunstancias resulta del interés del incapaz declarar la separación”.

²⁹⁶ Art. 222-44.1 y 2. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE de 21 de agosto).

²⁹⁷ Art. 217 de un estudio borrador del Foro de Justicia y Discapacidad enviado amablemente e por Cristóbal Fábregas, Fiscal Jefe de la Audiencia de Jaén.

en el caso de que esta exista y, si no es así, a la capacidad natural de la persona con discapacidad pudiendo sustituirse la misma por autorización judicial en la que se determinen los apoyos precisos, cuando el acto sea necesario o conveniente para su interés o para evitarle perjuicios”. Es necesaria establecer con toda claridad que el ejercicio de la acción de separación y/ o divorcio por el tutor figure entre las funciones que ejercite el tutor con autorización judicial.

La intervención del Ministerio Fiscal garantiza los derechos de las personas con discapacidad en los procesos en que se encuentran afectados sus intereses, a lo que hay que añadir la especial vigilancia sobre las incidencias que puedan surgir en el transcurso de los mismos. Las sucesivas reformas legislativas han venido ampliando las funciones tuitivas del Ministerio Fiscal en materia de protección de las personas con discapacidad, potenciando el protagonismo de la Institución en el desarrollo del Estado Social que consagra la Constitución Española²⁹⁸ y que exige la CDPD de adaptar el ámbito jurídico de los procesos judiciales de incapacidad de tal forma que prime la protección y mejora de las condiciones personales y patrimoniales de la persona con discapacidad sobre la de su entorno familiar o social.

2.4. La compleja dicotomía y actos personalísimos y no personalísimos

El reconocimiento de la distinción entre actos personalísimos y

²⁹⁸ Entre otras, art. 124 CE, art. 3 EOMF, e Instrucción nº 4/2009 sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas. Instrucción nº 4/2008 sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de las personas con discapacidad, estableciendo un régimen de atención especializada en esta materia, encomendado a los Fiscales de las Secciones de lo Civil.

no personalísimos ha tenido una importancia significativa y ha supuesto un límite para el ejercicio de la tutela por parte del tutor. Establecidas, sus competencias y funciones en el art 267 y 269 del CC, con el denominador común de que el tutor es el representante legal del 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. Por otra parte, la situación puede complicarse si el incapacitado, que ha llegado a su situación después de casado, se encontrará en la imposibilidad de instar la separación de su matrimonio, pese a que para ella puedan existir causas legales²⁹⁹.

²⁹⁹ A.P. de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), Sentencia núm. 179/2009 de 20 abril. JUR\2009\284012 En el presente caso, como en cualquier otro similar, no sería consecuente conceder legitimación activa para instar la demanda pero a continuación negarla diciendo que por tratarse de una acción personalísima no pueden suplantar la voluntad de la incapaz. Tal cuestión ya fue objeto de estudio por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 5 de junio de 2008, cuyo criterio esta Sala comparte, al entender que concurren los requisitos objetivos necesarios, han transcurrido más de tres meses desde el matrimonio, no exigiendo la ley que sean los propios cónyuges quienes soliciten la disolución. No puede obviarse que el art. 267 CC establece que 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. En este caso, Carina fue declarada incapaz para gobernar su persona y bienes, la tutora obtuvo el 5 de diciembre de 2007 la autorización para entablar la demanda de divorcio, ostentan plena legitimación para deducir la demanda, luego si son sus representantes para todos los actos de su vida e incluso para ejercitar la demanda de Divorcio resulta ilógico denegar la disolución del vínculo pues si los tutores tienen que decidir por ella y precisamente por esta razón se les nombró para este cargo. La disolución del vínculo puede considerarse un acto individual y personal pero no en este caso en que la interesada ha perdido la capacidad de obrar teniendo que ser suplida por sus representantes legales, son estos quienes deben suplir su voluntad, por ello no puede considerarse en este caso la disolución del vínculo como un acto personalísimo. El art. 267 CC no establece más restricciones a los tutores que las que puedan expresarse en la Ley o en la Sentencia de incapacitación, no estando limitadas sus facultades para presentar demanda de divorcio, lo que significa que una vez interpuesta deberá estudiarse el fondo del asunto como si se hubiese ejercitado por la propia interesada, de lo contrario se estaría tratando de forma diferente a los representantes legales, negándoles el ejercicio de un derecho que ninguna restricción encuentra en el ordenamiento legal. Además, cuando el art. 271 CC enumera los actos para los que el tutor necesita autorización judicial, en el número sexto precisa para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía, pero no hace ninguna precisión ni distinción sobre la distinta índole de las acciones, si el legislador hubiese querido excluir de su ejercicio por el tutor las acciones personalísimas del incapacitado como la separación o el divorcio lo habría

El concepto de acción personalísima, en que las resoluciones recurridas fijan la clave de su decisión, no es una categoría legal discernible, sino una mera categoría doctrinal, que para poder ser admitida en la función que las resoluciones recurridas le reconocen, debiera tener una base legal indubitada. Ello es especialmente exigible, cuando el juego de dicha categoría doctrinal conduce a una restricción del alcance de preceptos legales inequívocos, en función de los cuales resulta con claridad la atribución al tutor de la legitimación que, sin embargo, se le niega por el juego de dicha categoría doctrinal.

No existe, pues, base legal inequívoca que preste fundamento a la distinción ente actos personalísimos o no personalísimos, en cuanto complemento interpretativo o matización del alcance del art. 267 CC para desembocar con esa distinción en una restricción del ámbito representativo del tutor, que ha sido en este caso la base de la negativa de acceso a la justicia en nombre del incapacitado³⁰⁰.

La distinción entre acciones personalísimas y no personalísimas, como clave de la atribución de la legitimación al tutor o de su negativa de ella, aparte de que no exista para la misma ninguna base legal, no se adecua a los rasgos generales de nuestro actual sistema legal, vistos los casos de actos de carácter personalísimo en que está expresamente prevista la sustitución del incapaz por su tutor. No resulta lógica la eficacia obstativa atribuida en las Sentencias recurridas al carácter personalísimo de la acción en un sistema legal, en el que el tutor puede con autorización judicial internar al incapaz (art. 271.1 C.C.), lo que directamente se relaciona al personalísimo derecho fundamental a la libertad (art. 17 C.E.), o incluso decidir su esterilización (art. 156.2

hecho constar expresamente.

³⁰⁰Voto particular que formula el Magistrado V. Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1158/1998.

C.P.), que concreta con el igualmente personalísimo derecho fundamental a la integridad física (art. 15 C.E.). En materia de adquisición de nacionalidad, típico supuesto referido al estado civil de las personas, en la adquisición por opción (art. 19 C.C.) y por carta de naturaleza (art. 21 C.C.), las respectivas declaraciones de opción y solicitud pueden formularse por el representante legal del incapacitado (art. 20.2 a) y 21.3D) C.C.). En la filiación, típico supuesto de estado civil, que permite considerar de carácter personalísimo los actos y acciones a él referente, el consentimiento del hijo, necesario para la eficacia del reconocimiento de su filiación por su padre, se atribuye respecto de los incapaces a su representante legal (art. 124 C.C.).

Son todos los citados supuesto legales, que desmienten en los respectivos casos el que posible carácter de actos personalísimos o de acciones personalísimas impida la posibilidad de la representación del incapaz por su tutor, lo que evidencia que dicha categoría doctrinal, que en la legislación del pasado quizás pudiera fundar la eficacia obstativa que le han atribuido las Sentencias recurridas, ha ido perdiendo en la legalidad hoy vigente el apoyo que las previsiones de la legalidad precedente pudieran haberle prestado³⁰¹.

ESTRADA ALONSO, reconoce una grave indeterminación en materia de tutela se ha detectado en el ejercicio por el tutor en los llamados derechos y acciones personalísimos, por estar vinculado su ejercicio directamente a la persona. Entre otros podríamos citar los derechos fundamentales, los familiares, el uso, la habitación, las operaciones que atenten a la integridad física, la educación o formación religiosa, el derecho a la separación, al divorcio o la nulidad matrimonial. Pero atribuir el ejercicio de estos derechos y acciones de

³⁰¹ Voto particular a la STC del 2000. En el mismo sentido A.P. de Álava. Sentencia núm. 195/2008 de 5 junio JUR 2009\6736.

forma exclusiva a su titular de forma tan absoluta e indiscriminada, conduce a la postre a la privación de estos derechos fundamentales para los incapacitados³⁰².

GARCIA LLERENA, después de tratar ampliamente la cuestión y distinguir varios supuestos, en los que se puede exigir autorización judicial, o salvaguarda de la autoridad judicial y la vigilancia del Ministerio Fiscal, ampara la actuación del representante legal en la esfera personal del hijo o del incapaz, defiende que ningún supuesto planteado constituye realmente un límite material frente a la ley en cuanto a las posibilidades de sustitución del consentimiento de quien o puede adoptar una decisión por sí mismo³⁰³.

Son varios los puntos de vista que se mantienen para superar este obstáculo entre actos personalísimos y no personalísimos. Aún cuando cada día se cuestione más esa diferenciación, ZURITA MARTIN, alega que debe traerse a colación aquí una vez más el interés y beneficio del tutelado como principio fundamental al que debe atenderse en materia de incapacitación. Será el interés del incapacitado el que haya de valorarse para determinar si el ejercicio de un determinado derecho de índole personal o familiar puede ser realizado por el tutor en representación del incapaz³⁰⁴. La autora reconoce que “a pesar de todo, siempre existirán actos de índole personal tal que escapen al ámbito de representación del tutor y por otra parte, la actuación del representante vendría muy

³⁰² ESTRADA ALONSO, E.; “La Legitimación del tutor para interponer demanda de separación del incapacitado”, *AC*, 1999, p. 294. La admisión de otros actos personalísimos, es tratada de forma extensa por GARCÍA LLERENA, V., *El Mayor Interés en la esfera personal del incapaz*, *op. cit.*, p. 284.

³⁰³ García Llerena cita a Jordano Fraga, cuando afirma que en estos casos “más que discutir si se trata o no de una genuina actuación representativa, basta con instrumentar los medios de control existente en el propio Código Civil para asegurar el recto ejercicio de la potestades familiares”, JORDANO FRAGA, J., *El mayor interés en la esfera personal del incapaz*, *op. cit.*, p. 274.

³⁰⁴ ZURITA MARTIN, I., *Protección Civil de la ancianidad*, ed. Dykinson, 2004, p. 132.

limitada por la necesidad de autorización judicial en determinados supuestos³⁰⁵. Siendo este el objetivo, el interés del incapacitado, y el principio que inspira la legitimación de la representación legal del tutor para el ejercicio de acciones que tradicionalmente afectan a la esfera personal del incapaz, ha habido diversas formulas para lograr el propósito. En unos casos, es necesario que lo admita el legislador, así para DE SALAS MURILLO, y MAYOR DEL HOYO, la determinación del trato que cada uno de los actos reciba y el régimen que se les aplique, debe quedar necesariamente en manos del legislador. De lo contrario, la libre apreciación no sólo del carácter «personalísimo» en sí mismo, sino –y sobre todo – de la posibilidad de relajación de dicho carácter cuando las circunstancias lo requieran (con la correspondiente posibilidad de sustitución en el ejercicio de dichos actos), además de crear inseguridad, podría causar perjuicios, tanto si conduce indiscriminadamente a la posibilidad de sustitución injustificada en su ejercicio, como a la posibilidad contraria, que en muchos casos supondría una paralización, que tendría por efecto la desprotección de la persona³⁰⁶.

La legitimación del tutor para el ejercicio de las acciones de separación y divorcio, están comprendidas en el art. 267 del Código Civil, en este precepto se desprende que la mayor o menor extensión de esas facultades representativas está directamente relacionada con el mayor o menor grado de capacidad y discernimiento que conserve la persona que es objeto de tutela. De ahí que en aquellos casos en los que, como sucede en el presente, se esté ante una incapacidad total y absoluta para regir la persona y los bienes, concurriendo un grave déficit de las funciones psíquicas superiores, la representación que corresponde al

³⁰⁵ ZURITA MARTI, I., *Protección Civil de la ancianidad, op. cit.*, p. 136.

³⁰⁶ DE SALAS MURILLO, S., y MAYOR DEL HOYO, M. V., “La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación matrimonial en representación del pupilo”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 6/2001, ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.

tutor alcance su máxima amplitud y deba extenderse como dice el citado art. 267, a todos aquellos actos que el incapaz no puede realizar por sí mismo, tanto en la esfera patrimonial como en la personal (art. 215 del mismo cuerpo legal), entre los que debe incluirse el ejercicio de esas acciones matrimoniales ya que la tutelada carece actualmente del raciocinio necesario para tomar una decisión al respecto³⁰⁷, distinta opinión mantuvo el TS en el mismo supuesto³⁰⁸.

³⁰⁷ A.P. de Asturias (Sección 4ª), Auto núm. 26/1998 de 4 febrero AC \1998\3516 Aun cuando se trate una situación notablemente singular y excepcional, la solución apuntada cuenta en su apoyo con los antecedentes históricos, pues la única vez que el legislador abordó este problema, en el art. 40 de la Ley de Divorcio de 2 marzo 1932 (RCL 1932\290), permitía expresamente al tutor del incapaz pedir la separación con autorización del Consejo de Familia. Y, sobre todo, resulta avalada o, más bien, viene impuesta por la aplicación de los principios constitucionales de igualdad y de protección de los disminuidos. No se comprende, en este sentido, que el cónyuge capaz conserve el derecho de solicitar la separación o el divorcio del cónyuge incapaz y se niegue a este último ese mismo derecho, máxime cuando pueden concurrir causas objetivas que aconsejen u obliguen a acudir al ejercicio de estas acciones como único remedio para poner fin a determinadas situaciones. Si, además, el art. 49 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) obliga a prestar un amparo especial a los disminuidos psíquicos para que puedan disfrutar de los derechos otorgados en su Título I a todos los ciudadanos, entre los que se encuentra la posibilidad de instar la separación y disolución del matrimonio (art. 32.2 de la Carta Magna), no cabe negar a quien ostenta su representación el ejercicio de tales acciones cuando por las circunstancias concurrentes hayan de redundar en su provecho o beneficio so pena de quebrar ese claro mandato constitucional (piénsese, por ejemplo, en supuestos de malos tratos, abandono, alcoholismo, toxicomanía u otros semejantes, que aconsejen la suspensión de la vida en común).

³⁰⁸ TS (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 149/1999 de 27 febrero RJ\1999\1418 de otra parte, esa declaración general del Código Civil ha de matizarse teniendo en cuenta la naturaleza de la representación que exige que la declaración de voluntad, a partir de la cual se forma el negocio jurídico concreto de que se trate, sea una declaración de voluntad propia del representante aunque sus efectos hayan de recaer sobre el representado, por lo que, la generalidad de la doctrina excluye el ámbito de la representación los negocios jurídicos de Derecho de familia, dado su carácter personalísimo que requiere que esa declaración de voluntad emane de la persona a quien el acto va a afectar; especialmente, se considera inadmisibles la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que sólo pueden ser decididos por aquellos cuyo estado civil va a resultar modificado. Tal es el caso, de las acciones civiles de separación matrimonial o divorcio en que, por su estimación, surge un estado civil nuevo de los cónyuges o ex-cónyuges sometidos a un régimen jurídico distinto de aquel por el que se venían rigiendo; por ello, el ejercicio de tales acciones sólo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge a quien la ley reconoce legitimación para ello.

Con independencia de las distintas posiciones que existen para justificar la legitimación del tutor, tal como han quedado expuestas, me parece muy conveniente la conclusión a que llega ESTRADA ALONSO, al decir “que en definitiva nos encontramos ante dos instituciones jurídicas (la tutela y el matrimonio), como tantas otras de nuestro Ordenamiento, que pugna entre sí y de las que generalmente caben dar soluciones tasadas legalmente, sino que su solución o prevalencia ha de quedar en manos de los tribunales quienes habrán de ponderar las circunstancias de cada supuesto. La calificación de personalísimo en un derecho no puede en modo alguno ser tan absoluta que puesta a la luz con otros principios más acuciantes e imperativos, como son el beneficio del tutelado, el principio de igualdad, equidad, buena fe, de tutela efectiva y de protección de los más débiles en un Estado social y de Derecho, resulte siempre victoriosa³⁰⁹”.

Se hace precisa una relectura de la incapacitación a la luz de la Constitución; una lectura que compagine la necesidad de protección del sujeto incapaz con la posibilidad de ejercicio de sus derechos, en definitiva, con su plena realización como persona", que en punto al ejercicio de la acción de separación legal del incapacitado puede aconsejar la legitimación activa del tutor. Aun así, no ignoramos el riesgo que conlleva este planteamiento, en tanto perturbador de la naturaleza de estas acciones.

Por ello hay que insistir en que el criterio que permite y fundamenta la sustitución (la representación legal) ha de ser el *mayor interés del incapaz*, entendido como la búsqueda de la solución más ajustada a las circunstancias vitales del incapaz -y no a las de su(s)

³⁰⁹ ESTRADA ALONSO, E., “La legitimación del tutor para interponer demanda de separación del incapacitado”, *AC*, 1999, p. 301.

representante(s) o a las de su entorno familiar y social-, y que le permita desarrollar, al igual que al resto de los ciudadanos, su personal proyecto de vida. Este interés habrá de ser apreciado asimismo por el Juez, quien otorgará la correspondiente autorización para que el tutor pueda ejercer la acción por su pupilo, cumplimentando, de esta forma, el mandato del art. 271.60 CC³¹⁰.

LA CDPD³¹¹, ha reforzado también esta posibilidad sobre todo en los arts. 12.3 y en el art. 13, lo que implica que “Estos principios deben ser tenidos en cuenta en la resolución que se demanda, porque la ratificación del Convenio de Nueva York y sus consiguiente incorporación al Ordenamiento español, obliga a los tribunales a aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del incapaz a través o por medio de sus representantes legales. Si no se admitiese dicha actuación en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo”³¹²

Pero de ello no se deduce que los tutores puedan ejercitar arbitrariamente dicha acción, porque deben justificar que existe un

³¹⁰ ALVAREZ LATA, N., “¿Está facultado el tutor para instar la acción de separación legal de su pupilo? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 27 de febrero de 1999”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 3, 1999, pp. 663-673.

³¹¹ Del mismo modo que el art 12.5 CDPD, “Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”. Art. 13: “Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos”.

³¹² Sentencia de TS 22 -7- 2011.

interés del incapaz en obtener la disolución de su matrimonio, lo que va a permitir la actuación del tutor³¹³.

ALVAREZ LATA propone entre otras iniciativas, en una próxima reforma en el proceso de toma de decisiones de la persona, el establecimiento de criterios unívocos para el ejercicio de los actos personalísimos, integrando tanto los negocios de esa naturaleza del CC como los de las normas especiales. La regla para estos actos debería proyectar al ámbito de la incapacidad la que se aplica en el art 162.1º CC. No obstante, que la persona, independientemente de su estado de incapacitado, ha de ejercitar estos derechos siempre que tenga condiciones para ello no ha de excluir en ocasiones, cuando de la no realización del acto o derecho en cuestión se deriven perjuicios para el

³¹³ En cuanto a los precedentes de esta medida, la Sentencia, hace un repaso por el Derecho Comparado para justificar la distinta regulación que hacen de la tutela y el divorcio en el (FJ7): “La posibilidad de que el tutor de una persona incapacitada casada pueda o no ejercer la acción de divorcio tiene pocos precedentes en los ordenamientos de nuestro entorno. A ello contribuyen dos condicionamientos: i) la tutela tiene aspectos muy distintos en estos ordenamientos, a pesar de estar construida en todos ellos como sistema de protección de discapacitados e incapaces, y ii) el divorcio tiene una regulación no uniforme en estos ordenamientos. 1º El Código civil francés no admite el ejercicio de la acción de divorcio por consentimiento mutuo por el representante de mayores de edad protegidos, sea cual sea el régimen de protección a que estén sujetos (art. 249-4); en cambio, sí admite la acción en nombre del cónyuge sometido a tutela en los casos de divorcio contencioso (Art. 249). El tutor puede ejercitarla solo si ha obtenido la autorización del consejo de familia, previo el informe del médico. Asimismo, el Art. 249-1 establece que la acción se ejercerá contra el tutor si el cónyuge contra el que se presenta la demanda, está sometido a tutela. 2º En Alemania, el § 8,n 1 de la *Familienverfahrgesetz* (ley de procedimientos de Derecho de familia), establece que una persona incapaz puede ser parte en los procedimientos matrimoniales, pero las personas que representan a dicha parte de acuerdo con las disposiciones de derecho civil debe actuar como parte (§9 (2) FPA), de tal manera que si la persona es mentalmente incapaz, debe actuar el representante, quien debe ser autorizado por el Juzgado o el Tribunal de familia o el Tribunal de tutelas (§125 (2) FPA)”. 3º En Italia, sin embargo, no hay previsión sobre esta posibilidad. 4º La Ley española de divorcio, de 1932 admitió que los tutores pudieran ejercitar esta acción en su art. 40, que decía que “por los incapacitados, a tenor del art 213C.C., podrán pedir la separación su tutor, con autorización del Consejo de familia”. No se especificaba nada en relación con el divorcio, pero el art 48 exigía la intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos cuando existieran “menores, ausentes o incapaces”.

sujeto, la actuación del representante o, en su caso, asistente o guardador³¹⁴.

2.4.1. Otras alternativas en el ejercicio de acciones personalísimas por el tutor

Ha habido posiciones en contra, de no admitir la legitimación del tutor de estas acciones, porque su ejercicio no reportaría nada para los intereses de la persona incapacitada, así “Pues bien, de todo ello, la Sala no aprecia ni que la esposa incapaz haya tenido o tenga voluntad de divorciarse de su esposo ni que este haya incumplido sus obligaciones legales para con ella, ni que existiera desafecto alguno entre los cónyuges, ni que la disolución del matrimonio sea lo más conveniente para los intereses de la incapaz.

Así es, la disolución del matrimonio comporta importantes repercusiones para los cónyuges y unos efectos secundarios de muy diversa índole, como pueden ser los relativos a la adquisición o modificación de derechos, revocación de donaciones, cesación de deberes recíprocos, disolución del régimen económico matrimonial y otros muchos. En este sentido, la Sala comparte los razonamientos del Juez de Primera Instancia de que la disolución del matrimonio entre el demandado y su esposa incapaz sería un hecho irreversible y quizás desproporcionado para los intereses de la incapaz y sin que se haya demostrado la concurrencia de interés alguno de la incapacitada para que se adopte tal decisión. Por otro lado, no debemos olvidar que las necesidades de la incapaz relativas a lo que resulte indispensable para su

³¹⁴ ALVAREZ LATA, N., y SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, p. 30.

sustento, habitación, vestido, asistencia sanitaria y otros que sean necesarios para la satisfacción de sus necesidades humanas, pueden reclamarse al esposo como expresión que son de la solidaridad familiar en los términos que indican los arts. 142, 143 y siguientes del C.C. con lo cual la situación de las condiciones de la esposa incapacitada, en este sentido, no iba ni a variar ni a mejorar por el simple hecho de que ahora se acordase la disolución de su matrimonio”³¹⁵.

SANCHEZ MARTÍNEZ considera más adecuado admitir otras alternativas para la protección del cónyuge incapacitado, así según el art 1393 CC, es posible una disolución de la sociedad de gananciales, por resolución judicial, en caso de que el otro cónyuge venga realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad (nº2), así como incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus actividades económicas (nº 4). Incluso en el caso de no aceptarse el ejercicio de la acción del art 1393C por parte del tutor, siempre quedaría a salvo la posibilidad de accionar, frente a la actuación patrimonial del cónyuge que perjudique patrimonialmente al incapacitado por las vías de los arts. 1390 y 1391 CC; lo contrario podría generar una desnaturalización de las acciones de separación y divorcio que en determinados supuestos, puede conducir a unos resultados no deseables³¹⁶.

No encuentro razones suficientes para no admitir directamente la

³¹⁵ SAP de Palencia de 19 diciembre de 2011.

³¹⁶ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. P., “Separación matrimonial de un incapacitado: ¿Acción de carácter personalísimo?”, *RGD*, nº 682-683, julio agosto 2001, p. 6704. Esos resultados no deseables, serían por ejemplo, en que el incapacitado carezca de descendientes, pero sí tenga ascendientes y cónyuge. Piénsese, igualmente, que la tutela corresponda a uno de esos ascendientes. En tal caso, la separación instada por el ascendiente- tutor del incapacitado puede beneficiarle patrimonialmente, al privar al cónyuge de su condición de legitimario.

legitimación del tutor para ejercitar las acciones de separación y divorcio y buscar otras soluciones que no son tan protectoras para la persona ni causan perjuicio a tercero. Hay que tener en cuenta que la salvaguarda de la persona no se circunscribe exclusivamente a una esfera patrimonial en la que la función del tutor era velar por la vigilancia y protección de su patrimonio, sino que tiene que ser integral y no puede olvidarse de su esfera personal. Aunque las demandas de protección puedan tener directamente efectos de carácter económico, en la mayoría de los casos- y por supuesto en los dos casos que se han planteado aquí- la protección ha de asegurar el bienestar de la persona en su totalidad, y reconduce la posibilidad de sustitución de la voluntad del incapaz a la protección de sus derechos constitucionales -a facilitar su ejercicio- y la protección de los intereses del incapaz equiparándolo a la persona no aquejada de discapacidad³¹⁷.

Y lo cierto es que negar dicha posibilidad con carácter general puede generar situaciones no deseadas por la Ley, y éste es el argumento más convincente de los empleados por el T.C. en su argumentación.

Efectivamente, hay que coincidir en que, puesto que el art. 216 C.C. comprende la tutela como un deber que obliga al tutor a actuar siempre en beneficio del tutelado, en consecuencia debe comprender la legitimación del tutor para ejercitar cuantas acciones sean precisas para defender los derechos personales del tutelado, porque, dada la variedad de circunstancias en que se puede encontrar el incapaz, que no ha previsto el legislador expresamente, si no dejamos a su tutor ejercitar la acción de separación o divorcio resulta que pudiera suceder que estuviésemos obligando al incapaz a soportar -en su caso- el trato

³¹⁷ GARCIA LLERENA, V., *El mayor interés en la esfera personal del incapaz*, op. cit., p. 299.

indigno que podría suponer cualquier situación matrimonial perjudicial para su persona o bienes, como por ejemplo, en el caso de malos tratos, abandono, o cualquier otro semejante que aconseje la suspensión de la vida en común.

Por ello, de lo dispuesto en el art. 81 del C.C. no puede derivarse el carácter absoluto de la falta de legitimación del tutor, destacándose especialmente el alcance del concepto velar por el tutelado, como obligación de la tutela, considerando que difícilmente se puede compaginar el cumplimiento del deber de velar por el incapaz con la convivencia matrimonial de éste con un cónyuge no tutor que vaya incluso en contra de los intereses del incapaz, e incluso que no le preste la alimentación, educación o asistencia médica necesaria. En consecuencia, habrán de ser los Tribunales quienes habrán de ponderar las circunstancias en cada caso, sin que parezca posible formular una decisión con carácter absoluto³¹⁸.

³¹⁸ GONZÁLEZ GRANDA, P., *Propuestas de mejora en el marco jurídico social de protección del Discapacitado psíquico por enfermedad mental*, FEAFES, Caja Madrid, 2009, p. 88.

3. “El porvenir de la curatela en el derecho español”, en: *Historia Iuris: Estudios dedicados al Profesor Santos M. Coronas González*, vol. I y II, ed. KRK, Universidad de Oviedo, 2014, pp. 1449-1469.

3.1. Consideraciones generales

Una de las instituciones protectoras del Derecho español es la curatela, regulada en el artículo 215 del Código Civil junto a la tutela y el defensor judicial. Fue incorporada por vez primera al Código Civil en la reforma de 24 de octubre de 1983³¹⁹, aunque ha sido una institución esencial en el Derecho romano y en el Derecho histórico anterior a la Codificación, reivindicada en los numerosos proyectos de Código Civil y por la doctrina general buena prueba de ello ha sido la valoración de Pérez González y Castán Tobeñas³²⁰:

“Nuestro antiguo Derecho regulaba, al lado de la tutela, la curatela o curaduría, que se calificaba de *ad bona*, ejemplar y *ad litem* según se otorgase por razón de la menor edad, o por razón de la incapacidad, o de modo transitorio y para un asunto especial. El Código civil no conoce la curaduría hasta el año 1983 (aunque incidentalmente y por descuido alude a los curadores al regular el contrato de depósito, en el art. 1714). Guiado del propósito de unificar las instituciones tutelares, ha pretendido refundirlas en la tutela, siquiera el éxito no ha acompañado a sus intenciones simplificadoras y se haya realizado, en suma, una

³¹⁹ Ley 13/1983, de 24 de Octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. BOE, núm. 256, 26 de Octubre de 1983.

³²⁰ Ennecerus-Kipp-Wolf, Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia, Tomo IV, Volumen II, Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Pérez González, B y Castán Tobeñas, 2.^a edición, Bosch, 1952, p. 452.

unificación más aparente que real. Huyendo de la curatela, que respondía a un concepto tradicional y a una función bien delimitada, se ha visto obligado el Código no sólo a diversificar la tutela, incluyendo dentro de ella situaciones que no implican una verdadera y plena situación tutelar, sino, además, a admitir, al lado de la tutela y con denominaciones diferentes las más variadas instituciones —no siempre bien definidas— de gestión de bienes y suplemento de capacidad para ciertas personas. La doctrina científica suele abogar, con bastante unanimidad, por el restablecimiento de la curaduría, para atender aquellas situaciones, más o menos pasajeras y circunstancias de incapacidad en las que, sin las notas de generalidad y permanencia propias del estado tutelar, haya que suplir ciertos defectos de capacidad para determinados actos o relaciones de la vida civil”.

La trayectoria que han tenido en el Derecho español la tutela y curatela no ha dejado de ser cuanto menos curiosa; han sido muchos los factores e influencias que han originado que no fueran dos instituciones perfectamente definidas. Es más: ha sido mayor el tiempo que han permanecido ambas con la misma identidad. La asimilación de la curatela a la tutela en una sola figura o construcción jurídica es una muestra de habilidad legislativa. Es un paso técnico de cierta importancia. La asimilación de ambas figuras se debe a una modificación esencial en el mundo jurídico español en los albores del siglo XIX. A una importación del norte de los Pirineos de la unificación de la capacidad de obrar en una sola edad y la fijación de ésta hacia los veinte años. Esta edad unificada para la capacidad surge como consecuencia de la Revolución Francesa, al crearse una esfera de derechos para el hombre y el ciudadano y atribuir su ejercicio a una edad determinada de veintiún años. La unicidad de edad para la capacidad se transmite a España y, como inmediata consecuencia corroe la distinción

tradicional entre tutela y curatela, que tampoco mantenía el *Code napoléonico*³²¹.

3.2. Derecho romano

Lete del Rio reconoce la existencia de la dualidad tutela y curatela en el Derecho romano³²².

En Roma sólo se alcanzaba la plena capacidad jurídica, adquiriéndose la condición de persona *sui iuris*, a la muerte del *pater familias* o por medio de la emancipación; pero como podía suceder que aún lográndose la plena capacidad jurídica (o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones), no se tuviese la capacidad de obrar o posibilidad de realizar por sí sola la persona *sui iuris* los actos necesarios para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones, surge la necesidad de suplir esta falta del *paterfamilias* y encomendar a otras personas el cuidado del patrimonio de los incapaces de hecho. Esta circunstancia es la que da lugar a la aparición de las dos instituciones; una y otra figura tienen, en principio, sus propias características, pero evolucionaron en las distintas etapas por las que pasó el Derecho romano, llegando prácticamente a identificarse en muchos aspectos³²³.

3.3. Del Derecho romano a las Partidas

³²¹ PESET REIG, M., “Los antecedentes de la unión de la tutela y curatela en el Código Civil español”, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, nº 483, 1971, p. 300.

³²² LETE DEL RIO, J. M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales IV*, Dir. Prof. Albaladejo, 2ª ed., Madrid, 1985, p.168.

³²³ LETE DEL RIO, J. M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales IV*, *op. cit.*, p. 425.

Desaparecido el sistema romano caracterizado por la dualidad tutela y curatela, fue sustituido por una institución tutelar de inspiración germánica, ya que fue éste el sistema que informó nuestro Derecho gótico o nacional, que apareció reflejado en los Fueros Municipales, Fuero Viejo y Fuero Real. Sus rasgos característicos fueron³²⁴:

1º La existencia de una sola institución de guarda o tutela. No admitiéndose más guardaduría que la tutela legítima.

2º El desempeño del ejercicio activo de la tutela por parte de los parientes más próximos de forma conjunta, admitiéndose posteriormente la delegación en uno de ellos, si bien sin dejar de tener la familia un cierto poder de intervención.

3º Desconocimiento de la tutela testamentaria.

En las Siete Partidas de Alfonso X la diferencia entre la curatela y tutela estaba reducida en las Partidas al hecho de que la primera proveía a la defensa y guarda de los varones de catorce años, de las hembras mayores de doce y de los dementes, mentecatos, pródigos, mudos, sordos y desmemoriados, habiéndola extendido después los jurisconsultos a todas las personas que por perpetua enfermedad no podían atender a la administración y guarda de sus bienes. La Partida sexta contiene los principios básicos de la institución tutelar:

1º Tutela unipersonal, aunque excepcionalmente se admitiese la pluralidad de tutores cuando había varios parientes en el mismo grado de parentesco.

³²⁴ MARTÍNEZ DE MORETÍN LLAMAS, M^a L., “De la Cura furiosi en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual. (A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. LVIII, abril 2004, p. 802.

2º Distinción entre tutela y curatela. Ambas instituciones se daban para la persona y los bienes del pupilo menor o incapacitado, pues para ambos fines, guarda personal y patrimonial, se constituían.

3º Reconocimiento de tres clases de tutela: testamentaria, legítima y dativa.

La cura se encuadra dentro de aquellos institutos que tienen una función de asistencia y protección de las personas físicas incapaces. Pero no fue ésta su función originaria, ya que el instituto sufrió una transformación histórica análoga a la tutela³²⁵.

Los posibles criterios diferenciadores entre tutela y curatela, se basan en los siguientes puntos: en la persona sometida, en la distinción *autoritas-potestas*, en la función tuitiva o administrativa, en el aforismo «tutor para la persona y curador para las cosas», y en la forma de delación³²⁶.

3.4. La curatela en la codificación española: Los proyectos de 1821 y el proyecto de 1851

La curatela subsistió en España a través de todos los cuerpos legales posteriores a la Partidas, hasta la publicación de las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1881 y de 1885 que establecieron las últimas reglas del Derecho anterior al Código Civil para el nombramiento de

³²⁵ DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Instituciones de Derecho Privado*, Ed. Tirant lo Blanch, 2009, p. 475.

³²⁶ LETE DEL RIO, J. M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales IV*, *op. cit.*, p.168.

curadores, modificando y completando la doctrina contenida en las Partidas³²⁷.

A partir de 1808 se origina en España el clima indispensable para que la codificación pudiera comenzarse. Códigos y Constituciones son las nuevas formas jurídicas que provienen de las ideas revolucionarias francesas, del liberalismo, en suma. El Proyecto de código Civil de 1821, tiene una marcada influencia francesa, y en algunos extremos se conserva el derecho anterior, lo que da cierta inconsecuencia al sistema. Se mantuvo la dualidad tutela curatela³²⁸.

La curaduría es el encargo de proteger y cuidar los bienes, y aún las personas en su caso, de los mayores de veinte años huérfanos y de los mayores de veinticinco libres de la potestad patria, cuando unos y otros se hayan incapacitado de administrar sus cosas por algún impedimento físico o moral³²⁹:

El proyecto de 1851 significó la imposición de la influencia francesa, a pesar de que se sigue conservando la tutela y la curatela. La tutela para los menores de veinte años y para los incapacitados, la curatela. Para la guarda de los huérfanos menores no se conoce más institución que la tutela, que será ejercida por el tutor bajo vigilancia del protutor y del consejo de Familia en los casos y en la forma que se determinan y dura por lo tanto hasta los veinte años. La tutela puede ser testamentaria,

³²⁷ Mouton y Ocampo, en Martínez de Moretín, *op. cit.*, p. 805.

³²⁸ PESET REIG, M., “Los antecedentes de la unión de la tutela y curatela en el Código Civil español”, *op. cit.*, p. 319.

³²⁹ Proyecto del Código Civil de 1821, Capítulo II, art. 394, De la curaduría. Regula la tutela y curatela en los artículos 429 al 540. “Art 437. Llamase curaduría el cargo de defender y cuidar los bienes y la personas de los huérfanos de ambos sexos mayores de catorce años hasta los veinticinco, o de los que hallándose en la mayor edad tuvieron imposibilidad física o moral de administrar sus bienes y defender personalmente sus derechos. Art 429. Todo menor soltero o que no haya sido emancipado, ni esté bajo la patria potestad, deberá tener tutor o curador hasta que cumpla veinticinco años”. LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación Española IV*, Codificación Civil. VII, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970.

legítima y dativa. Se desconoce la curaduría *ad bona*, y solo se sanciona la ejemplar, que se otorga al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes³³⁰.

García Goyena mantiene que la razón o fundamento jurídico es doble: el Derecho patrio y el ejemplo de las nuevas codificaciones, al suprimir la curatela de menores autorizaría a prescindir de la distinción; pero el proyecto en lugar de unificar la terminología, como el Código francés o el español actual, prefiere —y no es tan desacertado como podría creerse— mantener la denominación de curaduría para los órganos de protección de incapacitados³³¹.

3.5. El Código Civil de 1889

El Código Civil de 1889 prescinde de la figura de la curatela y, salvo la referencia incidental contenida en el artículo 1764, únicamente se refiere a ella en las disposiciones transitorias³³².

En cuanto a la guarda de menores e incapacitados, suprime la curatela y unifica la institución para todos los casos, edades y circunstancias, bajo el nombre de tutela. Lete DEL Rio, afirma que «la unidad de guarda fue meramente teórica, el legislador del Código Civil no consiguió acabar más que nominalmente con la antigua distinción de tutela y curatela.

Basta observar cómo el artículo 199 derogado, con la frase “guarda de la persona y bienes o solamente de los bienes”, reconocía una

³³⁰ SÁNCHEZ ROMÁN, F., *La Codificación Civil en España. Antes y después de la promulgación del Código Civil*, Madrid, 1890, p. 30.

³³¹ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias*, *op. cit.*, p. 327.

³³² Normas de Derecho Transitorio, 7ª, 8ª, 9ª y 10ª del Código Civil de 1889.

variedad de incapacidades y aludía a un doble fin, distinguiendo dos situaciones de las que se denominaba tutela plena; pero es que, además, el Código admitía otra tutela, denominada restringida por la doctrina, que se contraía a actos aislados y no requería constitución de todo organismo tutelar (en realidad curatela)³³³.

La jurisprudencia se ha manifestado en el mismo sentido que, aunque la dualidad, tutela y curatela que se da en el Derecho romano y en nuestro Derecho histórico, desaparece de nuestro Código Civil, que, inspirado en el francés refunde las instituciones pupilares bajo un solo nombre de tutela, subsiste una gran variedad de matices dentro de ella, pues mientras en unos casos se encamina fundamentalmente a la guarda de la persona y bienes (menores, locos y sordomudos), en otros se instituye para la administración de los bienes (la de los sujetos a interdicción, art. 229, la de los pródigos, art. 221) y en otros muchos sólo se suple la capacidad para actos muy concretos y determinados; la del marido menor de dieciocho años, art. 59 del CC, la del ausente, arts. 184 y 189, la de administración del peculio donado al menor, art. 162, la del llamado defensor para el caso de derechos contrapuestos entre padres e hijos, art. 165, la del menor emancipado, art. 317, etc., lo que quiere decir que la unificación ha sido más formal que real, pues, aunque desaparece el nombre de curatela, sólo incidentalmente mencionado en el art. 1764, se provee bajo el nombre unificado a las múltiples necesidades a que aquella institución respondía, así como también se pone de relieve que, aunque se consagra el principio de tutela familiar, es constante y destacada la intervención judicial dentro de la organización tutelar pudiendo decirse que en los procesos sobre declaración de incapacidad mental predomina un interés público, cual es, el de evitar,

³³³ LETE DEL RIO, J. M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales IV*, op. cit., p. 433.

por una parte, que seres incapaces puedan ser dueños de sus actos, así como que seres capaces puedan ser limitados en sus posibilidades de actuar libremente y por ello la actuación del Juez goza de mayor amplitud de la que tiene en los demás procedimientos civiles, tanto para llegar a la obtención de la verdad material, como para acompasar la extensión del organismo supletorio a las necesidades del incapacitado, ya se trate de los casos previstos por la Ley como de aquellos otros que no lo han sido, en este sentido ha llegado a decir la Sentencia de este Tribunal de 17 junio 1943 (*ry* 1943\725), repitiendo lo que ya dijo la más antigua de 7 diciembre 1901, que a la Autoridad Judicial incluso para las tutelas ya constituidas, “compete adoptar aquellas resoluciones que estime necesarias en cada caso para defender los intereses del menor o incapaz, según terminante disposición del art. 292 del citado Cuerpo Legal”³³⁴

3.6. La curatela en la Ley de 24 de octubre de 1983

Al margen de las críticas que se han podido hacer a la reforma de 1983, ha habido aciertos esenciales, como es la introducción de la curatela lo que ha supuesto una pluralidad en los mecanismos de guarda en el Derecho Español.

García Cantero cree que hay un parentesco evidente con la curatela regulada en las Partidas, si bien no coinciden los límites de edad, más amplios en el texto histórico, y alguna coincidencia en el Derecho francés anterior; con todo piensa que nuestro legislador ha tratado de recrear la institución con perfiles propios lo que obliga a un mayor esfuerzo doctrinal reconstructivo del intérprete otorgando mayor futuro a

³³⁴ T.S., Sentencia de 4 febrero 1968, (RJ 1968\733).

la curatela de los incapacitados, que representa un dúctil instrumento que ofrece al legislador para acomodar la protección de los deficientes a la concreta situación existencial de los mismos³³⁵.

El no haber delimitado bien las funciones entre tutela y curatela a pesar de establecer los casos en que se producía una y otra no por ello desmerece su contenido; es más creo que es una institución que merece un reconocimiento pleno en nuestro Derecho. Quizá ha sido su bagaje histórico lo que ha pesado en su reducida atención por parte de todos. A pesar de que la Ley esté exenta de una exposición de motivos que reflejara cuál era su significado, a juicio de Díez Picazo lo que se trató de hacer en 1983 fue suprimir las más señaladas rigideces del Derecho anterior. Se buscó, además, una cierta dosis de diversificación de los sistemas tutelares, de manera que si se puede, hay que hacer el traje a la medida en lugar del *prêt a porter* fabricado para todos³³⁶. No se ha puesto de manifiesto suficientemente que la mencionada reforma se hizo ya dentro de un marco constitucional, no sólo con los principios del art. 49 CE, instrumentos internacionales sobre reconocimientos de derechos, sino todos los relativos a los derechos de la persona que se aplican a cada institución y por supuesto también a la curatela.

Tradicionalmente la curatela no conlleva, en sí misma, un sistema de sustitución de la capacidad de obrar de la persona a la que afecta, sino de mera asistencia y apoyo para determinados y concretos actos con trascendencia jurídica susceptibles de no ser adecuadamente comprendidos, en cuanto a su alcance y repercusión, por parte de

³³⁵ GARCÍA CANTERO, G., “Notas sobre la curatela”, *Revista de Derecho Privado*, 1984, p. 802.

³³⁶ Díez PICAZO, L., “Nuevas perspectivas del Derecho de las personas”, en: *Ponencias y conclusiones del Congreso sobre Tutela e Incapacitación*, Ensayo jurídicos, Tomo I, Ed. Civitas, 2011, p. 982.

aquella, siendo de resaltar que quien, en estos casos, concluye y presta el consentimiento para tales actos es la propia persona sometida a curatela, y sin que, por tanto, se produzca para nada el fenómeno de la representación por parte del curador. Aunque esta cuestión no tiene el apoyo en sus inicios.

Son notas características de la curatela las de la proporcionalidad y subsidiariedad, de tal forma que solo habrá de acudir a dicha institución civil para lo que sea indispensable en orden a la plena cobertura de la capacidad jurídica de obrar y siempre y cuando la propia persona discapacitada no sea capaz de realizar el acto jurídico por sí misma; y ello facilita que sea una medida que se adapte a cualquier circunstancia³³⁷.

Las situaciones que han de ser atendidas por la curatela son muy variadas, pero podrían citarse, a título de ejemplo, las de aquellas personas con normalidad mental pero con un déficit físico que les impida celebrar el concreto acto o negocio jurídico que ha de suscribirse, las de las enfermedades psíquicas de carácter cíclico —esquizofrenia, psicosis—, aquellas otras situaciones de discapacidad de menor intensidad —tal podría ser el caso de las personas con inteligencia límite—, aunque habría de pensarse para éstas en otros instrumentos de menor intensidad y permanencia jurídica en las que la asistencia y apoyo queda circunscrita a la esfera patrimonial de la persona afectada y en función de control o vigilancia. Precisamente se han visto en el Derecho histórico las situaciones cambiantes que atendía.

³³⁷ VARELA AUTRÁN, B., “La protección jurídica de las personas con capacidad intelectual límite: Curatela, Guarda de Hecho y otras figuras”, en: *La defensa jurídica de las personas vulnerables*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007, Ed. Civitas, 2008, p. 100.

En realidad la institución de la curatela permite, más que ninguna otra y tal vez por el tipo de situaciones que está llamada a atender, el hacer, como si se diseñara, un verdadero traje a la medida de la concreta situación de discapacidad que está llamada a complementar³³⁸.

En el Código Civil se aplican las mismas reglas de la Tutela a la Curatela, según se desprende del artículo 291 y los artículos 286 y 287 establecen esta institución para completar la capacidad de las personas emancipadas cuyos padres mueren o se incapacitan, a los que obtuvieren el beneficio de la mayoría de edad, a los pródigos y en todas aquellas situaciones en las que la Sentencia de incapacitación estima que es suficiente el nombramiento de curador y no el del tutor³³⁹.

3.7. La curatela y su variada esfera de actuación

La curatela es la institución que goza de mayor aceptación y se considera más adecuada para la protección de la persona. Se mantiene en gran número de proyectos y borradores para la reforma el Derecho español, pero por otra parte se cuestiona que pueda servir en un sistema moderno y sobre todo compatible con los derechos de las personas.

Se puede considerar su función de dos maneras: como una medida de apoyo que deberá conservarse en un futuro con los reajustes

³³⁸ En este sentido, es de mencionar que ya la antigua Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947 estableció el criterio de que las instituciones protectoras de las personas que lo necesiten han de ser adecuadas a las situaciones contempladas en cada caso sin incurrir en exceso ni en defecto. Y, más recientemente, es digna de mención la Sentencia de 16 de marzo de 2001, que somete a curatela a una persona considerada como “querulante” que se dedicaba, incontroladamente, al planteamiento de pleitos.

³³⁹ VARELA AUTRÁN, B., “La protección jurídica de las personas con capacidad intelectual límite: Curatela, Guarda de Hecho y otras figuras”, *op. cit.*, p. 101.

pertinentes; o como una medida que habrá que propiciar en este periodo intermedio hasta que tenga lugar la nueva normativa, si bien algunos sectores entienden que después debe eliminarse por no ser acorde con la Convención. Sin embargo mi propósito no es entrar en este debate, sino como adelanté anteriormente es acercarme a la medida pero analizando la visión histórica de la curatela.

La curatela, entendida actualmente como modelo de apoyo y asistencia, es además la que con mayor eficacia preserva el principio del mejor interés de la persona con discapacidad; se configura como el mecanismo de nuestro Derecho interno que está más en consonancia con el propósito de la Convención y al que se deberá acudir como regla general a la hora de articular medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar³⁴⁰. Esto implica concebir la curatela como un mecanismo graduable y abierto en función de las necesidades de la persona con discapacidad y de las circunstancias concretas en las que requiera apoyo en la toma de decisiones³⁴¹.

No han faltado durante el tiempo que lleva en vigor la curatela, resoluciones judiciales de gran utilidad que han servido para configurar la medida, que por el momento es la que mejor ha servido a los intereses de la persona. Sirva como ejemplo, entre otras, la que considera a la curatela “como la institución intermedia que la reforma del Código Civil, vino en cierto sentido a resucitar y rescatar”, consecuencia de que “los

³⁴⁰ GANZZANMÜLLER ROIG, C., “La efectiva aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus efectos en el derecho interno”, en: *Conclusiones de las jornadas de fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas*, Madrid, 19 y 20 de octubre de 2009.

³⁴¹ El impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, p. 18, disponible en : http://www.tiempodelosderechos.es/docs/informe_huri-age1.pdf

procesos sobre incapacitación imponen un especial tratamiento y exigen una concentrada y directa atención de los juzgadores, ya que el objeto de los mismos no son las cosas ni las controversias derivadas de las relaciones jurídicas, sino la persona misma y mediante dichos trámites procesales se declara si se les reconoce o priva de la capacidad jurídica de obrar, que es aptitud innata para ser sujeto de derechos y obligaciones, determinada por el nacimiento (art. 29 del Código Civil) e inherente a la condición de ciudadanos que desarrollan su actividad vital en una comunidad organizada, por ser consustancial a su dignidad y proyectar el ejercicio y libre desarrollo de cada personalidad, conforme al art. 10 de la Constitución”³⁴².

De ahí que a la curatela se llegue «por el reconocimiento de la dignidad de la persona. A la vez el verdadero protagonista-objeto de esta clase de procesos es el presunto incapaz, que debe de estar ayudado tuitivamente en la forma más conveniente y útil para que, como persona bien representada (tutela), bien asistida (2030 curatela), pueda desenvolverse en sociedad y desarrollar su propia personalidad. Así, el cauce casacional no ha de entenderse petrificado y rígido, sino que debe abrirse con la flexibilidad necesaria para acoger y dar solución en Justicia a estas situaciones, ya que éste es el sentido del art. 287 del Código Civil, reconociendo para ello que «aún habiéndose acreditado la afección de trastorno mental medio, que sufre la recurrente, no la impide gobernarse por sí misma y administrar sus bienes», «dispone de capacidad para el manejo de su persona y reúne condiciones para

³⁴² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 31 diciembre de 1991, RJ 1991\9483, Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagomez Rodil, Recurso 2672/1989: “La incapacitación que como estado y situación que puede afectar a doña Ana María p. E. no ha de ser reputada con plenitud de efectos, es decir como incapacidad total, sino más bien como de tipo medio o atenuada que impone la necesidad de que la defectuosa personalidad de dicha recurrente en razón al retraso mental discreto que padece y consiguiente graduación de discernimiento se complemente, integre y asista sin necesidad de recurrir a la tutela mediante la institución intermedia de la curatela”.

ejercitar sus funciones maternas, al estar presentes en la misma trastornos del comportamiento, éstos actúan en la línea de la impredecibilidad de actuaciones y conductas, que por impulsividad y escasa ponderación determinan el desajuste social que presenta y dificultan el funcionamiento como progenitora responsable»³⁴³. Esta Sentencia, que fue puntera y muy avanzada y acorde con la reforma que la introdujo, ha sido citada con frecuencia para explicar la verdadera naturaleza de la curatela, pero no ha sido seguida en la práctica por otras resoluciones con la misma rigurosidad y significado³⁴⁴.

La curatela no ha sido una institución desarrollada adecuadamente por el legislador véase que no existe ningún artículo dedicado a sus funciones, ha quedado siempre como una figura residual respecto a la tutela, a pesar de la importancia con que el legislador la introdujo en el Código Civil. García Cantero invocaba en los primeros años de la curatela que había que «tomarse en serio» el nuevo sistema tutelar y la curatela no es una institución menor aún cuando ninguna norma legal indica el procedimiento para que el curador preste sus asistencia³⁴⁵. Pero como ya se ha dicho anteriormente, la mayoría de los problemas que se ha planteado en las sentencias de incapacitación no ha

³⁴³ Informe pericial del Médico forense, como el de los tres especialistas designados por el juzgado; vid. la Sentencia de 31 diciembre de 1991, RJ 1991\9483, Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, Recurso núm. 2672/1989.

³⁴⁴ El Tribunal Supremo declara la incapacitación de la recurrente graduada y atemperada al quedar sometida a la asistencia del curador, que será nombrado para todos los actos de enajenación, gravamen y disposición general de sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos o valores mobiliarios, así como para disponer a título gratuito de los mismos, renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en los que estuviera interesada, realizar particiones de herencia o divisiones de cosa en común (las que una vez efectuadas necesitarán además aprobación judicial), así como para entablar cualquier clase de acciones civiles y otorgar autorizaciones de adopción y similares de cualquiera de sus hijos habidos o los que pueda tener en el futuro y mientras persista esta situación, procediéndose a practicar en el Registro Civil la anotación correspondiente Fundamento jurídico primero de la Sentencia de 31 diciembre de 1991, RJ 1991\9483, Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil, Recurso 2672/1989.

³⁴⁵ GARCÍA CANTERO, G., “Notas sobre la curatela”, *op. cit.*, p. 799.

sido por las competencias entre curador y tutor, sino por la falta de graduación en la práctica de la capacidad del incapacitado y por haber recurrido en demasía a la tutela.

En mi opinión la evolución que ha experimentado el Derecho español, en materia de capacidad con independencia de las reformas legislativas de los últimos años, ha sido sobre todo a través de la curatela, cuyo contenido es cada vez más preciso. Sanchez Gargallo establece como principios dentro de la curatela de incapacitados;

- 1) La curatela no conlleva nunca la representación del incapacitado.
- 2) Es un complemento de la capacidad del incapacitado para realizar actos de disposición.
- 3) Supone la administración de los bienes e intereses económicos del incapacitado.
- 4) Conlleva la asistencia personal del incapacitado³⁴⁶.

Ha habido un esfuerzo importante por parte de la jurisprudencia por establecer la curatela separada de la tutela, como dos instituciones distintas aunque relacionadas.

3.8. Asistencia y complemento en interés de la persona

La nota distintiva tradicionalmente entre las figuras de tutela y curatela es que en la primera de ellas el tutor ha de proceder a “suplir” la voluntad de la persona declarada incapaz, en atención a que la Ley le

³⁴⁶ SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y Tutela (Conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*, op. cit., p. 229.

niega capacidad para declararla; en cambio, cuando se trate de curatela, «se reconoce a la persona afectada la capacidad indispensable para manifestar su propia voluntad, pero exigiendo para su validez, además, que vaya acompañada por la del curador nombrado al efecto, de manera que éste, bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, venga a “complementar” la voluntad de la persona declarada incapaz, pero sin sustituirla, siendo, por tanto, manifiestamente evidente que en la situación actual cualquier acto de discernimiento o de disposición patrimonial que realice la declarada incapaz, en su propio interés y beneficio patrimonial, habrá de exigir para su validez y eficacia ser complementado por la voluntad del curador, precisándose, por tanto, la intervención del curador para todos aquellos actos a que se refieren los artículos 271, números 2º, 3º y 4º, y 272, ambos del Código Civil, habida cuenta de que la resolución adoptada en la sentencia impugnada sobre el particular objeto de controversia, no salvaguardaba con la necesaria cobertura los derechos e intereses de la incapacitada, al recoger como función a desempeñar por el curador la de «complementar» total o parcialmente la voluntad de la incapaz, sino simplemente la de “asistencia” y “cooperación” a que la voluntad libre de la persona sujeta a curatela se formara libremente, cuando realmente, en atención a las circunstancias concurrentes y que quedaron expuestas con meridiana claridad en los informes periciales obstantes en las actuaciones, dicha respuesta judicial no serviría para amparar en forma suficiente los intereses patrimoniales de la incapaz, pareciendo lo correcto y ajustado a derecho proceder en la manera solicitada por la parte recurrente. El juez, acuerda declarar a X incapaz para el gobierno y administración de sus bienes, debiendo quedar la misma sujeta a curatela, nombrándose al efecto curador, previos los trámites legales pertinentes, para que en aras

del interés y beneficio de la incapaz, intervenga y le asista en todos los actos de enajenación, gravamen y disposición sobre sus bienes³⁴⁷.

³⁴⁷ A. P. de Málaga (Sección 6ª), Sentencia 1188/2002, de 15 enero, AC 2002\700. En igual sentido conforme 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” y es claro que la proyección que a las funciones del hermano y curador de la codemandada otorga la Sentencia antes mencionada no alcanza a su representación procesal en ninguna de sus facetas... A diferencia del incapaz por enfermedad mental sujeto a tutela, caso en el que el tutor asume «ex lege» su representación (artículo 267 del Código), el curatelado conserva su capacidad de obrar —bien que disminuida o incompleta y, por consiguiente, la capacidad procesal exigida por el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No existen otras limitaciones que las que vengan impuestas por la resolución judicial dictada, la cual, como se ha dicho, no afectan en el presente caso a la aptitud procesal de la interesada. Incluso en el caso —que no es el de autos— de no especificar aquella Sentencia los actos en que resultara precisa la intervención del curador, debería considerarse que «ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial» (artículo 290), por lo que aun con este condicionante seguiría siendo innecesaria la intervención del señor B. S., ya que el tutor requiere la autorización judicial «para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela» (artículo 272.3.º) pero no para contestarla. A modo de conclusión cabe añadir que, contra lo que parece darse por supuesto en el recurso, no existe representación legal alguna en la curatela, sino mera asistencia al sujeto a la misma (en tal sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 31 diciembre 1991 [RJ 1991\9483]). La cuestión es trascendente porque afecta —para negarla— a la propia legitimación del apelante. Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.ª). Sentencia núm. 91/1996 de 19 AC\1996\216 Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Bermúdez rodríguez: «En el mismo sentido el artículo 267 del Código Civil señala que el tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo; sin embargo, como regla general —a salvo de lo que diga en Sentencia—, en la curatela el curador no sustituye al incapaz sino que se concibe como un remedio de menor alcance pues lo que el curador hace es asistir al incapaz completando su capacidad. El objeto de la curatela es «la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la Sentencia que la haya establecido» (art. 289 C civil), siendo los de los artículos 271 y 272 C civil a falta de mención expresa. Es decir, el incapaz sujeto a curatela puede realizar por sí mismo todos aquellos actos para los que no se prevea la presencia del curador que, a falta de otra mención en Sentencia, serán los no incluidos en los artículos 271 y 272. Pero cuando el incapaz sujeto a tutela necesita la autorización judicial, el que se encuentra bajo curatela únicamente precisa la asistencia (art. 289) o intervención (art. 290) del curador y ello porque en otro caso los actos realizados sin esa asistencia o intervención serían anulables (art. 293 C civil); en ningún caso señala que se precise autorización judicial (a salvo lógicamente de lo que se diga en Sentencia, que en este caso concreto sólo prevé autorización judicial para el internamiento forzoso del incapaz). Al conceder el auto recurrido la autorización judicial se está aplicando el régimen previsto para la tutela. Pero —y ello independientemente de la discusión sobre el ámbito que en la Sentencia se concede a la incapacitación—, de la lectura de la Sentencia no se deduce que se exija autorización judicial para actos o contratos como el aquí debatido y tampoco se deriva esa exigencia del Código Civil. Por ello debe revocarse el auto dictado y en su lugar dictar otro señalando que no es necesaria la

Acerca de la polémica que existe en la actualidad en la doctrina sobre el contenido de la curatela, unos niegan de forma absoluta que el curador pueda ser siquiera esporádicamente, representante legal del incapacitado o administrador de su patrimonio, limitándose a complementar la capacidad del sujeto a curatela. QUESADA GONZÁLEZ define la conveniencia de que en ocasiones, excepcionalmente, el curador asuma la representación legal del incapaz, si así la curatela cumple mejor el fin de proteger a la persona sometida a la misma³⁴⁸. GETE ALONSO mantiene que el ámbito de la capacidad del sometido a curatela no es uniforme. La regulación que hace el Código Civil de la curatela establece como común denominador la asistencia del curador (arts. 289 y 290 C.C.), pero ésta no se extiende al mismo tipo de actos en cada caso.

Pueden darse, en la previsión legal, dos situaciones:

1) que la Sentencia, por la razón que fuere, “no hubiere especificado los actos” (art. 290), en cuyo caso el incapacitado requerirá del complemento de capacidad para realizar» los actos en los que los tutores necesitan, según éste Código autorización judicial». Dichos actos son los de los arts. 271 y 272.

autorización judicial para el negocio jurídico que se pretende realizar sino la actuación del incapaz asistido de su curador. Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2.ª). Auto núm. 416/2002 de 4 octubre, JUR\2003\9462: «el curador no sustituye al incapaz: le asiste para completar su capacidad»; Jurisdicción Civil, Recurso núm. 234/2002, Ponente: Ilmo. Sr. D. Ernesto Soguillo Tejerian.

³⁴⁸ QUESADA GONZÁLEZ, M. C.; *La tutela y otras instituciones de protección de la persona (Un estudio de Sentencias, Autos y resoluciones)*, Ed. Atelier, 2004, p. 190. Sentencia de la A. P. de Zaragoza de 3 de noviembre de 1993 (RGD, 1994): se considera que se pueden atribuir facultades de representación al curador de una incapaz, concurriendo determinadas circunstancias. En el supuesto de hecho de esta Sentencia se pretendía el internamiento de la persona sometida a curatela por iniciativa del propio curador, en contra de la voluntad de la incapacitada, previa autorización judicial.

2) Que la Sentencia, expresamente, determine los actos para los que debe contar con la asistencia del curador (art. 289). En cuyo caso, inicialmente, solo podrá considerarse limitada la capacidad de obrar de la persona en relación a los mismos³⁴⁹.

Ya no cabe por tanto hablar con tanta unanimidad, de que “el curador no supe la voluntad de la persona afectada, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y que estén especificados en la sentencia”. Por tanto, su función no es de representación, sino de asistencia y protección, en tanto que presta su apoyo e intervención únicamente en aquellos actos especificados en la sentencia³⁵⁰. Hoy no cabe mantener la resolución con el rigor que se mantuvo cuando se dicto, en aras del beneficio e interés de la persona.

Considero que en la curatela la utilización de términos *complementar, asistencia, cooperación, e intervención*, no son equivalentes, *Están llenos de matices* y hay que aplicar el que mejor responda a las circunstancias de cada caso, lo que le da a la curatela una multiplicidad de funciones.

Es cierto que en la mayoría de los casos se han identificado los términos, complemento y asistencia. Ejemplo de ello lo encontramos en otras resoluciones judiciales: «Doña L. no es plenamente capaz de obrar y precisa de una institución protectora que asegure la asistencia a la misma para la realización de actos predeterminados. Se trata de una función tuitiva cuyo ejercicio no es renunciable salvo cuando concurra

³⁴⁹ GETE ALONSO Y CALER, M. C., “Incapacitación. Sistemas de guarda: tutela, curatela. Capacidad de discernimiento”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 28, 1992, p. 189.

³⁵⁰ Instrucción del Ministerio Fiscal 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.

causa legal de excusa. No es retribuido, a diferencia de la tutela, pero si habrá lugar a indemnización cuando en su ejercicio, el curador sufra daños y perjuicios sin culpa. En el caso que nos ocupa la sentencia de incapacitación coloca bajo esta forma de protección en atención al grado de discernimiento de Doña L. de manera que en la resolución judicial se aplica esta forma de protección a la incapacitada en atención a sus características específicas y ello dentro de la evidente flexibilidad que permite la norma acorde con los diversos supuestos que pueden presentarse, sin imponer una rígida disyuntiva entre capacidad e incapacitación. En estos casos la asistencia del curador será necesaria para aquéllos actos establecidos expresamente en la sentencia... La naturaleza jurídica de esta asistencia viene determinada por la dualidad del consentimiento: *el del incapacitado y el del curador, que han de concurrir* para que sea válido el acto, otorgando protección específica la Juzgadora al disponer la solicitud de los curadores de autorización judicial para los supuestos en que debe prestar asistencia al incapaz parcial, lo que en esencial aplicación del *artículo 271, del Código Civil*, en consonancia con lo que establece el *artículo 290* del mismo texto legal, los actos en que los curadores han de solicitar autorización judicial son aquéllos a los que se refiere el *artículo 271 del Código Civil*, y concernientes a los casos en que el tutor necesita autorización judicial³⁵¹.

No cabe duda de que el significado del término complementar no es pacífico. Así, en alguna interesante resolución se afirma que "...el pródigo queda sujeto a la curatela (disposición transitoria citada y artículo 286.3º, Código Civil vigente) y no es un incapacitado total (como el que contempla el artículo 222, núm. 2 del Código Civil) sino que queda restringida su capacidad, como incapacitado parcial, en el

³⁵¹ A. P. de Madrid (Sección 22), Sentencia 73/2011, Ponente Excm. Sra. D^a Carmen Neira Vázquez, CDJ.

sentido en que precisa *el complemento de capacidad* («asistencia», «intervención», «consentimiento» según terminología del código) *que le otorga el curador*]: *la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los pródigos no puedan realizar por sí solos* (tal como dice el art. 288 Código Civil) y tales actos son los que haya determinado la Sentencia (añade el artículo 298)³⁵².

Otras veces se detallan con minuciosidad los actos a realizar por el curador con la autorización judicial³⁵³. Es más frecuente que el juez establezca de forma detallada los actos en los que se requiere la asistencia del curador y evitar las interpretaciones de tiempos pasados.

1. para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

2. Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.

3. Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.

³⁵² T.S. (Sala de lo Civil), de 23 de diciembre de 1997, Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'callaghan Muñoz. La Sentencia declarando la prodigalidad, como antes se ha transcrito, declara expresamente que le incapacita para disponer de sus bienes. Añade que precisa la autorización previa del consejo de familia, y desaparecido éste, y aplicando la disposición transitoria segunda de la Ley de 1983 de que se ha hecho transcripción, actualmente es el curador: así, la Sentencia determinó los actos que el pródigo no podía realizar por sí solo y que hoy precisan para su validez el complemento de capacidad del curador, según los citados artículos 288 y 298; entre ellos se cuenta la donación a que se refiere el proceso.

³⁵³ A.P. de La Coruña, Sentencia 206/2010, de 2 de junio, sobre incapacitación, declaración con régimen de curatela y medidas de control, declaración como parcialmente incapaz al actor para gobernar sus bienes por patología psiquiátrica de carácter irreversible y establece una limitación en cuanto a su capacidad patrimonial y negociar.

4. Para hacer gastos extraordinarios en los bienes. Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.

5. Para dar y tomar dinero a préstamo.

6. Para disponer a título gratuito de bienes o derecho del tutelado.

7. Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.

El avance logrado por jueces y tribunales en la delimitación de los dos ámbitos, personal y patrimonial quedaría minimizado si no se pusiera de relieve que dentro de éste último existen actos de administración y de disposición³⁵⁴: incapacidad en todo lo relativo a los actos extraordinarios de administración, y en aquellos otros de disposición de patrimonio y bienes, así como en lo relativo al cuidado de la persona que exceda de lo cotidiano.

Otra novedad de gran alcance es que se generaliza y es cada vez más habitual que la curatela no solo sea una medida para el ámbito patrimonial, sino también para el personal³⁵⁵. A este respecto se ha dicho judicialmente que "...deberá quedar sometido a *curatela* de conformidad con lo dispuesto en el *Art. 237.c) del Código de Familia de Catalunya* y es en esta línea de mantener su autonomía al mismo tiempo que se lleva a cabo un control, línea difícil a veces de separar, y que es en la que

³⁵⁴ Véase: A. P. Madrid (Sección 24ª), Sentencia 898/2009 de 23 septiembre, AC\2009\2096.

³⁵⁵ Al respecto de las cuestiones de incapacitación parcial, trastorno de la personalidad paranoide, constitución de una curatela para cuidado personal sin ampliarla a la esfera patrimonial, véanse: A.P. de Barcelona (Sección 18.ª), Sentencia 481/2004 de 21 junio, AC\2004\1370. Sobre la incapacitación y su improcedencia y el trastorno de la personalidad como consecuencia de enfermedad psiquiátrica que afecta a la capacidad volitiva y de autogobierno, con aportación de informe médico acreditativo del carácter asintomático de la enfermedad al estar siguiendo la paciente tratamiento farmacológico y sometimiento a curatela a fin de asegurar el seguimiento del tratamiento, vid. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10.ª), Sentencia 533/2007, de 26 julio.

deberá continuarse intentando respetar aquellos ámbitos que el mismo pueda realizar por sí solo y controlar exclusivamente aquellos ámbitos que no pueda realizar sin el auxilio o control de la misma. Y ello en atención, a que de lo manifestado por su familia, el tener esta independencia, que ha venido teniendo bajo control o vigilada a distancia, no ha hecho más que reportarle beneficios. Declarando la incapacidad parcial de D. Felipe en el ámbito personal, en el aspecto del control médico y de tratamiento que el mismo necesite en el aspecto de su salud física y psíquica, y en el control y gestión de sus ingresos y patrimonio en todas aquellas actuaciones que excedan de la administración ordinaria del mismo, acordando el nombramiento de curador que deberá recaer en la persona de su madre debiendo sujetarse en cualquier caso en el ejercicio de dicho cargo a lo dispuesto en el *art. 242 y concordantes del CF*³⁵⁶.

La última Propuesta del Ministerio de Justicia de la legislatura 2008-2011 abarcaba los dos ámbitos³⁵⁷.

Íntimamente relacionada con lo anterior, a la curatela se le asignan otras funciones no menos importantes como la relacionada con su bienestar; se le asigna al incapacitado un curador para evitar el contacto entre él y sus familiares y para que lleve un tratamiento médico vigilado, “se trata y se somete al incapacitado a un régimen de curatela, fórmula que se estima apropiada en atención a su grado de discernimiento, siendo la misión fundamental del *curador la de evitar el*

³⁵⁶ A.P. de Girona (Sección 1ª), Sentencia 128/2011, Ponente Excm. Sra. Isabel Soler Navarro.

³⁵⁷ Artículos 289 y 290 del Código Civil según el Documento de trabajo elaborado por el Ministerio 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: “La Sentencia judicial que acuerde la curatela ha de precisar los actos, de naturaleza personal o patrimonial, en que es necesaria la intervención del curador”.

contacto entre el incapacitado y sus familiares, y llevar una vigilancia terapéutica del mismo”³⁵⁸.

3.9. La curatela y Convención de la ONU de protección de las personas con discapacidad

El esfuerzo de la jurisprudencia por adaptarse CDPD³⁵⁹ ha seguido el de los distintos órganos del Estado, entre ellos el de la Fiscalía General del Estado que ha puesto de manifiesto que la curatela es la institución más acorde con el sistema de apoyo y asistencia en la toma de decisiones de las personas con discapacidad³⁶⁰.

Entre otras características de la Instrucción de acuerdo con la curatela se destaca:

1) la curatela interpretada a la luz de la Convención, adaptada al principio del superior interés de las personas con discapacidad, constituye el instrumento actual más idóneo para dotar del apoyo y asistencia precisa para complementar las necesidades de aquéllas.

2) La curatela ofrece al juez un mecanismo eficaz para determinar las medidas de apoyo que permitan a las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica. Esta institución está constituida por un marco graduable y abierto de posibilidades, en función de las necesidades y

³⁵⁸ A.P. de Teruel (Sección 1ª), Sentencia 46/2011, Ponente Excmo. Sr. D. Fermín Francisco Hernández Gironella, Cendoj 44216370012011100067. Se le atribuyen aquellas facultades que sean necesarias en orden al control y seguimiento por el incapaz del tratamiento que éste pueda seguir en relación a su dolencia.

³⁵⁹ A.P. de Asturias (Sección 5ª), Sentencia 403/2010 de 29 noviembre AC\2010\2378, que confirma en todos sus términos la del Juzgado de Primera Instancia.

³⁶⁰ Instrucción 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.

circunstancias precisas para la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta.

3) El curador no supe la voluntad de la persona afectada, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y que estén especificados en la Sentencia, por lo que su función no es de representación, sino de asistencia y protección, en tanto que presta su apoyo e intervención únicamente en aquellos actos especificados en la Sentencia.

Así, la A. P. de Zaragoza³⁶¹ estima la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal y declara la incapacidad parcial de la demandada,

³⁶¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 427/2010, de 29 de junio: “Se nombre como tutora a la Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales de la Diputación General de Aragón. Practicadas en esta instancia las preceptivas pruebas que señala el art. 759 L.E.C. del examen de la demandada por este Tribunal y como señala el informe médico forense, la recurrente padece un trastorno esquizotípico y accedentes cerebro vascular, las capacidades adaptativas, y como señala el informe médico forense, la recurrente padece un trastorno esquizotípico y accedentes cerebrovascular, las capacidades adaptativas son las siguientes: G.D.S. Escala de deterioro de Reisberg: grado 3: Defecto cognitivo leve; Autocuidado: requiere ayuda en algunas actividades cotidianas no primarias, autodirección: discapacidad limitada a actos patrimoniales complejos, comunicación: discapacidad intermitente para comprender y expresar información a través de conductas simbólicas o no, Habilidades sociales: ocasionalmente presenta comportamientos sociales inadecuados, Salud y seguridad: discapacidad extensa de mantener su propio bienestar (dietas, sexualidad, seguridad básica), Trabajo: discapacidad completa para realizar un trabajo, relaciones con compañeros y manejo de dinero, Interacción con la comunidad: escaso uso de los recursos de la comunidad (viajes, compras, transporte público, servicios públicos), Vida doméstica: discapacidad extensa para el funcionamiento diario dentro de la casa: mantenimiento, cuidado, organización; y como conclusiones señala el informe que Marina, presenta un diagnóstico compatible con Trastorno esquizotípico y Accidente cerebro vascular, que padece asociado a las anteriores nefropatía crónica y adenopatía cervical en estudio etiológico, que se encuentra parcialmente anulada la capacidad de autogobierno de sus bienes y su persona, que requiere ayuda y asistencia en tareas complejas, en el seguimiento y control de sus enfermedades físicas (graves) y psíquicas que le obligan a tratamientos asistenciales constantes, que su capacidad económica se ve limitada para actos económicos complejos puede conocer y entender los gastos corrientes de diario, pero limitar su capacidad de endeudamiento. Por lo expuesto ha de indicarse que estamos ante una incapacidad de tipo media o atenuada, que supone la necesidad de que los defectos cognitivos que padece y las medidas de control asistencial necesario se

quien precisará la asistencia de tutor para los actos personales y patrimoniales, así como los de administración que excedan de los gastos de la vida cotidiana (exceptuando la disposición de pequeñas sumas dinerarias para atender a sus pequeñas necesidades, como transporte, ocio), fijándose de modo especial el seguimiento y estricto control de asistencia médica, toma de medicamentos y adopción de cuantos tratamientos terapéuticos adecuados precise para la estabilidad y mejora de su enfermedad mental.

El gobierno aprobó el Informe de adaptación de legislación a la Convención a la vez que establecía la filosofía de la reforma al decir: las modificaciones a introducir en los Títulos IX y X del Libro Primero de Código Civil, además de profundizar en el sistema de graduación de la capacidad iniciado con la Ley 13/1983, han de incidir en la exigencia de proporcionalidad y adecuación de las medidas de apoyo a las circunstancias individuales de la persona con capacidad modificada para proteger sus intereses concretos. Proporcionalidad y adaptación que

complementen, sin necesidad de acudir a la tutela mediante la institución intermedia de la curatela, la cual no suprime la voluntad de la afectada, sino reforzándola, encauzándola y controlándola para completar su leve deficiencia en su capacidad, siendo su función la de asistencia y protección especialmente en aquellos actos que haya que realizar la demandada. En cuanto a los actos en que necesita asistencia la demandada, respecto a los patrimoniales, se precisa asistencia en todo acto patrimonial complejo (números 2 a 10 del art. 271 del Código Civil), respecto a los gastos de administración no necesita asistencia, para los derivados de la vida cotidiana, necesiéndola para aquellos que superen los 400 euros mensuales. En cuanto a los actos necesarios requiere asistencia para el requerimiento y control de sus enfermedades físicas y psíquicas así como los tratamientos terapéuticos que procedan en razón a las mismas». En el mismo sentido, vid. la A.P. de Navarra (Sección 2ª), Sentencia núm. 25/2010, de 11 marzo: «En cuanto al contenido y alcance de la incapacitación, manteniéndose el sistema de vida de Doña Antonieta, que en la actualidad está observando mediante ingreso en un centro de régimen estructurado. El mismo habrá de desenvolverse de modo que puedan desarrollarse y fomentarse las habilidades funcionales que tal y como detallamos en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución, Doña Antonieta, conserva en las áreas de vida independiente, — actividades básicas de la vida diaria—. En el área económico-administrativa (manejo de dinero de bolsillo, con las finalidades expresadas en nuestra Sentencia). Y en el área del transporte, concretamente en la utilización, dentro del marco que delimitamos, — también en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución—, por sí sola del transporte público».

deberán reflejarse en la extensión e intensidad del contenido de la medida y en su duración.

La referencia concreta a estos elementos tiene implicaciones prácticas en la ley procesal en cuanto obliga al juez a pronunciarse sobre los mismos en la sentencia judicial que modifique la capacidad de obrar. Con la finalidad de mejor garantizar el respeto de la dignidad inherente y la autonomía individual, también deberán modificarse aquellos preceptos que contienen los principios rectores del desempeño de las funciones de apoyo en la toma de decisiones y de protección de las personas con capacidad de obrar modificada para explicitar el respeto de sus derechos, su voluntad y preferencias y, también, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida. La regulación de las figuras del tutor y curador debe efectuarse en el marco global de “apoyo” previsto en la Convención para asegurar que existan medidas flexibles y adaptables a las necesidades concretas de quien las precisa, con la menor intervención posible en los derechos y la autonomía de aquellas personas que en determinadas circunstancias no pueden valerse por sí mismas. Conviene introducir referencias explícitas a la “persona de apoyo, o de apoyo en la toma de decisiones” para mejor resaltar en todas las figuras de protección y guarda su dimensión potenciadora de las capacidades de quien no puede adoptar determinadas decisiones por sí mismo³⁶². Sin embargo nada de esto se recogió en la Ley aprobada y sólo se limitaba a decir los cambios en las leyes; sobre las novedades en materia de legislación civil y mercantil se remitía al Disposición Adicional 7ª: “El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación

³⁶² Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Consejo de Ministros, 30 de marzo de 2010. Ministerio de Sanidad y Política Social. Presidencia de Gobierno EU.

normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen»³⁶³.

Existen otras propuestas en torno a la figura del curador, como el Anteproyecto³⁶⁴ que introducía la figura del curador temporal que, aún no conociendo su contenido, sí quería poner de manifiesto su aplicación para situaciones transitorias y enfermedades menos graves, al afirmar «que es para personas en que no concurre una causa de modificación de la capacidad pero están imposibilitadas temporalmente por razón de un trastorno físico o psíquico para cuidar de sus propios intereses». En otro borrador anterior no era esta la figura propuesta, y aparecía el denominado «defensor provisional».

Siendo consciente de que el documento mencionado trataba de trazar unas líneas generales de cómo iba ser la futura Ley, no me parece que se quisiera hacer de esta figura del “curador temporal” una de las novedades esenciales de la reforma, aunque se insistió nuevamente en esta figura en otro borrador de la ley al decir. “El juez también podrá

³⁶³ Disposición adicional séptima. Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, (BOE 2-8-2011).

³⁶⁴ Modificación de la LEC, art.762, Documento de trabajo elaborado por el Ministerio 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.

acordar, de manera motivada, la designación de un curador temporal para la realización de algún acto, conjunto de actos de carácter personal o patrimonial, de la persona sobre la que verse el procedimiento si considera que dadas las circunstancias individuales del beneficiario no existen motivos suficientes para la constitución de una curatela indefinida. Así mismo deberá concretar la duración de dicha medida, que no podrá prolongarse más de 18 meses. Transcurrido dicho plazo deberá, previa vista, resolver nuevamente sobre la conveniencia de prolongar esta curatela, establecer con carácter indefinido la medida de apoyo, o dictar resolución expresa que declare extinguida la curatela temporal y deje sin efecto la modificación de la capacidad”³⁶⁵.

En mi opinión, se quería reforzar la medida de la curatela dentro de las medidas de protección y ampliarla para aquellas situaciones de menor gravedad, transitorias a modo de la asistencia del Derecho catalán después de la reforma de su Libro II, de la *sauvegarde du justicie* del Derecho francés, o de la administración de apoyo del Derecho italiano, pero sometiendo la medida a unos plazos a semejanza de lo que ha hecho el legislador francés.

Con independencia de la entrada de nuevas figuras, la Convención considera que su elaboración es una competencia del Derecho interno de cada Estado³⁶⁶ y exige una puesta al día de las figuras tradicionales en cuanto a la guarda y protección de la tutela y la curatela.

El Informe Olivenza³⁶⁷, texto que defiende su permanencia en el sistema español, señala la curatela como una de las medidas que

³⁶⁵ Modificación del art. 760 de la LEC, Borrador de Foro y discapacidad, Julio 2008.

³⁶⁶ Artículo 4 de la Convención.

³⁶⁷ Informe Olivenza 2010, Observatorio Estatal de la Discapacidad. *Las personas con discapacidad en España. Informe Olivenza 2010*, elaborado por el Observatorio Estatal de la Discapacidad con el objetivo de mostrar una visión global de la realidad de las

permiten su adaptación a la Convención. “En la curatela, la intervención del curador no está predeterminada, siendo el juez el que determina en la Sentencia los actos que el incapacitado no puede realizar por sí solo. Es necesario, por ello, que estas Sentencias sean concretas y precisas en su contenido, teniendo siempre en cuenta el interés y las preferencias del incapacitado”³⁶⁸.

3.10. La curatela en el Código Civil de Cataluña

El Código Civil catalán también ha cambiado la orientación sobre la figura. La reforma reciente del Código Civil de Cataluña³⁶⁹ se hace ya conforme a los principios de la Convención.

La curatela se concibe en ese texto como una institución complementaria de la capacidad en que es la persona protegida, la cual actúa por sí misma, y se admite que en supuestos de incapacitación parcial la sentencia pueda conferir facultades de administración al curador, que, si es preciso, puede actuar como representante. Es por ello que se incluye también la obligación de rendir cuentas, propia de toda gestión de negocios ajenos³⁷⁰. Se está ante una medida flexible que a la vez que conserva su perfil tradicional, asume funciones de la tutela,

personas con discapacidad en España y de contribuir a que las medidas administrativas respondan a las necesidades reales de éstas; ha sido presentado en la sede de la Dirección General de Coordinación de Políticas Sectoriales sobre Discapacidad del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, en Madrid.

³⁶⁸ Según la Fiscalía General del Estado, tales procedimientos fueron 39.342 en 2007.

³⁶⁹ Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, BOE de 21 de agosto de 2010.

³⁷⁰ Exposición de Motivos de la Ley. En el mismo sentido véase: GANZENMULLER ROIG., C., “Modificación de la capacidad en el ámbito personal. Aspectos contradictorios entre la tutela, curatela y un sistema de apoyos flexibles”, *op. cit.*, p. 8.

como la representación, quizá para adecuarse en cada momento a la situación del sujeto a proteger.

En su Exposición de Motivos establece los principios que sigue la normativa al decir, La presente ley mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación, pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de ésta, ateniéndose a la constatación que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promoverla. Esta diversidad de regímenes de protección sintoniza con el deber de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, y con los principios de proporcionalidad y de adaptación a las circunstancias de las medidas de protección, tal y como preconiza la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado español. En particular, las referencias del Libro segundo a la incapacitación y a la persona incapacitada deben interpretarse de acuerdo con esta Convención, en el sentido menos restrictivo posible de la autonomía personal»³⁷¹.

³⁷¹ El Capítulo I de este Título sistematiza unas disposiciones comunes a todas las instituciones de protección y las configura como un deber que, bajo el control de la autoridad judicial, debe ejercerse en interés de la persona protegida y de acuerdo con su personalidad, procurando que las decisiones que le afecten respondan a sus anhelos y expectativas: “La curatela. Artículo 223-1. Casos de curatela. Deben ponerse en curatela, si procede, las siguientes personas: a) Los menores de edad emancipados, si los progenitores han muerto o han quedado impedidos para ejercer la asistencia prescrita por la ley, salvo el menor emancipado por matrimonio con una persona plenamente capaz. b) Los incapacitados con relación a los que no se haya considerado adecuada la constitución de la tutela. c) Los pródigos. Artículo 223-2 Constitución. 1. Las personas obligadas a instar a la constitución de la tutela deben solicitar la de la curatela, si procede. 2. La autoridad judicial puede disponer la constitución de la curatela, pese a que se haya solicitado la de la tutela, de acuerdo con las circunstancias de la persona afectada. Artículo 223-3. Preexistencia de tutela. Si ha de constituirse la curatela de un tutelado, debe ejercerla la persona que es tutor o administrador patrimonial, salvo que la autoridad judicial disponga otra cosa. Artículo 223-4. Contenido. 1. El curador no tiene la representación de la persona puesta en curatela y se limita a completar su capacidad, sin perjuicio de lo establecido por el Artículo 223-6. 2. Si el curador rechaza, sin causa justificada, prestar la asistencia en alguno de los actos

Es evidente que la modificación que se ha realizado en el Derecho catalán cambia el sentido tradicional de que la curatela no sólo va a ser una figura con función complementaria de la capacidad, sino que también, en algunos casos tendrá funciones de representación, como dice el texto, por lo que se ha dotado a esta figura de una gran flexibilidad que, quizás, en algunos casos, se pueda contraponer a la tutela, que sigue existiendo.

El Derecho Catalán constituye un primer paso esencial en toda la trayectoria de la necesaria reforma. Desde un punto de vista crítico me parece interesante destacar que la curatela, en ese diseño, puede solaparse con la figura de la asistencia.

que la requieran, la persona puesta en curatela puede solicitar la autorización judicial para actuar sola. 3. La Sentencia que declare la prodigalidad o la incapacidad relativa debe determinar el ámbito en que la persona afectada necesita la asistencia del curador. En cualquier caso, esta asistencia es necesaria para los actos a que se refiere el Artículo 222-43 y para otorgar capítulos matrimoniales. Artículo 223-5. Curatela de los menores emancipados. La curatela de los menores emancipados solo debe constituirse, a instancia de estos, cuando sea precisa la intervención del curador. Artículo 223-6. Curatela de las personas incapacitadas. La Sentencia de incapacitación puede conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de esta para hacer los demás actos de esta naturaleza por ella misma. Artículo 223-7. Conflicto de intereses. Si existe conflicto de intereses entre la persona puesta en curatela y el curador, así como en el caso de imposibilidad, la autoridad judicial debe designar un defensor judicial. Artículo 223-8. Falta de complemento de capacidad. Los actos realizados sin la asistencia del curador, si es necesaria, son anulables a instancia del curador, o de la persona puesta en curatela en el plazo de cuatro años a partir del momento en que sale de la curatela. Artículo 223-9. Extinción. La curatela se extingue por las siguientes causas: a) La mayoría de edad del menor emancipado. b) El matrimonio del menor emancipado con una persona plenamente capaz. c) La adopción de la persona puesta en curatela. d) La resolución judicial que deja sin efecto la declaración de incapacidad, o que la modifica y sustituye la curatela por la tutela. e) El fallecimiento o la declaración de fallecimiento o de ausencia de la persona puesta en curatela. f) La resolución judicial que deja sin efecto la declaración de prodigalidad. Artículo 223-10. Régimen jurídico. Se aplican a la curatela las normas de la tutela en lo que no se opongan al régimen propio de aquella, incluidas las relativas a la rendición de cuentas si el curador tiene atribuidas funciones de administración ordinaria”.

En el Código Civil español, dada la construcción actual de la curatela, no serían excesivas las modificaciones legales a introducir para adaptar nuestra normativa a la Convención.

Bastarían algunas modificaciones, unas de mayor peso que otras: suprimir la referencia a la previa sentencia de incapacitación³⁷²; establecer con claridad su configuración como medida de asistencia y apoyo; configurarla de aplicación para casos o ámbitos concretos, ya sea personales o patrimoniales en los que dicha asistencia se arbitrara como necesidad de autorización previa; asentimiento a la actuación del curatelado o complemento a su capacidad y no como sustitutivo de la misma. En cuanto a la intervención de curatelado en el diseño y configuración de dicha medida, entiendo que debería arbitrarse de un modo análogo al ya reconocido para la tutela mediante la denominada “autotutela” a la que ya he hecho referencia. Bastaría para ello eliminar la referencia que en la actualidad se hace a la previa incapacitación y hacer extensiva la autotutela no sólo a esta, sino a la generalidad de las instituciones tutelativas. Idéntica reflexión debería hacerse con relación al poder preventivo, donde deberían suprimirse iguales limitaciones³⁷³.

La curatela, en teoría, ofrece ya hoy al juez un mecanismo eficaz para determinar las medidas de apoyo que permitan a las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica. Esta institución está constituida por un marco graduable y abierto de posibilidades, en función de las necesidades y circunstancias precisas para la toma de decisiones³⁷⁴. Sin embargo, en la práctica se revela como un instrumento

³⁷² Esta sería una modificación de gran calado.

³⁷³ CABELLO ALBA JURADO, F., *La aplicación práctica de los postulados de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de la personas con discapacidad*, Instituciones Tutelares y la Convención, Jaén, 12 de noviembre de 2010.

³⁷⁴ Instrucción número 3/2010 de la Fiscalía General del Estado sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.

insuficiente para el grueso de los supuestos que dan lugar a un procedimiento judicial de incapacitación, porque aun queriendo ser una figura de gran elasticidad, no puede abarcar todas las situaciones en que puede estar incurso la persona protegida. Cuando existe acuerdo entre el curador y el discapacitado, la curatela supone un modelo atenuado de supervisión; y cuando no existe tal acuerdo, la curatela tiene el mismo carácter restrictivo que algunas posiciones achacan a la tutela, puesto que el derecho de veto que podría ejercer el curador tiene el mismo efecto que el ejercicio pasivo de la representación por parte del tutor³⁷⁵. En suma, lo que se necesita es la regulación clara de *una* figura para las situaciones menos graves, que es lo que realmente falta a efectos de protección jurídica (no debe olvidarse el importante catálogo de medidas de protección social). Considero que sería perjudicial en cualquier Ordenamiento un número excesivo de medidas. Entiendo preferible un catálogo reducido pero bien diseñado de figuras de protección donde la guarda y la seguridad de la persona sean el eje de su guarda y protección con las garantías que exige la Convención.

3.11. La legislación francesa de 5 de marzo de 2007

La nueva regulación francesa es de gran importancia³⁷⁶.

Francia mantuvo en la reforma de su legislación, aún después de la entrada en vigor de la CDPD, la curatela junto a la tutela como dos medidas judiciales de protección al lado de otros sistemas de protección jurídicos y sociales. La vigente Ley sustituyó a la del 3 de enero de

³⁷⁵ MAYOR FERNÁNDEZ, D., “La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2133, julio de 2011, disponible en: (www.mjusticia.es/bmj).

³⁷⁶ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

1968, que establecía tres regímenes protectores del Derecho civil: la salvaguarda de justicia, la tutela y la curatela. Respecto a ésta última GARCÍA CANTERO, citando a CARBONIER, dice que no es un régimen de representación, sino de asistencia, que bajo ciertos aspectos puede representarse como una mini-tutela de los mayores de edad, ya que se establece por causa menos grave, otorga una protección menos enérgica, de donde resulta solo una semiincapacidad del curatelado³⁷⁷. Se aplica a los mayores de edad, por dos causas fundamentales: las perturbaciones mentales y la concurrencia de los vicios de conducta contemplados por la ley (prodigalidad, intemperancia y ociosidad)³⁷⁸.

El texto francés define las dos instituciones: de una parte la curatela se articula en la vigente Ley cuando las personas están necesitadas de ser asistidas y controladas en la vida civil.

De otra parte, la tutela tiene lugar, cuando el estado de salud de estas personas implica que necesitan que sean representadas de manera continua³⁷⁹.

El objetivo principal de la apertura de cualquier medida, “es volver a una plena aplicación de los principios de necesidad, de subsidiariedad y de proporcionalidad presente en la apertura de una medida judicial de protección jurídica”. Actualmente la curatela podrá ser impuesta cuando el mayor por su prodigalidad, su intemperancia o su ociosidad se expone a caer en la necesidad o compromete la ejecución de sus obligaciones

³⁷⁷ GARCÍA CANTERO, G., “Notas sobre la curatela”, *op. cit.*, p. 790.

³⁷⁸ Art 440. La persona quien, sin estar fuera de estado de actuar por sí misma, necesita por algunas de las causas previstas en el art. 425, ser asistida o controlada de una manera continua en los actos importantes de la vida civil puede ser puesta en curatela. La curatela solo se pronuncia si se establece que la salvaguardia de justicia no puede asegurar una protección suficiente. La persona que, por una de las causas previstas en el art. 425 debe ser representada de una manera continua en los actos de la vida civil puede ser puesto en tutela. La tutela solo se pronuncia si queda establecido que ni la salvaguardia de justicia ni la curatela pueden asegurar una protección suficiente.

³⁷⁹ Art 440.3°.

familiares (las medidas de curatela y de tutela deberán ser pronunciadas por un tiempo determinada que no podrá exceder de cinco años (art. 441)³⁸⁰.

La curatela es una medida judicial destinada a proteger la persona y/o sus bienes, cuando ésta no puede velar por sus intereses. El curador le asiste y controla en los actos de la vida civil y se le nombra cuando no haya otra medida suficiente para proteger a la persona. La Ley prevé que el juez igualmente puede, en cualquier momento ordenar una curatela reforzada.

En este caso, el curador recibe sólo los ingresos de la persona protegida en una cuenta abierta al nombre de éste último, y realiza el pago de los gastos de los terceros y deposita el excedente en un cuenta dejada a disposición del interesado o se lo entrega en mano, así mismo el juez puede autorizar al curador que concluya solo un arrendamiento de vivienda o un convenio de alojamiento de la persona protegida³⁸¹. No acaba aquí la función de esta medida, sino que se ve vigorizada por:

a) Subrogado de tutor o de curador; el juez puede, si lo estima necesario y designar un curador subrogado o un tutor subrogado³⁸². Las funciones del curador subrogado o el tutor subrogado son vigilar los actos realizados por el curador o por el tutor en esta cualidad e informar sin demora al juez si constata faltas en el ejercicio de su misión, y asistir y representar, según los casos, a la persona protegida cuando los intereses de ésta están en oposición con los intereses del curador o tutor o cuando uno u otro no pueden darle su asistencia o actuar por su cuenta

³⁸⁰ Arts. 488 y 508-1. Exposición de motivos de la ley. LOI no 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

³⁸¹ Art 472 y arts. 459.2 del Código Civil francés; Loi 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

³⁸² Art. 454 del Código Civil francés, modificado por la Ley de de 5 de marzo de 2007 sobre protección jurídica de mayores.

en razón de las limitaciones de su función. Está informado y será consultado por el curador o el tutor ante cualquier acto grave realizado por éste. El subrogado curador o el subrogado tutor cesan al mismo tiempo que el del curador o tutor. El subrogado curador o el subrogado tutor sin embargo están obligados a la sustitución del curador o tutor en caso de cesación de funciones bajo pena de comprometer su responsabilidad con respecto a la persona protegida.

b) Cabe que en ausencia del curador subrogado o del tutor subrogado, en caso de curador o tutor cuyos intereses estén —con ocasión de un acto o de una serie de actos— en oposición con los de la persona protegida o que no pueda aportarle su asistencia o actuar por su cuenta en razón de las limitaciones de su función, el juez —o el consejo de familia si está constituido—, nombre un curador o un tutor ad hoc³⁸³.

No es momento para analizar las causas del pormenorizado tratamiento legislativo dado por el legislador francés a la tutela y curatela, ni de entrar en los Decretos de desarrollo de la Ley, sobre todo aquéllos que diferencian los actos de disposición y administración³⁸⁴, pero sí cabe reflejar que estamos ante un ejemplo más de la fidelidad a las instituciones tradicionales de guarda y las nuevas figuras reguladas en el mismo texto.

³⁸³ Art. 45 del Código Civil, modificado por la Ley de 5 de marzo de 2007, sobre protección jurídica de mayores

³⁸⁴ Décret n° 2008-1484 du 22/12/2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle.

4. “El reconocimiento de la dignidad en la protección de los derechos al honor y a la propia imagen de la persona con discapacidad”, *Revista Actualidad Civil*, Pendiente de publicación. Aceptada el 8 de marzo de 2016.

4.1. Introducción

Recientemente, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional³⁸⁵ ha dictado la sentencia 208/2013, de 16 de diciembre de 2013, por la que se reconocen los derechos al honor y a la propia imagen de una persona discapaz, no incapacitada judicialmente. Es este un caso más en el que una persona, presumiblemente necesitada de protección, se ve afectada en sus derechos fundamentales y recurre a los tribunales con la pretensión de obtener una reparación. La conclusión inicial que podemos extraer del caso no implica denunciar con carácter absoluto el desamparo en el que se encuentra el colectivo de los discapaces en nuestro Ordenamiento jurídico, porque sería negar la evidencia de una protección que se va abriendo paso poco a poco en nuestro país. Justo es reconocer, sin embargo, que esa tutela que otorgan las normas y los órganos judiciales presenta mayores dificultades que las que aparecen cuando está afectada una persona incapacitada judicialmente y no digamos nada de una persona que pueda gobernarse por sí misma y no experimente merma en su capacidad. Se hace preciso reflexionar sobre el alcance de los actos de aquellos que presentan algún tipo de deficiencia, en principio no incapacitante, para llevar una vida que no necesita realizar grandes transacciones ni operaciones de tráfico jurídico de extraordinaria trascendencia, pero que, como en el presente caso, en ocasiones se encuentran en la tesitura de prestar un consentimiento o

³⁸⁵ STC, *BOE*, nº 15, de 17 de enero de 2014, pp. 1-15. Ponente, Doña Adela Asua Batarrita.

autorizar su participación en un programa televisivo. Cuatro pronunciamientos judiciales sobre el caso ponen en cuestión el alcance del consentimiento prestado por quien siendo incapaz no está incapacitado, y valoran la posible intromisión en sus derechos al honor y a la propia imagen. Equilibrar, por un lado, el respeto por la autonomía de la persona y, por otro, la limitación que deba procurarse en aquellos supuestos dudosos no abonados para poder actuar libremente, es una tarea complicada que requiere atender a la capacidad de la persona y a las distintas circunstancias que le rodean.

El pleito resuelto por el Tribunal Constitucional trae su origen en la demanda sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen interpuesta por don J.H.M., doña M.C.A.J. y el hijo de ambos, don J.C.H.A., ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Arona (Tenerife), contra la entidad Gestevisión Telecinco S. A. y contra don F. J. S. T. y don J. C. P., éstos dos últimos en su calidad de director y de colaborador del programa “Crónicas Marcianas”, respectivamente. Los hechos -que se describen en el apartado 2.a) de los Antecedentes de la sentencia-, nos indican que uno de los actores, don J.C.H.A., es una persona discapacitada, que presenta una discapacidad física y psíquica valorada en el 66%, con pérdida de memoria, mala atención y concentración, mala adaptación a las situaciones sociales, manteniendo una vida social limitada al entorno familiar³⁸⁶; si bien no había sido declarado judicialmente incapacitado. Los otros dos actores eran sus

³⁸⁶ Tal como consta en el Oficio remitido a la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias, se puede constatar claramente, que D. F, de 40 años de edad, padece un minusvalía del 66%, que fue ratificada y explicada por el perito judicial Don Bruno, que elaboró el dictamen solicitado como elemento probatorio. Asimismo, padece una importante patología visual, consistente en estrabismo convergente izquierdo. El propio perito lo describe como una persona huidiza, con facies hiponímicas, ansioso, receloso, suspicaz y con actitud defensiva. Asimismo, es un paciente que según el historial médico que consta en la Consejería de Asuntos Sociales posee un trastorno adaptativo mixto. Esa minusvalía, según el perito, aun cuando en los test de inteligencia elaborados no expresa una falta de inteligencia demasiado grave.

padres, que interponían la demanda en defensa de los derechos de su hijo. Los hechos que originaron la respuesta por vía judicial de los actores consistieron en una entrevista efectuada por uno de los codemandados, don J. C. P., a don J.C.H.A., su posterior emisión en programa “Crónicas Marcianas”, de fecha 16 de octubre de 2002, así como la difusión y reseña de dicha entrevista en la página Web de la cadena de televisión Telecinco. Todas estas actuaciones, por su tono burlesco y de mofa evidente hacia la persona del discapacitado³⁸⁷, constituían, a juicio de los actores, una intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. Se solicitó una indemnización de 300.000 €.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Arona dictó Sentencia 221/2004, de 27 de diciembre de 2004, por la que estimó parcialmente la demanda. Consideró que la conducta de los periodistas y de la cadena de televisión constituía una intromisión ilegítima en el honor y en la imagen del actor, no así en su intimidad, dado que no se

³⁸⁷ Por lo que se refiere a la entrevista, a lo largo de ella don Javier Cárdenas formula a don J.C.H.A. una serie de preguntas acerca de la disyuntiva entre la vocación y ganar dinero, pero en la mayoría de las ocasiones no le permite que complete una respuesta, pues interrumpe él con una respuesta o una nueva pregunta, en ocasiones contradictoria con la anterior. Llega un momento en el que el entrevistado se confunde y se contradice, para acabar respondiendo únicamente “hombre, por supuesto”. En una segunda parte de la entrevista, don Javier Cárdenas le pregunta a don J.C.H.A. si es un romántico y, a continuación, le pregunta muy seguido: ¿te gusta la mujer hecha y derecha?, que no sea muy ancha de espaldas, ¿no?, y que esté rasurada, ¿eh? Don J.C.H.A. vuelve abrumarse y, como contestación, reitera únicamente “hombre, por supuesto”. Finalmente, el Sr. Cárdenas le pide que mire fijamente a la cámara y explique al público lo que espera de una mujer. Don J.C.H.A. se coloca de espaldas a la cámara y don Javier Cárdenas le permite permanecer en esa posición mientras explica lo que espera de una mujer. Al fondo, se oyen risas y jolgorio. Las acusaciones de los demandantes se completan con la denuncia de que la entrevista fue reseñada días después en la página web del propio programa “Crónicas marcianas” y la imagen de don J.C.H.A. apareció “insertada” en la página web, con unas enormes gafas y una foto distorsionada junto a la leyenda: “Periodista, soltero, ligón busca... J. tiene muy claro el tipo de mujer que le gusta”. Asimismo, se añade “si usted piensa que este hombre es guapo acuda a Ópticas San Gabino, que decía un viejo anuncio de gafas. Pero si verdaderamente lo sigue pensando, agradézcaselo a Javier Cárdenas, y sobre todo no dude en permanecer alerta”.

habían facilitado datos de carácter personal o íntimo; asimismo, desestimó la argumentación de la parte demandada de considerar prestado consentimiento válido excluyente de la intromisión ilegítima, en el marco de lo previsto en los arts. 2 y 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dadas las patologías mentales del actor, que limitan y condicionan su voluntad. El juzgador condenó solidariamente a los codemandados al abono de una indemnización de 15.000 € en concepto de daño moral, así como a la difusión de la sentencia.

Interpuestos recursos de apelación tanto por la representación procesal de las demandadas como por la parte actora ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, se dictó sentencia por la Sección 4º de dicho órgano con fecha 1 de febrero de 2006. En ella se desestiman los recursos de las demandadas y se concluye que no existe el consentimiento exigido por la Ley 1/1982 para considerar excluida la intromisión ilegítima³⁸⁸. Respecto al de la parte actora confirma

³⁸⁸ F. de Dº Segundo: “(...) si bien es cierto que el artículo 2 de la LO 1/1982 de Protección civil del Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, no exige que dicho consentimiento se otorgue por escrito, sino que sea expreso, Don Jesús Luis, pese a no estar declarado incapaz, como señala la sentencia recurrida, es una persona de cuarenta años de edad, que tiene declarada por el organismo competente una minusvalía del 66%, que fue ratificada y explicada por el perito judicial y que confirman los exámenes psicológicos realizados en el expediente para reconocimiento de minusvalía que obra en la Consejería de Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias, describiéndolo como una persona que tiene una capacidad mental límite, pérdida de memoria, mala atención y concentración, mala adaptación a las situaciones sociales, manteniendo una vida social limitada al entorno familiar. En resumen, según el perito, el actor padece un trastorno orgánico de personalidad, que se caracteriza por los siguientes rasgos: alteraciones emocionales caracterizadas por labilidad emocional, simpatía superficial e injustificada y cambios rápidos hacia la irritabilidad o hacia manifestaciones súbitas de ira, expresiones de necesidades e impulsos que tienden a presentarse sin tomar en consideración sus consecuencias o molestias sociales, trastornos cognoscitivos en forma de suspicacia o ideas paranoides o preocupación excesiva por un único tema, marcada alteración en el ritmo y flujo del lenguaje con rasgos tales como circunstancialidad, pegajosidad e hipergrafía. Todas esas características son apreciables, según el perito, de una manera externa, con una

básicamente, en cuanto al fondo, el pronunciamiento de la instancia, respecto a la apreciación de la vulneración de los derechos al honor y a la propia imagen, pero no así del derecho a la intimidad, que tampoco fue reconocida en la resolución recurrida. Asimismo, mantiene inalterado el importe de la indemnización concedida.

Tanto por la entidad Gestevisión Telecinco S.A., como por los codemandados don F. J. S. T. y don J. C. P se interponen sendos recursos de casación ante el Tribunal Supremo. La sentencia que se dicta en resolución de los mismos (ponente O'Callaghan Muñoz), de fecha 19 de enero de 2010, declara haber lugar a ellos, desestima la demanda interpuesta por la parte actora y le condena al pago de las costas de la instancia. El argumento que maneja el Alto Tribunal para casar la sentencia se centra en la convicción de que el actor prestó voluntariamente su consentimiento para ser entrevistado y filmado y que, al no tratarse de una persona incapacitada ni menor de edad, su capacidad ha de ser presumida. Unido todo ello al hecho de que el contexto jocoso del programa, si bien pudiera ser considerado poco ético, impide la apreciación de un comportamiento atentatorio contra la fama, la dignidad y la propia estima de la persona³⁸⁹.

claridad meridiana y patente, es decir, a simple vista y por cualquier persona, aunque sea profana. Así pues, tales circunstancias debieron motivar al entrevistador a solicitar, si ya no el consentimiento por escrito, sí al menos el parecer de los padres o familiares del entrevistado, a la vista de lo cual podía suplir las deficiencias que notoriamente se hacían evidentes para determinar si el entrevistado estaba capacitado o no para dar un consentimiento expreso. Pero nada de ello hizo, por lo que debe concluirse que no existe en el presente caso el consentimiento expreso que requiere la Ley”.

³⁸⁹ F. de Dº Tercero: “(...) nos encontramos en el caso de autos, con una minusvalía que no es incapacitación o minoría de edad, quedando constancia que el actor fue voluntariamente entrevistado y filmado, no resultando en consecuencia vulnerado su honor e imagen al existir consentimiento. La voluntad se debe presumir a tenor del artículo 2.2 de la citada Ley 1/82 declarando la jurisprudencia de esta Sala al respecto, que no es necesario que el consentimiento se otorgue por escrito, pudiendo deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas, y declara la Sentencia de 24 de diciembre de 2003 que “ha de concurrir para poder tener en cuenta el hecho excluyente relevante de responsabilidades que el consentimiento se presente

Recurrida por el Ministerio Fiscal en amparo, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en su sentencia la Sentencia 208/2013, de 16 de diciembre, estima el recurso y anula la sentencia. En esencia, declara vulnerados los derechos al honor y a la propia imagen de don J.C.H.A. como consecuencia de la entrevista realizada y emitida en el programa “Crónicas marcianas”, así como por la difusión de su imagen en la página web del programa. Recuerda la doctrina constitucional sobre la conexión entre el derecho al honor y la dignidad humana, “pues la dignidad es la cualidad intrínseca al ser humano y, en última instancia, fundamento y núcleo irreductible del derecho al honor” y, en lo atinente a la propia imagen, su virtualidad para impedir su obtención, reproducción o publicación por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida –informativa, comercial, científica, cultural, etc.- por quien la capta o difunde (Fundamento jurídico 3).

El Tribunal analiza asimismo la posible cobertura de la conducta de los demandados bajo el paraguas de la libertad de información o expresión y afirma que “no cabe sino concluir en que la información y la actividad desarrollada en el programa ‘Crónicas Marcianas’ con don J.C.H.A. carece, desde cualquier perspectiva, del interés público y la relevancia pública necesaria para que esté cubierta por el ejercicio de esa libertad por profesionales de la información y, muy al contrario, resulta

expreso, lo que implica haber alcanzado del autorizante pleno conocimiento del destino por haber mediado información previa suficiente. En el caso de autos, recoge expresamente la sentencia de primera instancia que sufría una minusvalía y se deduce - no lo declara como hecho probado- que no hubo consentimiento, pero tal deducción no puede aceptarse, partiendo de que se presume una capacidad normal, mientras no se acredite una incapacidad, y los datos fácticos del procedimiento no permiten negar las condiciones precisas, para apreciar que existió consentimiento para emitir por televisión la entrevista objeto de debate. Todo ello unido al contexto jocoso del programa de emisión, desprovisto de agresividad difamatoria conlleva estimar el motivo del recurso de casación formulado, pues si bien resulta poco ético la actuación y comportamiento del medio televisivo, y las personas físicas intervinientes, la misma no es reprochable desde el ámbito estrictamente jurídico, al no suponer socialmente en tal contexto un menoscabo a su fama, dignidad y propia estima”.

una clara intromisión y abuso de sus derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. Y es que, en efecto, la entrevista realizada por don Javier Cárdenas al Sr. H., posteriormente emitida en el referido programa, y reflejada también en su página web, no sólo carecía de valor informativo alguno, sino que, además, fue realizada únicamente con propósito burlesco, para ridiculizar al entrevistado, poniendo de relieve sus signos evidentes de discapacidad físicas y psíquicas, *animus iocandi* que fue advertido tanto en la sentencia de primera instancia como en la dictada en apelación, e incluso en la recaída en casación, que consideró poco ética la actuación del medio televisivo. Por otra parte, es un elemento relevante en este caso la condición de discapacitado físico y psíquico de la persona afectada por la realización y posterior emisión de la entrevista, que presenta, según refieren las Sentencias de primera instancia y apelación, con mención de la prueba pericial, una discapacidad apreciable a simple vista, incluso por un profano en la materia. Ello nos lleva a recordar no sólo el dato ya reseñado de que los derechos afectados contribuyen a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), que aquí se ha visto especialmente afectada, sino, además, a la necesidad de conectar los derechos fundamentales concernidos con los principios rectores consagrados en la Constitución”. En esta línea argumental, el Tribunal Constitucional enlaza los derechos consagrados en el art. 18. 1 CE con la protección prevista en el art. 49 del mismo texto legal a favor de las personas con discapacidad, lo que ha de conducir a “impedir que se lleven a cabo actuaciones como la aquí descrita sobre personas afectadas de cualquier tipo de discapacidad, frente a cuyos derechos al honor y a la propia imagen no cabe oponer en este caso el amparo del derecho a la información” (Fundamento jurídico 5).

Tampoco se cumple, a juicio del Constitucional, la posible causa de exención de la intromisión ilegítima basada en el posible consentimiento prestado por el titular de los derechos afectados. Es cierto que la Ley 1/1982 no aprecia la existencia de intromisión ilegítima cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso (ex art. 2.2), pero esa consideración inicial ha de perfilarse cuando se trata de menores o incapaces, a los que se permite prestar su consentimiento si sus condiciones de madurez lo permiten (ex art. 3.1). La cuestión radica en determinar cuándo se dan las condiciones para que tal efecto se produzca. Frente al criterio del Tribunal Supremo, que presume la capacidad a quien no ha sido judicialmente incapacitado, y por lo tanto concede eficacia jurídica al consentimiento dado por el discapaz, recordemos, no judicialmente incapacitado, el Constitucional considera que hay que superar esa “concepción objetiva de la incapacidad”, y entender que “cuando una persona manifiesta una discapacidad, dicha persona puede poseer capacidad de entendimiento, lo que no significa ignorar la existencia de diversos tipos y grados de discapacidad (física, psíquica o sensorial) que, sin comportar expresamente limitaciones en la capacidad de actuar en el mundo jurídico, sí les sitúan en una especial situación que el órgano judicial debe adecuadamente valorar”. Además, la exigencia contemplada en el art. 2.2 en cuanto al carácter expreso del consentimiento aquí debería haberse apreciado de forma más rigurosa, habida cuenta del mandato de tutela a las personas con discapacidad en el disfrute de sus derechos fundamentales contenido en el art. 49 CE. Item más, aunque pudiera otorgarse cierta significación “voluntarista” al hecho de acudir libremente a la entrevista, debería tenerse la garantía de que ese acto comportaba la consciencia de lo que estaba haciendo, “ante las muestras evidentes de que dicha consciencia era dudosa”. No se dio tal garantía, y no cabe, por tanto, equiparar la presencia voluntaria del

entrevistado a un consentimiento válido y eficaz (Fundamento jurídico 6).

En suma, la sentencia del Tribunal Constitucional constituye, a nuestro juicio, un avance muy significativo en un movimiento o en una línea de actuación que se va desarrollando lenta pero inexorablemente tanto en un ámbito nacional como internacional, que pretende poner punto final a aquellas situaciones en que una persona con discapacidad no es tratada con el respeto y consideración que merece su propia dignidad como ser humano. Además, la resolución da un paso más en la protección de los derechos del colectivo de las personas con discapacidad que podríamos considerar de extraordinario valor, teniendo en cuenta que los hechos se han producido cuando aún no se había aprobado la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Lo que demuestra, una vez más, que cuando se trata de amparar y proteger los derechos fundamentales de las personas, la Constitución Española de 1978 se basta y se sobra, merced a un acogimiento completa de los mismos y al establecimiento de un procedimiento que los garantiza a la postre.

En otro orden de ideas, una de las cuestiones que se detectan en el caso objeto de resolución, en todo el pleito realmente y específicamente en el terreno de la justicia constitucional, es el originado por la inacabada cuestión presente en el Derecho civil español acerca de la difícil categorización de las personas en atención a su capacidad. La profusión de términos -incapaz, discapaz, incapacitado-, la ambigüedad de algunos de ellos y la vacilante legislación no ayudan.

El término “incapaz” se utiliza, de forma más difusa, para aludir a diferentes situaciones: a) A las personas incapacitadas por sentencia, así en los artículos 121 o 199 del C.C., o el artículo 428.2 C. P., b) A las

personas que se encuentran en la situación prevista en el artículo 200 del CC, sin que medie sentencia, es decir, a los incapacitados de hecho, así en el artículo 303 C.C., c) A quienes no están capacitados para realizar un acto concreto, así en el art. 745 C.C., en el que se prevé quienes son incapaces de suceder, y d) A las personas con discapacidad, con carácter general³⁹⁰. Se ha producido asimismo una evolución tanto en la clasificación científica de los distintos tipos de discapacidades, como en el tratamiento y la ayuda requerida por las personas que se encuentran en estas situaciones. Cabe subrayar, por otra parte, que existen discapacidades de muy diferente naturaleza y que, en consecuencia, requieren un tratamiento específico y diferenciado”.

“El colectivo de discapacitados mayores de edad tiene una situación comparable en muchos aspectos a las de los menores de edad, si bien hay una diferencia esencial a favor de estos últimos, y es que los menores no discapacitados son personas en desarrollo físico e intelectual, que al llegar a la mayoría de edad alcanzarán la plena capacidad de obrar, mientras que los discapacitados mayores, aunque en algunos casos puedan mejorar su situación, o incluso (aunque sea raramente) superarla, carecerán toda su vida de capacidad suficiente para gobernarse por sí mismos en todos los ámbitos. La minoridad, por definición es una situación transitoria, mientras que la discapacidad es permanente en muchos casos”³⁹¹. Distinta es la opinión de MACIAS CASTILLO, que asegura que son numerosas las leyes que sistemáticamente parecen equiparar a “los menores e incapaces”, provocando quizás la confusión de una posible situación de paridad jurídica, cuando ésta no existe en la realidad. De hecho, la incapacidad al menos se gradúa en la sentencia

³⁹⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 23, Enero 2011, pp. 53-81, (<http://vlex.com/vid/395172342>).

³⁹¹ DIAZ ALABART, S., “La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas”, *Revista de Derecho Privado*, nº 2, 2013, p. 5.

que la declara, lo que posibilita acotar con mayor precisión el alcance con el que los incapaces pueden intervenir en el tráfico jurídico decidiendo en su esfera personal y en la patrimonial. El incapaz no tiene capacidad, o acaso tienen menos capacidad. El menor sí tiene capacidad, sólo que aún no puede desarrollarla plenamente. La situación jurídica de uno y otro es, por tanto, distinta. Precisamente, una de las mayores dificultades técnicas con las que el menor se encuentra reside en la extrema dificultad que supone graduar su capacidad (su *madurez*, dicen las normas) para realizar actos por sí mismos y sin el concurso necesario de sus progenitores³⁹².

Resulta a veces difícil establecer unos criterios para fijar la capacidad de menores e incapaces debido al distinto tratamiento jurídico que tiene unos y otros, aún cuando existan normas que acojan a los dos sujetos. No quiero detenerme en este asunto, solo en medida que influya en el ejercicio de los derechos de la personalidad de unos y de otros. Sería deseable que existieran criterios de la situación de las personas incapaces no incapacitadas en cuanto al ejercicio de los derechos fundamentales o se sigue insistiendo como hasta ahora, al menos así se desprende de la vigente ley jurisdicción voluntaria que no resuelve esta cuestión³⁹³.

³⁹² MACÍAS CASTILLO, A., “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, *Diario La Ley*, nº 6913, 28 de marzo 2008, p. 5.

³⁹³ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE de 3 de julio de 2015). Capítulo VII “Del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad judicialmente”. Artículo 59. Ámbito de aplicación, competencia, legitimación y postulación. 1. Se aplicarán las disposiciones de este Capítulo para la obtención de autorización judicial del consentimiento a las intromisiones legítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuando el Ministerio Fiscal se hubiera opuesto al consentimiento otorgado por el representante legal de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente. 2. Será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente. 3. Para promover este expediente está legitimado el representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, sin que sea preceptiva la intervención

4.2. Complejidad en la trayectoria del concepto de dignidad

Uno de los problemas que genera el término “dignidad”, es su definición, acierta Münch al decir que “La dignidad del hombre tiene una larga historia en la Filosofía y en la Teología, pero breve en la historia del Derecho constitucional”. No obstante, en realidad, en la historia moderna la protección jurídico-constitucional de la dignidad del hombre sólo empieza después del final de la Segunda Guerra Mundial. No sorprende que haya sido precisamente en Alemania, donde se articularan los primeros cauces efectivos para la protección de la dignidad del hombre, primero en las Constituciones de algunos *Länder* y después, en 1949, en la Ley Fundamental³⁹⁴, “1. La dignidad de la persona humana es intangible. Todos los poderes del Estado están obligados a respetarla y protegerla. 2. Conforme a ello, *el* pueblo alemán

de Abogado ni Procurador. Artículo 60. Tramitación y resolución. 1. El expediente se iniciará mediante solicitud que deberá acompañarse del proyecto de consentimiento, el documento en que conste la notificación de la oposición del Ministerio Fiscal y los que acrediten su representación legal.

³⁹⁴ VON MÜNCH., I., “La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán”, *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, nº 9, 2009, p. 107. La primera Constitución de un Estado que citó la dignidad del hombre fue la Constitución del Imperio alemán (*Deutsche Reich*) de 1919 (también denominada Constitución de Weimar), concretamente en conexión con las condiciones de vida económica. 2. En efecto, el art. 151.1 de aquella Constitución decía: “El régimen de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia digna del hombre”. Después, también se citó la dignidad del hombre en la Constitución de Portugal de 1933 (en el art. 6) y en el Preámbulo de la Constitución de Irlanda de 1937. En “La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán”. *Foro, Nueva época*, nº. 9/2009, p. 108. Sobre el concepto de dignidad humana, véase, entre otros MIGUEL BERRAIN, I., “Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana”, *Anuario de filosofía del derecho*, nº 21, 2004, pp. 187-212. SPAEMANN, R., “Sobre el concepto de dignidad humana”, *Persona y Derecho*, nº 19, 1988, p. 16. APARISI MIRALLES, A., “El principio de la dignidad humana como fundamento de un Bioderecho global”, *Cuadernos de bioética*, vol. 24, nº 81, 2013, pp. 201-222. JOUVE DE LA BARRERA, N., “La genética y la dignidad del ser humano”, *Cuadernos de bioética*, vol. 24, nº 80, 2013, pp. 91-100. SERNA BERMÚDEZ, P., “Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial. Persona y derecho”, *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 41, 1999, pp. 139-196.

reconoce los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo». Es inevitable, sin embargo, aludir a la larga trayectoria que genera su concepto para ser considerado como un elemento imprescindible al estudiar los derechos humanos, entendiéndolo como “valor”, “principio”, “bien constitucional”, como “derecho”, como “norma” y como “límite”, “deber”³⁹⁵ y a veces afectando a su aplicación en el concepto de la persona humana”. POLICASTRO al interpretar el art 1 de la Ley Fundamental alemana³⁹⁶, argumenta que el mencionado artículo debería tener en cuenta: “(1) La relación entre la dignidad expresada como inviolable y la obligación de las autoridades públicas de garantizar su protección (la dignidad queda así situada por encima del ordenamiento jurídico); (2) la relación entre el reconocimiento de la inviolabilidad de la dignidad de la persona y el de la inviolabilidad e inalienabilidad de derechos humanos; (3) la percepción de esta relación como base, no sólo de toda comunidad humana, sino también de la paz y de la justicia en el mundo. La dignidad, prosigue el autor, supone aquí un objetivo que requiere que todo ejercicio de poder dentro de un ordenamiento jurídico esté de acuerdo con estos valores y que los Estados obren de forma similar en sus relaciones mutuas. El objetivo de esta disposición es también que las naciones y las personas individuales perciban que el derecho tiene como objetivo garantizar que la personalidad, sus posibilidades de desarrollo y todos los rasgos que

³⁹⁵ GARCIA CUADRADO, A. M., “Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. Persona y derecho”, *Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, nº 67 (julio-diciembre), 2012, p. 501.

³⁹⁶ Art. 1 de la Ley Fundamental, define la dignidad humana como inalterable y respetarla y protegerla supone una obligación de todo poder público (apartado 1). De ahí que el reconocimiento de la inviolabilidad e inalienabilidad de los derechos humanos (Menschenrechte) se convierta en fundamento de "toda la comunidad humana, la paz y la justicia en el mundo" (apartado 2). La Constitución federal añade que los derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable (apartado 3).

pueden ser atribuidos a la dignidad humana sean tomados en consideración en el proceso de creación y aplicación de derecho. La dignidad humana ayuda a determinar si el hombre está realmente contemplado por el derecho como su sujeto, tanto dentro de una comunidad como en sus relaciones exteriores”³⁹⁷.

A pesar de la evolución y del esfuerzo realizado para acercarse a lo que es la esencia de la dignidad, ”En gran medida las características de las que se hace depender la dignidad son rasgos abstractos y genéricos que atienden exclusivamente al plano individual sin que se tomen en consideración en su configuración el contexto en el que se desenvuelven estos rasgos, los condicionamientos sociales y las dimensiones colectivas que se proyectan sobre ellos, las desigualdades de hecho existentes entre los sujetos morales y los impedimentos reales que dificultan el logro y el ejercicio de la autonomía y la independencia. Una teoría de los derechos no excluyente para las personas con discapacidad ha de tener en cuenta el valor de las capacidades, el respeto a su diversidad y el origen de los límites en las capacidades”³⁹⁸.

Tanto en la época pre-moderna como la moderna, el concepto de dignidad humana se fundó en unos rasgos físicos y psicológicos que presuntamente definen al ser humano como ser superior y excelente. Su dignidad estriba por ser una criatura cuyos dotes le permiten manifestar su esencia divina (época pre-moderna) o afirmar su libertad y autonomía, desmarcándose del reino animal (época moderna). Como podemos ver, esos tipos de fundamentación vincula la dignidad humana con una presumida excelencia natural del ser humano. El valor del ser humano

³⁹⁷ POLICASTRO, P., “Dignidad de la persona y principios constitucionales en la época de la globalización”, *op. cit.*, p. 195.

³⁹⁸ CUENCA GÓMEZ, P., “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 158, octubre-diciembre, 2012, p. 121.

deriva de sus capacidades aunque éstas se manifiestan de distintas formas en cada individuo e incluso, no se manifiestan en ciertos individuos³⁹⁹. La dignidad humana es la norma básica de los derechos humanos. Todas y cada una de las personas tienen un valor inestimable y nadie es insignificante. Las personas han de ser valoradas no sólo porque son útiles desde el punto de vista económico, sino por su valor intrínseco. El reconocimiento del valor de la dignidad humana nos recuerda con fuerza que las personas con discapacidad tienen un papel y un derecho en la sociedad que hay que atender con absoluta independencia de toda consideración de utilidad social o económica. Esas personas son un fin en sí mismas y no un medio para los fines de otros. Esta perspectiva contrasta profundamente con el impulso social contrario que trata de clasificar a las personas en función de su utilidad y dejar de lado a las que presentan diferencias importantes. La dignidad como valor ha sido un factor crucial en el paso a una perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos. Debido a su relativa invisibilidad, las personas con discapacidad a menudo han sido tratadas en otras épocas como objetos a los que había que proteger o compadecer. El cambio crucial se produjo cuando esas mismas personas se vieron a sí mismas, y fueron vistas por otros, como sujetos y no como objetos⁴⁰⁰.

Democracia y derechos fundamentales comparten su estrecho vínculo e incluso a nivel de fundamento con la idea de dignidad humana. Los derechos humanos no son sino la expresión jurídica de la dignidad de las personas y su función es precisamente permitir y garantizar su respeto, y la democracia es el ámbito en el que pueda desarrollarse las

³⁹⁹ PELÉ ILLIE, A., “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, *Revista de filosofía, derecho y política*, nº 1, 2004-2005, p. 2.

⁴⁰⁰ QUINN, G., y DENENGER, T., “Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad”, *Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1*, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 18.

relaciones políticas de la comunidad en un marco de respeto a la dignidad⁴⁰¹. Hoy entendemos a los derechos humanos no solo como la expresión ética más acabada del derecho, sino como la expresión jurídica de la dignidad humana. Esto es, los derechos humanos, originalmente concebidos como instrumento para defender al individuo de las acciones de la autoridad que pudieran afectar o agredir a su dignidad, hoy en día en las sociedades contemporáneas tiene el carácter de paradigma ético y regla moral. Hoy se considera que las normas jurídicas son justas cuando respetan, protegen y promueven los derechos humanos; y las acciones de la autoridad son legítimas cuando son respetuosas y promotoras de los derechos humanos⁴⁰².

4.3. La dignidad en la Convención de Nueva York para la protección de los derechos con discapacidad

Uno de los principios sobre los que se asienta la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de la persona con discapacidad- CDPD-, es la dignidad, así se recoge en su art3 “El respeto de la dignidad inherente (...)”⁴⁰³. Como es sabido, el objeto de la Convención consiste, precisamente en —*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*” (art.1). Este precepto apunta como principios desde los que la Convención debe

⁴⁰¹ MARTINEZ BULLÉ-GOYRI, V. M., “Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, n° 136, 2013, p. 3.

⁴⁰² MARTINEZ BULLÉ-GOYRI, V.M., “Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad”, *op. cit*, p. 17.

⁴⁰³ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, (BOE 21/4/2008).

ser interpretada y aplicada los siguientes: a) *El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;* b) *La no discriminación;* c) *La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;* d) *El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;* e) *La igualdad de oportunidades;* f) *La accesibilidad;* g) *La igualdad entre el hombre y la mujer;* h) *El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad*⁴⁰⁴. Si ya se ha puesto de relieve la complejidad de definir o establecer la naturaleza jurídica de la dignidad, mayor reto supone ponerla en relación con la discapacidad.

La CDPD ha querido constatar el reconocimiento explícito de la dignidad a todas las personas con discapacidad, y en esta situación no puedo estar más de acuerdo con GARCIA CUADRADO, cuando alega que “la consideración de la dignidad humana como deber constitucional, permitiría dar respuesta a algunas de las cuestiones clásicas que presenta la dignidad humana, o por lo menos puede ayudar a plantearlas correctamente” y precisa que es lo que hay que entender en la afirmación tantas veces defendida de que la dignidad de la persona es igual para todos debe matizarse. Si nos referimos a la *dignidad pasiva*, es decir, fundamentalmente al derecho de las personas a que se respete por todos su dignidad, entonces, habría que reconocer que, al ser todos iguales en la cualidad de personas, tenemos idéntica dignidad sustancial. Pero si consideramos que esa dignidad pasiva no es solo la ontológica, sino también la accidental, entonces hay que aclarar que no solo no tenemos la misma dignidad todas las personas, sino que el deber de respeto es

⁴⁰⁴ CUENCA GÓMEZ, P., “Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad”, *El tiempo de los derechos*, nº 3, 2010, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Proyecto Consolider Ingenio, p. 12.

mayor hacia determinadas personas que hacia el común de los humanos. Sobre todo, las personas constituidas en autoridad y las personas en situación de especial vulnerabilidad, (niños antes del uso de razón, vida humana en formación, mujeres embarazadas, ancianos, enfermos mentales privados de juicio, discapacitados, agonizantes, los absolutamente dependientes del cuidado ajeno, etc.) gozan de un plus de dignidad. Lo que puede resultar un trato digno para unos puede ser indigno para otros sin que ello suponga violación del derecho a la no discriminación. Por eso el Tribunal Constitucional Federal alemán ha apreciado que una decisión en torno a la cuestión de si una medida viola la dignidad de la persona solo puede ser tomada, en todo caso, contemplando las circunstancias del “caso concreto”. Se procura para los más desvalidos un plus de protección, una preferencia de salvaguardia en caso de riesgo respecto al común de las personas: en la mayoría de los casos esa vulnerabilidad va acompañada de una indefensión que obliga a un mayor respeto y protección, como reconocen infinidad de tratados internacionales sobre derechos humanos y la propia legislación en todas partes. En definitiva: existe un mínimo de dignidad que es común a todo ser humano, pero por encima de él se dan grados mayores de dignidad, incluso la puramente pasiva⁴⁰⁵.

La CDPD quiere evitar las distintas formas en que se pueda entender la dignidad y buscar una interpretación única, “El nuevo paradigma de entender la discapacidad nos conduce a reflexionar sobre una cuestión que tiene que ver con la protección y preservación de la dignidad de las personas con discapacidad en un contexto de convivencia social, y es la necesidad de replantear el contenido de la dignidad, o si se quiere, a la exigencia de una interpretación mucho más amplia de la misma, con la

⁴⁰⁵GARCIA CUADRADO, A. M., “Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. Persona y derecho”, *op. cit.*, p. 501.

intención de superar los clásicos planteamientos de la dignidad fundados en la razón y en la utilidad, para dotarles de nuevos contenidos acordes con la realidad actual, en donde la *diversidad* debe marcar la pauta de los ordenamientos jurídicos. PALACIOS y ROMANACH, sostienen que producida la integración social de los grupos tradicionalmente excluidos, el valor dignidad fundamenta un modelo que ya no pasa por la supresión de las barreras que dificultan al individuo su inclusión social, sino la consideración de su diversidad como un valor central de la sociedad. No es la sociedad inclusiva lo que se busca, sino la sociedad diversa en la que todos los individuos tengan igual consideración. A diferencia del modelo social con el que se aborda el análisis de los derechos de las personas con discapacidad, en el que los principios fundamentales son la capacidad de las personas con diversidad funcional y su posibilidad de aportación a la sociedad, en el modelo de la diversidad, estos principios básicos son la dignidad humana y la diversidad⁴⁰⁶.

La dignidad debe situarse como un valor previo a cualquier normativa jurídica, pues se incardina en el derecho natural que tiene su base y fundamento en la naturaleza humana de la cual emanan los valores asumidos como buenos por la persona y la sociedad. Cada individuo es único e irrepetible y su dignidad no se debe fundar en ninguna propiedad de la persona, como por ejemplo la razón u otras habilidades concretas, sino por su esencia misma de ser humano. Este enfoque provee un espacio dentro del cual entender los derechos humanos de la discapacidad desarrollado por el modelo social, cuyo aporte más significativo radica en defender que se debe valorar a la

⁴⁰⁶ PALACIOS, A. y ROMANACH, J. “El modelo de la diversidad”, *op. cit.*, p. 476.

persona con discapacidad independientemente de su aporte a la sociedad”⁴⁰⁷.

El desarrollo de la dignidad humana en qué consisten los derechos fundamentales indica PECES-BARBA arranca de cuatro valores, libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, que aparecen en el fundamento de algunos derechos mezclados, coincidiendo en su justificación. Así, en unos casos encontramos la libertad y la igualdad, en otros a la libertad y la seguridad, a la libertad y la solidaridad, a la solidaridad y la igualdad, y por fin en otros, a la solidaridad y a la seguridad jurídica, como en derechos como la protección de la salud, o de la seguridad social⁴⁰⁸. Debe hacerse una correcta comprensión de los derechos humanos. El marco teórico que debe ser tenido en cuenta a la hora de referirse a los derechos de las personas con discapacidad, cuando hablamos de derechos fundamentales, nos estamos refiriendo a una pretensión moral justificada y a su recepción en el derecho positivo. La justificación de la pretensión moral en que consisten los derechos se produce sobre rasgos importantes derivados de la dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del ser humano. La recepción en el derecho positivo es la condición para que pueda realizar eficazmente su finalidad⁴⁰⁹.

Estos conceptos alcanzan su mejor esclarecimiento desde la igual dignidad como valor regulador. La desigualdad es incompatible con la

⁴⁰⁷ ÁLVAREZ RAMÍREZ, G., *Discapacidad y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Un cauce adicional de acceso a la justicia y una oportunidad para la inclusión*, CERMI, 2013, p. 104.

⁴⁰⁸ PECES-BARBA MARTINEZ, G., *Derechos Humanos, especificación y Discapacidad. VVAA. Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 368.

⁴⁰⁹ PECES-BARBA MARTINEZ, G., *Derechos Humanos, especificación y Discapacidad. VVAA. Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina, op. cit.*, p. 363.

dignidad. Es una situación de hecho que hace imposible la dignidad de quien se encuentra en ella. Para atajarla serán necesarios comportamientos de igualdad como diferenciación, es decir, trato desigual a través del Derecho a favor de colectivos que se encuentran en esta situación. Es la justificación del Estado social, porque sin esas medidas no existe igual dignidad y una sociedad que la haga imposible o que la impida no es una sociedad bien ordenada.

La discriminación es igualmente incompatible con la dignidad. Estamos ante una situación normativa, es decir, ante una desigualdad no fáctica, sino regulada jurídicamente, derivada de mandatos jurídicos, los que establecen status y derechos distintos sin causa justificada. La acción del Derecho, en este caso, debe ser derogatoria de las discriminaciones para establecer la igual dignidad. Sin embargo, no siempre la supresión de la discriminación restablece la igualdad y son necesarias acciones normativas complementarias y también esfuerzos desde la cultura y desde la educación⁴¹⁰.

El concepto moderno de dignidad humana no niega la existencia de desigualdades entre los individuos. Lo que sí niega es que esas desigualdades naturales y sociales sean la justificación de un tratamiento desigual por parte de las instituciones o un trato degradante entre los individuos. Con otras palabras, cada uno merece un respeto debido por el mero hecho de ser humano. Tal afirmación recuerda la base de la definición moderna de la dignidad que aparece en Kant: “la humanidad misma es dignidad: porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su

⁴¹⁰ PECES-BARBA MARTINEZ, G., “De la miseria del hombre a la dignidad humana”, Sesión del día 5 de julio de 2007, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 84, 2007, p. 176.

dignidad (la personalidad) en virtud de la cual se eleva sobre todas las cosas (...)⁴¹¹.

La Convención a lo largo de su articulado, apuesta por el paradigma de derechos humanos frente a épocas anteriores donde se justificaba y perpetuaba la marginación de las personas con discapacidad y junto a los principios ya consolidados, entre otros, respeto, la dignidad de la persona, la no discriminación, la igualdad de oportunidades, la igualdad entre el hombre y la mujer, en los Estados en general, se proclaman otros de carácter innovador que exigen la adopción de medidas eficaces que faculten a las personas con discapacidad su participación en la sociedad en plena igualdad de condiciones, de modo que se eliminen cualquier tipo de barrera que impida el ejercicio de sus derechos⁴¹².

⁴¹¹ PELÉ ILLIE, A., “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, *op. cit.*, p. 12.

⁴¹² CAZORLA GÓNZALEZ- SERRANO, M^a. C., *La nueva posición del tutor en la legislación y en la realidad actual*, Aranzadi, 2014, p. 205. F. García Pindado desde el enfoque de los derechos, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad otorga una fundamentación nueva a aquellos, sobre la base del valor “*dignidad*”, con la significación siguiente: 1) como principio que fundamenta la libertad, la justicia y la paz en el mundo en el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (Preámbulo, apartado a); 2) la discriminación que sufren estas personas por causa de la discapacidad vulnera su dignidad (Preámbulo, apartado h); 3) la promoción y protección integral de la dignidad de las personas con discapacidad contribuye significativamente a su igualdad de oportunidades, y su inclusión en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados (Preámbulo, apartado y); 4) constituye el objeto de la Convención la promoción del respeto de la dignidad de las personas con discapacidad (art. 1); 5) es principio que persigue la Convención el respeto de la dignidad inherente a las personas con discapacidad (art. 3.a); 6) línea directriz de la labor de sensibilización de los poderes públicos (art. 8.a); 7) es línea directriz de las acciones para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, con especial atención a necesidades específicas del género y la edad (art. 16.4); 8) línea directriz de la labor educativa inclusiva (art. 24.1); 9) línea directriz de la labor médica prestada por los profesionales de la salud en los ámbitos públicos y privados (art. 25.d). PINDADO GARCIA, F., *Hacia una única catalogación de los derechos fundamentales. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad como derechos fundamentales*, Fundación Derecho y Discapacidad. Ediciones Cinca, 2015, p. 296.

4.4. La dignidad humana en la CE

La dignidad de la persona se ubica en el art 10.1 CE, “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Aparece en los textos constitucionales como una figura compleja, siendo a un tiempo un derecho, un valor, una norma, un principio general del Derecho y un deber constitucional. En la Constitución española de 1978 es, ante todo, un deber constitucional genérico de respeto a la dignidad humana. Este deber es doble: un deber de los poderes públicos y además un deber de los particulares. El primero obliga al Estado a no lesionar la dignidad humana y a establecer un sistema legal de protección de la misma frente a ataques de terceros; el segundo implica una doble obligación: la de respetar la dignidad de los demás y la de comportarse de forma compatible con la dignidad propia, y en ambos casos constituye un límite a la libertad general de las personas⁴¹³.

La dignidad de la persona, valor superior o principio general del Derecho, en cuanto se ha positivizado en la Constitución es norma de Derecho positivo. No quiere esto decir que haya perdido el carácter de principio. Sino que, además, es norma jurídica constitucional directamente obligatoria

⁴¹³ GARCIA CUADRADO, A. M., “*Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. Persona y derecho*”, *op. cit.*, p. 514.

En Alemania, por ejemplo, la dignidad humana está reconocida en el artículo primero de la Ley Fundamental como intangible y funciona como derecho fundamental susceptible de activar un recurso de amparo. En España, sin embargo, la dignidad de la persona no es un derecho fundamental, sino sólo un postulado que, junto con otros reconocidos en el artículo 10.1 CE, se invoca como «fundamento del orden político y la paz social». Desde el punto de vista práctico, las consecuencias que la jurisprudencia constitucional española extrae de la dignidad de la persona son mucho más modestas: apenas hay sentencias en las que adquiera un papel relevante, mientras que abundan aquellas otras en las que su invocación resulta sólo retórica, Aun así MORA, mantiene que de la doctrina constitucional pueden destacarse como notas características de la dignidad de la persona las siguientes: -es un valor espiritual y moral inherente a la persona- es un valor jurídico fundamental, sustancialmente relacionado con la dimensión moral de la vida humana- se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida,- es un *mínimum invulnerable*, ha de permanecer inalterada, a salvo las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales⁴¹⁴. En España, sin embargo, la dignidad de la persona no es un derecho fundamental, sino sólo un postulado que, junto con otros reconocidos en el artículo 10.1 CE, se invoca como “fundamento del orden político y la paz social”. A la postre, ocurre que la Constitución española no se funda, como es sabido, en la dignidad de la persona, sino, tal y como dice expresamente su artículo 2, en la indisoluble unidad de la Nación española; con lo cual se hace explícita, y jurídicamente operativa, la íntima contradicción que es común a los actuales Estados constitucionales: apoyados en medida diversa sobre la forma del Estado nacional, sobre un sustrato de valores

⁴¹⁴ MORA MATEO, J., “La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española”, *Cuadernos de bioética*, vol. 11, nº 42, 2000, p. 258.

nacionales y de identidad cultural, pretenden edificar un orden jurídico que tendría por pilares la libertad y la igualdad de todos los hombres⁴¹⁵.

Los derechos fundamentales que el artículo 10.1 de la Constitución considera “inviolables” son inherentes a la dignidad de la persona argumenta GONZÁLEZ PÉREZ, en ellos se traducen y concretan las facultades que vienen exigidas por la dignidad, así como el ámbito que debe garantizar a la persona para que aquella dignidad sea respetada y posible. En todos y cada uno de los derechos fundamentales se proyecta la dignidad. La dignidad sustancial de la persona está en la raíz de todos sus derechos básicos, aunque en algunos esa dimensión se haga más patente, como en el derecho a la integridad física y moral, en el de la libertad personal, en el derecho al honor, intimidad personal y familiar. El reconocimiento y una eficaz tutela de estos derechos fundamentales constituyen la elemental garantía de la dignidad de la persona⁴¹⁶.

La visión de dignidad que a juicio de OEHLING DE LOS REYES da el T.C. a través de sus escasas resoluciones, no es solo como refuerzo del derecho fundamental, sino como base sin la cual el derecho fundamental no tendría pleno sentido” El tribunal constitucional da entender así que se trata de un concepto muy útil, que se manifiesta dentro del derecho fundamental y sirva para derivar nuevas posibilidades de perfeccionamiento y comprensión pragmática de los derechos constitucionales y no solo un complemento de éstos, no se trata de una apelación mística ni de una “cláusula de estilo”, sino que se manifiesta en la interpretación de los derechos fundamentales como un concepto

⁴¹⁵ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Traducir derechos: la dignidad humana en el derecho constitucional de la Comunidad Internacional”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 16, 2012, p. 98.

⁴¹⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Ed. Civitas, Madrid, 1986, pp. 87-94.

que perfecciona y potencia el significado del derecho fundamental, que facilita su desarrollo y posibilita además novedosas formas de comprensión para dar solución a problemas nuevos⁴¹⁷. Todo ello se manifiesta en que La ley 13/1983 supuso un cambio radical: se pasó de la tipicidad a una delimitación abierta y genérica de las causas de incapacitación- enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (art 200)-, y se estableció un sistema más acorde al principio de dignidad de la persona (art. 10), de guarda y protección no solo de los bienes, sino sobre todo, de la persona del incapacitado⁴¹⁸.

4.4.1. La dignidad de la persona, presupuesto y fundamento de los derechos de la personalidad

El artículo 49 de la Constitución Española de 1978 ordena a los poderes públicos la realización de 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”. En consecuencia, en su desarrollo normativo son numerosas las ocasiones en las que podemos encontrar claras referencias a este interés prioritario, que se exteriorizan no sólo en las condiciones y requisitos que presiden la procedencia de la declaración judicial de incapacitación, y en el papel prioritario que se

⁴¹⁷ OEHLING DE LOS REYES, A., “El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental”, *Revista española de derecho constitucional*, nº 91, 2011, p. 172.

⁴¹⁸ CLEMENTE MEORO, M. E., “Consentimiento prestado por persona discapacitada no incapacitada y derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. Consideraciones en torno a la STC 208/2013, de 16 de diciembre”, *Derecho privado y Constitución*, nº 28, p. 174.

atribuye a la Autoridad Judicial y al Ministerio Fiscal, sino también en la configuración de las instituciones de guarda como órganos a los que se atribuyen funciones de obligado cumplimiento, en beneficio de la persona a cuyo favor se instituyen. Además, no cabe duda que cualquier limitación a la capacidad de obrar de la persona, cuya existencia debe necesariamente presumirse, se encuentra básicamente influida por los principios que protegen su dignidad y libertad (arts. 10 y 17 CE) y exige la garantía de que se haga efectivo el principio de igualdad en su tratamiento jurídico (art. 14 CE). Cualquier limitación a la capacidad de obrar de la persona, cuya existencia debe necesariamente presumirse, se encuentra básicamente influida por los principios que protegen su dignidad y libertad (arts. 10 y 17 CE) y exige la garantía de que se haga efectivo el principio de igualdad en su tratamiento jurídico (art. 14 CE)⁴¹⁹.

No cabe duda que los arts. 9, 10 y 14 de nuestra norma Suprema y su aplicación general a todas las personas, determinan que todos, por el solo hecho del nacimiento y con independencia de cualquier situación que pueda afectarnos, somos titulares de los derechos fundamentales en ella enunciados, por lo que no se hace preciso ni necesario un reconocimiento expreso de tales principios con referencia a las personas con discapacidad. Ahora bien, la cuestión que constituye el eje de nuestra reflexión no es tanto el reconocimiento general sino las posibilidades reales y efectivas de su ejercicio, habida cuenta de la particular situación de las personas con discapacidad.

Hoy día nadie duda de la consideración de todo ser humano como persona, ni del reconocimiento de su dignidad e individualidad, ni tampoco de la necesidad de promover su autonomía y desarrollo

⁴¹⁹ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. C., “La incapacitación en las Sentencias del Tribunal Supremo”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 1, 2000, pp. 1919-1954.

personal, principios todos ellos derivados de la consideración de su propio valor intrínseco, que se encuentra en el germen de cualquier desarrollo normativo. Nuestra Constitución así lo reconoce, por lo que cualquier norma jurídica que desconozca estos principios constitucionales ha de considerarse anticonstitucional⁴²⁰.

Como ha contemplado el T.C., en la sentencia que comentamos “En tanto no se reforme su texto, la Constitución Española brinda una base suficiente para la protección efectiva de los derechos de las personas con discapacidad y para la exigibilidad jurídica de esa protección. En este sentido, el artículo 9.2 es el principal anclaje y la base de la igualdad de oportunidades, y a su vez del marco para la defensa jurídica de los derechos de las personas. Ello nos lleva a recordar no sólo el dato ya reseñado de que los derechos afectados contribuyen a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), que aquí se ha visto especialmente afectada, sino, además, a la necesidad de conectar los derechos fundamentales concernidos con los principios rectores consagrados en la Constitución, operación que ha realizado este Tribunal para reforzar el canon del art. 24.1 CE en cuanto a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales por el solo hecho de estar comprometido en el asunto algún principio rector de los enunciados en la Constitución, proyección efectuada, igualmente, en relación con los derechos fundamentales sustantivos, como es el caso del art. 14 CE)⁴²¹.

Mantiene SENRA que, el TC, rechaza expresamente adoptar una concepción determinada, para no consagrar ninguna construcción dogmática particular. No obstante, puede encontrarse un texto que se

⁴²⁰ PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. C., “La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 23, enero-diciembre 2009, p. 342.

⁴²¹ STC 208/2013, se apoya en la STC 154/2006, de 22 de mayo.

aproxima en cierto modo a lo que podría ser una definición; se contiene en la STC53/85: "Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), y los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la libertad de ideas y creencias (art. 16 CE), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás"⁴²².

Sin apartarme del objetivo principal del asunto, creo con LACALLE NORIEGA, que, la dignidad de la persona quiere decir que ésta tiene valor en sí misma, independientemente de cualquier circunstancia o cualidad interna o externa. Por tanto, independientemente de su raza, credo, ideología sexo, clase social, nacionalidad, etc.; también independientemente de su conducta, buena o mala, heroica o delictiva⁴²³. La dignidad personal se va a considerar en los textos constitucionales como el valor fundador de todos los derechos humanos, siendo dichos derechos concreciones o manifestaciones de dicho valor. Se dice, por tanto, que la dignidad de la persona constituye el fundamento incuestionable de la idea de derechos humanos⁴²⁴. Existen, ciertamente,

⁴²² STC de 11 de abril de 1985.

⁴²³ LACALLE NORIEGA, M., *La persona como sujeto del Derecho*, Ed. Dykinson, 1ª ed., Madrid, 2013, p. 48.

⁴²⁴ El T.C. (entre otras, en SSTC 231/1988 ; 99/1994 ; 117/1994 ; 81/2001 ; 139/2001 ; 156/2011 ; 83/2002; 14/2003) caracteriza el derecho a la propia imagen como "un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener

otros valores fundadores de los derechos humanos, como son la libertad, la igualdad, la solidaridad, la seguridad o la paz, pero la dignidad se sitúa antes que ellos, constituyendo una especie de “prius” lógico y ontológico de los mismos. Es el núcleo fundamental de la idea de derechos humanos⁴²⁵. Por ello no han faltado opiniones que sostienen que la dignidad de la persona ha sido devaluada en nuestra Constitución. Así, desde estas posiciones se sostiene que su ubicación exacta como fundamento ontológico de los demás valores, hubiese correspondido al art. 1.1 donde se “propugnan” los valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de Derecho y que, además, en el enunciado de la frase su lugar es el primero, por serlo no solo en sentido ontológico, sino también lógico. La libertad, la justicia, la igualdad y el

difusión pública" y a "impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad -informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde". El derecho a la propia imagen se halla protegido en el artículo 18.1 CE y desarrollado en la LPDH, cuyo artículo 7.5 considera intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2 LPDH. En cuanto al derecho al honor, el TC, ha señalado reiteradamente (SSTC 180/1999, de 11 de octubre [RTC 1999, 180], F. 4; y 52/2002, de 25 de febrero [RTC 2002, 52], F. 5) el honor constituye un “concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento”. Ello no significa que este Tribunal haya renunciado a definir su contenido constitucional abstracto al afirmar que este derecho ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio (por todas, SSTC 185/1989, de 13 de noviembre [RTC 1989, 185], F. 4; 176/1995, de 11 de diciembre [RTC 1995, 176], F. 3; 180/1999, de 11 de octubre [RTC 1999, 180], F. 4; y 52/2002, de 25 de febrero [RTC 2002, 52], F. 5). Pero aunque existen supuestos en los que la lesión del derecho al honor puede descartarse de entrada, su contenido indeterminado y el hecho de entrar habitualmente en conflicto con otros derechos fundamentales (sobre todo con los amparados en el art. 20 CE [RCL 1978, 2836]) convierten a la ponderación judicial en un método interpretativo prácticamente consubstancial a la concreción del ámbito de protección del derecho al honor y a la concreción de su ámbito de protección. Prueba de ello es que la propia Sentencia recurrida, a pesar de rechazar que estemos ante un problema de ponderación, no deja de tener en cuenta el contexto literario en que se inscribe el fragmento litigioso, así como el carácter principal o secundario de las expresiones pretendidamente lesivas del derecho al honor para rechazar cualquier vulneración de este último

⁴²⁵ MARÍN CASTÁN, M. L., “La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº 9, 2007, p. 1.

pluralismo son exigencias derivadas de la dignidad de la persona; ella es el valor de valores, igual que, desde el punto de vista jurídico, la Constitución es norma de normas. La conexión entre el art. 10.1 y el art. 1.1 resulta así evidente, pues no existe ni puede existir dignidad humana sin libertad, justicia, igualdad y pluralismo político; además, dichos valores no serían tales si no redundasen a favor de la dignidad del ser humano⁴²⁶.

Por otra parte, es un elemento relevante en este caso la condición de discapacitado físico y psíquico de la persona afectada por la realización y posterior emisión de la entrevista, que presenta, según refieren las sentencias de primera instancia y apelación, con mención de la prueba pericial, una discapacidad apreciable a simple vista, incluso por un profano en la materia. Ello nos lleva a recordar no sólo el dato ya reseñado de que los derechos afectados contribuyen a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), que aquí se ha visto especialmente afectada, sino, además, a la necesidad de conectar los derechos fundamentales concernidos con los principios rectores consagrados en la Constitución, operación que ha realizado este Tribunal para reforzar el canon del art. 24.1 CE en cuanto a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales por el solo hecho de estar comprometido en el asunto algún principio rector de los enunciados en la Constitución⁴²⁷

Pues bien, en atención a las circunstancias concurrentes en este caso, los derechos consagrados en el art. 18.1 CE que han sido invocados en la demanda han de ser puestos en conexión con el art. 49 CE, que contiene un mandato de protección de las personas con discapacidad, al establecer

⁴²⁶ MARÍN CASTÁN, “La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales”, *op. cit.*, p. 1.

⁴²⁷ STC 208/2013, que cita, las siguientes: (STC 95/2000, de 10 abril, FJ 5), proyección efectuada, igualmente, en relación con los derechos fundamentales sustantivos, como es el caso del art. 14 CE (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8).

que “[l]os 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”. Y dicho mandato debe conducir a impedir que se lleven a cabo actuaciones como la aquí descrita sobre personas afectadas de cualquier tipo de discapacidad, frente a cuyos derechos al honor y a la propia imagen no cabe oponer en este caso el amparo del derecho a la información; derecho que, recordémoslo, es un logro del Estado democrático, y se le otorga un superior valor en la medida en que “al contribuir a la formación de una opinión pública libre y plural, supone uno de los elementos esenciales del Estado de derecho y contribuye a la plena realización del conjunto de derechos fundamentales” (STC 15/1993, de 18 de enero, FJ 1), por lo que ese derecho resulta denigrado cuando es empleado torticeramente para amparar bajo su cobertura conductas como las aquí examinadas⁴²⁸.

El TC insiste en la relación entre dignidad y derechos fundamentales. En esta dirección el Tribunal ha señalado la especial conexión entre el derecho al honor y la dignidad humana, pues la dignidad es la cualidad intrínseca al ser humano y, en última instancia, fundamento y núcleo irreductible del derecho al honor⁴²⁹ cuya negación o desconocimiento sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional el ejercicio de

⁴²⁸ STC 208/2013, La conexión existente entre los derechos fundamentales y los principios rectores de la Constitución, en este caso de los derechos del art. 18 CE con el mandato recogido en el art. 49 CE de protección a los “disminuidos físicos, sensoriales, y psíquicos”, “debe conducir a impedir que se lleven a cabo actuaciones como la aquí descrita sobre personas afectadas de cualquier tipo de discapacidad”, así como a considerar que pretender ampararlas en la libertad de información supone un empleo torticero de la misma que incluso supone denigrarla. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La protección del honor y de la imagen de los discapacitados”, *Revista Aranzadi Civil*, nº 11, 2014.

⁴²⁹ SSTC 231/1988, de 2 de diciembre de 1988; y 170/1994, de 7 de junio de 1994, STC 176/1995, de 11 de diciembre de 1995.

otros derechos o libertades, como la libertad de expresión También ha declarado que, a menudo, “el propósito burlesco, *animus iocandi*, se utiliza precisamente como instrumento de escarnio” y ello puede resultar vulnerador del citado derecho al honor (STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 5). Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el derecho al honor es una emanación de la dignidad, entendido como el derecho a ser respetado por los demás⁴³⁰.

4.5. Los derechos fundamentales: honor e imagen en las personas con discapacidad

4.5.1. Consentimiento de los menores e incapacitados

Como ha reconocido el TC, en este supuesto se debatía sobre la validez del consentimiento prestado por una persona discapacitada, no declarada judicialmente incapaz, para servir como elemento excluyente de las denunciadas lesiones de su derecho al honor y de su derecho a la propia imagen, a pesar de haber acudido de forma voluntaria a la entrevista⁴³¹.

La cuestión gira en torno a la colisión de dos principios: la libertad de las personas para tomar decisiones, con independencia de sus cualidades personales y el principio de seguridad jurídica que ha de imperar en todo el ordenamiento jurídico, ó lo que es lo mismo o entendemos que las personas con discapacidad tiene capacidad de

⁴³⁰ STC 208/2013, en este sentido, atendiendo especialmente al elemento teleológico que la proclamación del derecho fundamental al honor del art. 18.1 CE incorpora, este Tribunal ha tenido la ocasión de señalar que la protección dispensada para ese derecho por el precepto alcanza a la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio (por todas, Entre otras, STC 51/2008, de 14 de abril de 2008; SSTC 231/1988, de 2 de diciembre de 1988; y 170/1994, de 7 de junio de 1994).

⁴³¹ STC 208/2013.

entendimiento y, por tanto, conocen las consecuencias derivadas de los actos que están realizando(siempre y cuando no exista sentencia de incapacitación); o bien, que aunque no exista sentencia de incapacitación que así lo haga constar, la persona con discapacidad no tiene capacidad para prestar consentimientos en determinados actos. Optar por una solución u otra no es cuestión fácil, y obviamente no todos los colectivos implicados van a estar de acuerdo. Lo que sí hay que tener claro, es que se opte por una u otra elección, hay que ser consecuentes⁴³².

La autorización de actos de disposición sobre los derechos al honor, intimidad e imagen en los menores, ha generado una importante litigiosidad en España y la necesidad de que la jurisprudencia y también la doctrina hayan tenido que pronunciarse acerca de cómo y en qué condiciones deben producirse estas manifestaciones de voluntad para que sean válidas y eficaces. Por otra parte, la posición del Ministerio Fiscal, erigido por la ley en defensor del interés del menor, estaba seriamente puesta en entredicho, ante la pasividad con la que, a menudo, contempla cómo los menores intervienen, entre otros foros, en los medios de comunicación, poniendo en peligro estos derechos fundamentales y, en consecuencia, su libre desarrollo individual y su dignidad. Importa destacar que este tipo de intervenciones suelen ser de distinta naturaleza, unas voluntariamente aceptadas por ellos mismos o por sus representantes legales, si bien este consentimiento a menudo es prestado al margen de lo prevenido en la ley, y otras de forma completamente involuntaria. En ambos supuestos, el Ministerio Fiscal está legitimado y legalmente obligado a intervenir de oficio y velar por el superior interés del menor, destinándose la Instrucción del 2006

⁴³² ESCRIBANO TORTAJADA, P., “El consentimiento de las personas con discapacidad en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y el Derecho a la Propia Imagen”, en: *Estudios jurídicos en Homenaje a Vicente I. Montés Penadés*, vol. 1, tomo I, 2011, p. 930.

precisamente a establecer las directrices y pautas según las cuales deben llevar a cabo esa actuación. Por lo demás, también es claro que, a menudo, las mayores vulneraciones sufridas por los menores coinciden con actos «autorizados» por sus progenitores o representantes legales, lo que evidencia la necesidad de un control externo, de una supervisión independiente de tales actos, tarea que la ley ha encomendado al Ministerio Público ya desde el año 1982 con toda rotundidad, pero también con escaso éxito⁴³³.

La doctrina mantenida por el TS en este mismo caso, indica que, el artículo 1263 del Código Civil se limita a proclamar que no pueden prestar el consentimiento contractual los menores no emancipados y los incapacitados, pero que dicha norma no agota los posibles casos en que el consentimiento pueda considerarse inexistente, sino que su correcta interpretación lleva a estimar que en tales supuestos legalmente previstos no existe consentimiento eficaz y tal conclusión no puede ser combatida ni siquiera mediante la aportación de prueba en contrario. Lo que ha venido a establecer al respecto la jurisprudencia de esta Sala es que, tratándose de persona no declarada incapaz por virtud de sentencia dictada en el proceso especial previsto para ello, se presume su capacidad y quien la niega ha de acreditar cumplidamente su ausencia en el momento de prestar el consentimiento que, por ello, habría sido una simple apariencia. Así, además de las que se citan en el recurso, la sentencia de 24 de septiembre de 1997 afirma que en cuestiones de capacidad de una persona, todas las dudas han de solucionarse en favor de la capacidad, y las de 18 de mayo de 1998 y 29 de marzo de 2004, éstas referidas a la validez de disposiciones testamentarias, sientan la presunción "iuris tantum" de capacidad del otorgante cuya incapacidad

⁴³³ MACÍAS CASTILLO, A., "El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen", *op. cit.*, p. 4.

no haya sido previamente declarada -presunción que queda reforzada además por la intervención notarial- pero admiten la posibilidad de que se pueda efectuar prueba en contrario que demuestre la situación de incapacidad real del otorgante, si bien dicha prueba ha de exigirse con especial rigurosidad. Finalmente, señalar que el hecho de que una persona no haya sido incapacitada no significa que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso. En particular, no cabe considerar existente una declaración de voluntad cuando falta en el declarante la razón natural, ya que dicha carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración. Que al presumirse la capacidad del no incapacitado, la falta de capacidad natural debe probarse cumplidamente”⁴³⁴.

El Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos reconoció que, se trata de una minusvalía que no es incapacitación o minoría de edad, quedando constancia que el actor fue voluntariamente entrevistado y filmado, no resultando en consecuencia vulnerado su honor e imagen al existir consentimiento. La voluntad se debe presumir a tenor del artículo 2.2 de la citada Ley 1/82 declarando la jurisprudencia de esta Sala al respecto, que no es necesario que el consentimiento se otorgue por escrito, pudiendo deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas, y declara que *“ha de concurrir para poder tener en cuenta el hecho excluyente relevante de responsabilidades que el consentimiento se presente expreso, lo que implica haber alcanzado del autorizante pleno conocimiento del destino por haber mediado información previa suficiente”*

Todo ello unido al contexto jocoso del programa de emisión, desprovisto de agresividad difamatoria conlleva estimar el motivo del

⁴³⁴ STSJ Cataluña de 14 de febrero de 2006, sentencia núm. 1/2011, de 7 enero, SA P. de Barcelona de 2 marzo de 2011.

recurso de Casación formulado, pues si bien resulta poco ético la actuación y comportamiento del medio televisivo, y las personas físicas intervinientes, la misma no es reprobable desde el ámbito estrictamente jurídico, al no suponer socialmente en tal contexto un menoscabo a su fama, dignidad y propia estima.

Crítico con la postura del Tribunal Supremo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO manifestó que: “La valoración de la utilización de una persona con cierto retraso mental en un programa de televisión de entretenimiento, en una entrevista jocosa, puede ser muy distinta según la perspectiva que se adopte. Cabe considerar que ello no afecta a la dignidad (honor) de esa persona, como se hace en esta sentencia del Tribunal Supremo. Se trata de admitir que esa persona pueda disfrutar por su cuenta, con independencia de cualquier injerencia ajena, de semejante experiencia: unas risas desprovistas de toda animadversión, y además ¡salir por la televisión! Lo que se correspondería con ese propósito de plena integración social de los discapacitados al que me he referido. Pero, desde otro punto de vista, supone admitir que esa persona pueda ser transformada en espectáculo por el mero hecho de su retraso mental ¿Qué otra razón existe para la integración de la entrevista en el espectáculo televisivo? Difícil considerar que no se trata de un grave atentado a su dignidad. La propia Sentencia admite la inmoralidad de la actuación de los demandados: el consciente y manifiesto abuso que la misma implica. Pero, desde este punto de vista, resulta que abusar de un discapacitado para ofrecerlo como espectáculo no es sólo inmoral, sino que también supone atentar gravemente contra su dignidad y causar consecuentemente un daño moral a sus padres y a todo su entorno familiar”⁴³⁵. CASTILLA BAREA, comparte los argumentos anteriores y

⁴³⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La discapacidad como espectáculo”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 1, 2010, p. 5.

rechaza la clara manifestación de la prevalencia que va adquiriendo la defensa de los intereses de los medios de comunicación frente a cualquier otro interés que pueda contraponérseles, especialmente, cuando se trata del honor, la intimidad o la propia imagen de las personas⁴³⁶.

Es reiterada la doctrina, “cuando en la cuestión objeto de un recurso están afectados menores, siendo titulares de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución en el art. 18, con plena capacidad jurídica, ha de partirse de la base de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la anuencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de estos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico”⁴³⁷. Por el contrario la Sentencia del TC del 2013, reconoce que, cuando se trata, como en el presente caso sucede, de personas con discapacidad, es preciso tener en cuenta que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, derivada de lo dispuesto en el ya mencionado art. 49 CE, en aras a proteger el interés de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que los poderes públicos ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos.

4.5.2. El consentimiento de los menores e incapaces en la LO/82 y en la LO/96

La normativa en materia de consentimiento de menores e incapaces no es precisa, como se viene denunciando desde distintos puntos de

⁴³⁶ CASTILLA BAREA, M., “Sentencia de 19 de enero de 2010 (RJ 2010, 157)”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 85, 2011, p. 15.

⁴³⁷ T S .1120/2008, de 19 de noviembre de 2008.

vista, han venido aplicándose en la actualidad dos leyes y abundante jurisprudencia sobre el particular. La LO 1/1982 de 5 de mayo es una de las normas generales por la que se rige el consentimiento de menores e incapaces⁴³⁸. La grandeza de esta Sentencia del Tribunal Constitucional reside en realizar una hermenéutica de la LO 1/82, de 5 de mayo, a la luz de los principios de dignidad y protección de los discapacitados. A través de la misma se logra salvaguardar los derechos de quienes se presumen plenamente capaces y pueden decidir por sí mismos, al no haber sido incapacitados, cuando existieran signos más que evidentes de que no eran conscientes del significado y alcance de las determinaciones que adoptaron⁴³⁹. LACRUZ BERDEJO, interpreta el art 3.1, el prestar consentimiento de menores e incapaces, “cuando tengan una capacidad de discernimiento y un control de su voluntad que permita suponer que conocen la trascendencia de su decisión, saben lo que quieren, y quieren lo que conocen. Es coherente esa norma con lo dispuesto en el art 162 CC que sustrae de la representación y disponibilidad de los padres” los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”⁴⁴⁰.

La concordancia del art. 3.1 LO1/1982 y del art 162.1 CC es más exacta de lo que a primera vista parece, ya que el precepto no habla de

⁴³⁸ Art. 3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, “Uno. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. Dos. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”.

⁴³⁹ CABEZUELO ARENAS, A. L., “Discapacitado no incapacitado judicialmente: intromisión ilegítima en su honor e imagen. Consentimiento no válido aunque no medie sentencia de incapacitación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11, 2014, p. 2

⁴⁴⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L. y Otros: *Elementos de Derecho Civil I, Parte General*, vol. 2º. 6ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 101.

“contratos”, sino de “actos relativos a derechos de la personalidad”, calificación ésta, que se corresponde exactamente con la naturaleza del consentimiento que el menor puede prestar para autorizar la intromisión en un bien de la personalidad propio⁴⁴¹. En este sentido, conviene recordar que el Código Civil reconoce cierta capacidad de obrar a los menores, hasta el punto que cabría cuestionarse si el menor carece de capacidad de obrar, salvo para realizar aquellos actos para los cuales tiene madurez suficiente o si, por el contrario, puede afirmarse que existe un principio general de capacidad de obrar en beneficio del menor, si bien se trata de una capacidad limitada, en aras a la seguridad personal y patrimonial del mismo. En consecuencia, incluso el menor podría celebrar negocios jurídicos con eficacia, dependiendo, claro está, del tipo de negocio de que se trate, así como de la edad y el grado de madurez del menor⁴⁴². Cuando el menor o incapacitado no tenga madurez suficiente, el consentimiento habrá de otorgarse por escrito y por su representante legal, quien estará obligado a poner su intención de consentir en conocimiento del Ministerio Fiscal: si en el plazo de ocho días se opusiera éste, resolverá el juez (art 3.2)”⁴⁴³.

Se establecen una serie de principios para el reconocimiento al menor de edad para llevar a cabo el ejercicio de sus derechos fundamentales: 1) Determinación de la capacidad natural del menor, sin atender a su edad, sino a su capacidad para discernir. 2) Fijación del interés del menor en el caso concreto, en función de la naturaleza del derecho que ejercita. 3) Estudio de la capacidad del menor para advertir las consecuencias de la decisión que adopta, es decir, los efectos del acto

⁴⁴¹ VERDA Y BEAMONTE, J. R. y SORIANO RODRÍGUEZ, E., “La Protección del Derecho a la imagen de menores e incapaces. El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista”, *Revista Aranzadi y Nuevas Tecnologías*, nº 9, 2011, p. 123.

⁴⁴² FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A., “Derecho a la propia imagen del menor”, *Revista Actualidad Civil*, nº 7, 2004, p. 725.

⁴⁴³ LACRUZ BERDEJO, J. L. y Otros, *Elementos de Derecho*, *op. cit.*, p. 102.

que consiente. 4) Evaluación de las consecuencias reales del consentimiento prestado en el desarrollo de su vida futura, pudiendo afectar, en su caso, al libre desarrollo de su personalidad⁴⁴⁴. Estos principios pueden servir de pauta y ser perfectamente aplicables a los incapaces, cabe en la interpretación del art 3.1 de la LO/82.

La expresión “consentimiento de las personas incapaces” ha sido entendida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de enero de 2010 -hoy impugnada en amparo- como una referencia a las personas declaradas judicialmente incapaces y, en aplicación de criterios objetivos, ante la inexistencia de una declaración judicial de incapacidad, afirma que ha de presumirse su capacidad. Sin embargo el TC reconoce que hay que superar esa percepción objetiva de la incapacidad y partir de la premisa obvia de que cuando una persona manifiesta una discapacidad, dicha persona puede poseer capacidad de entendimiento, lo que no significa ignorar la existencia de diversos tipos y grados de discapacidad (física, psíquica o sensorial) que, sin comportar expresamente limitaciones en la capacidad de actuar en el mundo jurídico, sí les sitúan en una especial situación que el órgano judicial debe adecuadamente valorar. Se ha querido ver en esta sentencia, no sin razón una serie de avances respecto a la precariedad de la LO/82: Primero: La ley ha tenido el acierto de instaurar ciertas cautelas o brindar remedios para subsanar el mal que se derivaría de una decisión torpe o inexperta cuando están en juego los derechos de menores o incapacitados. Pero, sin una sentencia como la que comentamos, los

⁴⁴⁴ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad”, en: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, /coord. por Antonio Cabanillas Sánchez, Ed. Civitas, vol. 1, 2002, p. 967.

discapacitados que no fueron judicialmente incapacitados, quedarían a merced de cualquiera. Esos remedios no estaban diseñados para ellos⁴⁴⁵.

En esta dirección, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y, asimismo, las normas internacionales de protección de las personas con discapacidad, muy en particular, la más reciente Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, de la que España es parte, suponen un paso más hacia la igualdad de las personas con discapacidad y el reconocimiento de su capacidad para poder realizar actos con importantes consecuencias, no sólo en la esfera patrimonial, sino en la personal. Las normas citadas, si bien son posteriores a los hechos objeto de este amparo, evidencian la progresiva consolidación de un avance en la concepción de la tutela de las personas con discapacidad, al objeto de que su situación se haga depender de la protección legislativa adecuada, si bien aún no suficientemente desarrollada.

Partiendo de estas premisas, hemos de afirmar que la valoración de si existe o no el consentimiento expreso exigido en el art. 3.1 de la LO 1/1982 como causa excluyente de la ilicitud de un derecho irrenunciable, no puede hacerse depender únicamente de una declaración judicial de incapacidad. La propia Ley dispone en su exposición de motivos que, además de la delimitación del ámbito de protección que puede resultar de las leyes, se estima razonable admitir que, en lo no previsto por ellas, la esfera del honor, la intimidad personal y familiar y la imagen, esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad, por lo que la Ley se resuelve en términos que

⁴⁴⁵ CABEZUELO ARENAS, A. L., “Discapacitado no incapacitado judicialmente: intromisión ilegítima en su honor e imagen. Consentimiento no válido aunque no medie sentencia de incapacitación”, *op. cit.*, p. 5.

permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según el momento y las personas. Prescindir del dato de la incapacitación, como impone ahora el TC para entrar a valorar una deficiencia psíquica que se hace evidente para cualquiera, a la hora de juzgar si ha llegado a recaer o no, un verdadero consentimiento, dispensaría protección en diversos contextos. Salvaguarda, por supuesto, los derechos de aquellos que, debiendo ser incapacitados, no lo fueron, por ser reacios los familiares a adoptar una medida que les resulta dolorosa y que fueron posponiendo⁴⁴⁶.

Pues bien, en el presente caso el actor en instancia acudió voluntariamente al lugar donde tendría lugar la entrevista con el colaborador del programa “Crónicas Marcianas”, de donde la Sentencia impugnada dedujo que consintió libremente a la realización de la misma. Ahora bien, desde la perspectiva del derecho al honor y a la propia imagen, puesta en conexión con lo dispuesto en el art. 49 CE, lo anterior no es suficiente para considerar válido el consentimiento prestado. En primer lugar, porque el art. 2.2 de la LO 1/1982 exige el consentimiento sea expreso, exigencia que, en un caso como el presente, debe ser de interpretación especialmente rigurosa, habida cuenta del mandato de tutela de las personas con discapacidad en el disfrute de los derechos consagrados en el Título I de la Constitución, que se contiene en su art. 49. Por tanto, en este supuesto, no basta con presumir la voluntad por el hecho de realizar la entrevista, sino que era necesario que constara expresamente el consentimiento, constancia que no ha quedado probada,

⁴⁴⁶ CABEZUELO ARENAS, A. L., “Discapacitado no incapacitado judicialmente: intromisión ilegítima en su honor e imagen. Consentimiento no válido aunque no medie sentencia de incapacitación”, *op. cit.*, p. 6.

tal y como se señala en el voto particular emitido al Auto de 10 de enero de 2011⁴⁴⁷.

En consecuencia, el TC concluyó que no existe en el presente caso un consentimiento válido y eficaz que permita excluir la ilicitud de la intromisión en el derecho al honor y a la propia imagen de don J.C.H.A. derivada de las conductas de los demandados en el proceso *a quo*, quienes a pesar de la evidencia de la incapacidad del entrevistado para tomar conciencia del alcance de la entrevista y de las características del programa en el que se iba a emitir, lejos de extremar el celo y las cautelas exigibles para que la participación de aquél en el programa estuviera rodeada de esas garantías, utilizaron esa situación de vulnerabilidad del señor H. con la clara y censurable intención de burlarse de sus condiciones físicas y psíquicas, atentando de esa manera no sólo contra sus derechos al honor y a la propia imagen, sino incluso contra su dignidad. Y la conclusión anterior no puede resultar condicionada por el hecho de que no mediara una declaración judicial de incapacitación del señor H., pues ello supondría, en definitiva, supeditar la eficacia de la previsión del art. 49 CE, y el consiguiente disfrute por parte de las personas con discapacidad de los derechos constitucionales,

⁴⁴⁷ STC 208/2013, “No debe confundirse consentimiento expreso con consentimiento formal, aunque en ocasiones puedan concurrir al tiempo. Quien libre y voluntariamente realiza una conducta está consintiendo expresamente en ella. Consentimiento expreso y conducta no coinciden en estos casos cuando la infracción se produce sin participación directa del titular del derecho. Lo que ciertamente ocurrió con respecto a la reproducción de la entrevista en la página web del programa de televisión (a lo que me referiré de inmediato), pero no con respecto a la propia celebración de la entrevista y a su emisión”. Si el artículo 4.3 LO 1/1996 permite apreciar la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen del menor, incluso cuando su representante legal o él mismo haya consentido, teniendo en principio las condiciones de madurez exigibles —legitimando a tal efecto al Ministerio Fiscal (art. 4.4) —, ello es debido a que se trata de materias en las que es necesaria una plena madurez para garantizar el ejercicio correcto del derecho. Lo que es aplicable con mayor razón al consentimiento prestado por un discapacitado mental no incapacitado legalmente. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La discapacidad como espectáculo”, *op. cit.*, p. 5.

a la existencia de tal declaración, limitación que en modo alguno cabe extraer de la previsión constitucional⁴⁴⁸.

La LO 1/982 habla de “incapaces”, lo que sin duda se refiere a los incapacitados, y no a los discapacitados que no lo están, ya que la categoría jurídica de los discapacitados no existía como tal cuando se promulgo la Ley⁴⁴⁹, no detalló, ni posteriormente el legislador tampoco lo hizo, las circunstancias en la que los menores o sus representantes legales pueden intervenir en el tráfico jurídico autorizando actos de disposición sobre aquellas facetas de estos derechos que así lo permiten. La situación de partida sería la siguiente: si el menor tiene las condiciones de madurez suficientes, él mismo podrá prestar el consentimiento (art. 3.1). En este sentido, la solución no se aparta de la prevista en el Código Civil para la realización de otros actos que desarrollan los derechos de la personalidad. Surge de inmediato la cuestión: ¿cuándo puede considerarse maduro al menor? Si no lo es, o mejor dicho, si el juicio acerca de la madurez que sus padres o representantes legales realizan no es positivo, tendremos que acudir al segundo apartado del art. 3. Idéntica solución se me antoja siempre que existan dudas acerca de la pretendida madurez⁴⁵⁰. De todos modos, la LO 1/1982 no concretó mucho más, por lo que la interpretación de estos preceptos es doctrinal y, sobre todo, jurisprudencial. A su vez, se plantea la necesidad de distinguir entre una mera autorización o permiso para, por ejemplo, hacer uso del derecho a la propia imagen del menor cuya fotografía va a exponerse en el escaparate de una tienda de fotografía, de otros supuestos en los que el consentimiento requerido es un auténtico

⁴⁴⁸ STC 208/2013.

⁴⁴⁹ DÍAZ ALABART, S., “La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas”, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁵⁰ MACÍAS CASTILLO, A., “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, *op. cit.*, p. 1.

consentimiento contractual, para suscribir, por ejemplo, un contrato publicitario, con todos los problemas de capacidad que ello implica⁴⁵¹.

A partir de la entrada en vigor del art. 4 de la LO 1/1996⁴⁵², norma aplicable solo a los menores de edad, no se ocupa de los adultos incapacitados, y menos aún de los que son discapacitados que no han sido incapacitados⁴⁵³, trastocó sensiblemente este escenario legal, queda claro que el consentimiento prestado por el menor que denominamos “maduro” pierde consistencia, toda vez que dicho artículo intensifica la protección del menor legitimando al Ministerio Fiscal para que, aún tratándose de un menor maduro que ha prestado su consentimiento, el Fiscal intervenga de oficio si considera que el acto autorizado es perjudicial para el menor⁴⁵⁴. En el mismo sentido VERDA Y BEAMONTE Y SORIANO RODRÍGUEZ mantiene que, con independencia de que el menor tenga condiciones suficientes de madurez

⁴⁵¹ MACÍAS CASTILLO, A., “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁵² LO 1/1996, de 15 de enero de 1996, Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Art. 4 Artículo 4 Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen: 1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones. 2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. 3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. 4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros”

⁴⁵³ DÍAZ ALABART, S., “La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas”, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁵⁴ LO 1/1996, de 15 de enero de 1996.

y haya prestado su consentimiento, o de que no la tenga y en su caso lo hayan prestado sus representantes legales, dicho consentimiento no actuará como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión cuando el uso de la imagen del menor menoscabe su honor, en general, sea contraria a sus intereses, por atentar contra su integridad moral o ser negativa para su formación⁴⁵⁵. Esta posición fue ratificada por la jurisprudencia⁴⁵⁶.

El art. 4 de la LO 1/1996 es norma de *ius cogens* e impone al Fiscal la obligación de intervenir de inmediato solicitando las medidas cautelares pertinentes para poner fin al acto en cuestión, así como el resto de medidas previstas en la legislación, acción de cesación, acción de abstención y reparación de daños y perjuicios, con especial atención a los de naturaleza extrapatrimonial o moral, fundamentalmente. De hecho, esta norma es de aplicación aun cuando medie la autorización o consentimiento de los padres, tutores o representantes legales del menor y el Ministerio Fiscal considere que el acto es pernicioso para el menor. Esta última apreciación es la verdadera aportación realizada por la LO 1/1996, la de legitimar al Ministerio Público a modo de segundo control para que, aun existiendo condiciones de madurez suficientes en el menor o habiéndose prestado el consentimiento por parte de sus padres o representantes legales, si el Ministerio Fiscal considera que el acto puede

⁴⁵⁵ VERDA Y BEAMONTE, J. R. y SORIANO RODRÍGUEZ E., “La Protección del Derecho a la imagen de menores e incapaces. El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista”, *op. cit.*, p. 122.

⁴⁵⁶ En suma, para que la captación, reproducción o publicación por fotografía de la imagen de un menor de edad en un medio de comunicación no tenga la consideración de intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen (art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982), será necesario el consentimiento previo y expreso del menor (si tuviere la suficiente edad y madurez para prestarlo), o de sus padres o representantes legales (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982), si bien incluso ese consentimiento será ineficaz para excluir la lesión del derecho a la propia imagen del menor si la utilización de su imagen en los medios de comunicación puede implicar menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a sus intereses (art. 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996) TC, Sentencia de 29 de junio de 2009, rec. 8709/2006, *Diario La Ley*, nº 7241, 15 septiembre 2009.

ser perjudicial para el superior interés del menor, intervenga. Esa intervención es judicial y, por tanto, sus efectos pueden llegar a desautorizar a los padres o representantes legales o, incluso, a restringir la aparente «madurez» del menor. De prosperar la pretensión instada judicialmente por el Ministerio Fiscal, la consecuencia será la ineficacia del consentimiento prestado por el propio menor o por sus representantes legales, según el caso⁴⁵⁷.

No puedo más que compartir la postura de DÍAZ ALABART cuando dice “no hay que olvidar que, tratándose de personas que carecen de representantes legales, y que en la mayor parte de las ocasiones, será difícil que actúen por sí mismos, quedarán inermes ante el ataque a sus derechos. La identidad básica entre discapacitados e incapacitados, induce a pensar que correspondería brindar a los primeros las medidas protectoras que a los segundos y, extendiendo a ambos grupos la aplicación por analogía del art 4LO1/1996 mientras que el legislador español no cumpla con su deber de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de los Derechos de los Discapitados”⁴⁵⁸.

4.6. Límites al consentimiento

4.6.1. Interés del discapacitado

Considero por lo anteriormente señalado difícil trazar unos límites que no puedan ser traspasados aún prestando consentimiento los incapaces no incapacitados judicialmente, o sobre los que no haya

⁴⁵⁷ MACÍAS CASTILLO, A., “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁵⁸ DÍAZ ALABART, S., “La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas”, *op. cit.*, p. 16.

recaído una medida de protección, pero con todas prevenciones que permite el Ordenamiento jurídico, me atrevo a establecer los siguientes:

En interés del discapacitado, derivada de la especial protección, que se otorga al incapaz. Cuando se trata, como en el presente caso sucede, de personas con discapacidad, es preciso tener en cuenta que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, derivada de lo dispuesto en el ya mencionado art. 49 CE, en aras a proteger el interés de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que los poderes públicos ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos. En esta dirección, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece diversas prescripciones a tener en cuenta en el caso que nos ocupa. (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre; y 170/1994, de 7 de junio. La valoración de si existe o no el consentimiento expreso exigido en el art. 3.1 de la LO 1/1982 como causa excluyente de la ilicitud de un derecho irrenunciable, no puede hacerse depender únicamente de una declaración judicial de incapacidad. Resulta, por tanto, que el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. En términos parecidos, en los casos en que los intereses de los menores están afectados, el ordenamiento jurídico otorga una especial protección al interés del menor. En este sentido, la sentencia de esta Sala núm. 782/2004, de 12 de julio (RJ 2004, 4343), afirma que los mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales de los menores establecidos en el art. 3 de la LPDH se refuerzan en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 146), de Protección Jurídica del Menor (en lo sucesivo, LPJM), como dice expresamente su

preámbulo o exposición de motivos. Tras reconocer el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen de los menores (art. 4.1), e imponer la intervención del Ministerio Fiscal frente aquellos actos que puedan constituir intromisión ilegítima en esos derechos (art. 4.2), su art. 4.3 establece: “[s]e considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”. Esta intensificación en los niveles de protección se justifica teniendo en cuenta que la naturaleza del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación⁴⁵⁹. No veo pues inconveniente alguno en aplicar la misma doctrina del interés del menor a la persona con discapacidad.

459 STC 208/2013. Esta doctrina se identifica con la del TS respecto a la de los menores” Ahora bien, cuando se trata, como en el presente caso sucede, de la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta, además de lo anteriormente señalado, que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor, como destacan el Tribunal Supremo en la Sentencia impugnada en amparo (así como las precedentes Sentencias de primera instancia y de apelación que aquella confirma) y el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones. En efecto, cabe recordar que, de conformidad con el art. 20.4 CE, las libertades de expresión e información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el título I, en las leyes que lo desarrollan «y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Asimismo, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia (sobre cuyo valor interpretativo ex art. 10.2 CE no es necesario insistir), y, entre ellas, muy en particular, la Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos del niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990), que garantiza el derecho de los niños a la protección de la ley contra las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 16), así como la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta europea de los derechos del niño, en la que se establece que «todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales a su honor» (apartado 29 del § 8 de la Resolución A 3-0172/92 de 8 de julio). Sentencia 818/2013, de 17 de diciembre de 2013, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Madrid.

4.6.2. La exigencia de una garantía adicional de los derechos

La exigencia de una garantía adicional de los derechos, en juego, que en el presente caso se concretarían en la exigencia al entrevistador de que expresamente se asegurara de que el actor, con una discapacidad física y psíquica evidente, era claramente conocedor de las características del programa en el que se emitiría la entrevista y del alcance de ésta. La garantía de que el acto voluntario de acudir a la entrevista comportaba la consciencia de lo que estaba haciendo y, ante las muestras evidentes de que dicha consciencia era dudosa -como ha quedado probado en el proceso-, La exigencia de una doble garantía en los casos previstos en el art. 3. 1 de la Ley 1/1982 se explica por el carácter de los derechos que la Ley quiere proteger. En este sentido, es relevante también la naturaleza del programa en el que se iba a emitir la entrevista y el propio tono de la misma, un montaje burlesco elaborado al objeto del entretenimiento del público que perseguía una finalidad humorística mediante la manipulación de la persona entrevistada, por lo que la exigencia de especiales garantías no es sino coherente con las circunstancias del caso.

Esta garantía adicional, sostiene CLEMENTE MEORO se corresponde con la doctrina del mismo TS que éste no aplicó en el caso del que estamos tratando, la de que el consentimiento prestado a efectos de excluir la ilicitud de la intromisión esté plenamente determinado. El TS hubiera podido aplicar su propia doctrina al caso, el consentimiento no puede ser general, sino que ha de referirse a cada caso en concreto acto de intromisión, según resulta de los arts 2.2 y 8.1 LO 1/1982, lo que deriva del carácter irrenunciable de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. Una cosa es la existencia del consentimiento y otra su

alcance en cuanto a destinatarios, objeto y duración, pues en ningún momento alegan los demandados que solicitaran consentimiento para la emisión de la entrevista; y mucho menos para la inclusión de la imagen distorsionada del entrevistado en la página web del programa⁴⁶⁰, si a ello añadimos la discapacidad del entrevistado, con mayor motivo resulta acertada la STC 208/2013, que interpreta la LO 1/1982 a la luz de los principios de dignidad y protección de los discapacitados. En defecto de tales garantías la presencia voluntaria del entrevistado no podrá equipararse a un consentimiento válido y eficaz⁴⁶¹.

4.6.3. Limitación por las libertades de expresión e información

El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. Es doctrina constante tanto del TS como del TC⁴⁶² y en el caso enjuiciado, el TC manifiesta la prevalencia

⁴⁶⁰ Entre otras STS de 22 de febrero 2006 (RJ2006,830), STS de 3 noviembre 1988 (RJ1988,8408). STS de 18 octubre 1994 (RJ1994,7724), STS de 18 de julio 1998 (RJ1998,6278). STS de 24 de abril 2000 (RJ 200,2673, CLEMENTE MEORO, M. E., “Consentimiento prestado por persona discapacitada no incapacitada y derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. Consideraciones en torno a la STC 208/2013, de 16 de diciembre”, *Derecho privado y Constitución*, nº 28, p. 198. En el mismo sentido CASAS VALLES, R., “Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación”, *Poder Judicial*, nº 14, 1989, p. 143.

⁴⁶¹ STC 208/2013.

⁴⁶² Se recoge la doctrina en una sentencia Audiencia Provincial de Asturias muy similar al caso planteado (Sección 7ª) Sentencia núm. 461/2012 de 17 octubre. AC\2012\2015 muy similar al caso planteado. El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. La limitación del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por la libertad de expresión e información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (respecto del derecho al honor, SSTS de 13 de enero de 1999, 29 de julio de 2005, 21 de julio de 2008 (RJ 2008, 4489), RC núm. 3633/2001, 2 de septiembre de 2004, RC núm. 3875/2000, 22 de julio de 2008, 12 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 4), RC núm. 841/2005, 19 de septiembre de 2008, RC núm.

2582/2002,5 de febrero de 2009, RC núm. 129/2005,19 de febrero de 2009, RC núm. 2625/2003,6 de julio de 2009, RC núm. 906/2006,4 de junio de 2009, RC núm. 2145/2005; respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, SSTS 16 de enero de 2009 (RJ 2009, 419), Pleno, RC núm. 1171/2002,15 de enero de 2009, RC núm. 773/2003, 6 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8268) , RC núm. 157/1998; respecto del derecho a la imagen, STC 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994, 99), SSTS 22 de febrero de 2007, RC núm. 512/2003,17 de febrero de 2009, RC núm. 1541/2004, 6 de julio de 2009 (RJ 2009, 4452), RC núm. 1801/2005). La técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 11 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1639), RC núm. 1457/2006). La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio (RTC 1990, 105), FJ 4, 29/2009, de 26 de enero (RTC 2009, 29), FJ 4). La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde esta perspectiva, i) La ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública o se trata, simplemente, de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones (SSTEDH 1991/51, *Observer y Guardian*, 2004/36, *Plon, Von Hannover y Alemania*, SSTC 115/2000y_143/1999 (RTC 1999, 143)_y SSTS de 5 de abril de 1994, 7 de diciembre de 1995, 29 de diciembre de 1995, 8 de julio de 2004, 21 de abril de 2005) pues entonces el peso de la libertad de información en el primer caso es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. En relación con aquel derecho, la STS 17 de diciembre de 1997(no afectada en este aspecto por la STC 24 de abril de 2002) declara que la "proyección pública" se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias. En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado. II) La libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007 (RTC 2007, 139), 29/2009, de 26 de enero, FJ 5) pero este requisito de veracidad resulta de menor trascendencia cuando se afecta al derecho a la intimidad personal y a la propia imagen. III)La transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, porque, como viene reiterando el TC, la CE no reconoce un

hipotético derecho al insulto (SSTC 112/2000 (RTC 2000, 112), 99/2002, 181/2006, 9/2007, 39/2007, 56/2008 de 14 de abril (RTC 2008, 56); SSTS 18 de febrero de 2009, RC núm. 1803/04, 17 de junio de 2009, RC núm. 2185/06). El requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje informativo oral o escrito, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en éste se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 5). IV) La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de esta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión (STS 19 de marzo de 1990). V) La ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico (STS de 6 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8268), RC núm. 157/1998). Del mismo modo, también debe valorarse la conducta previa del afectado por la difusión incontestada de la propia imagen, "como ocurre cuando la propia -y previa conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con él" (STC 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994, 99) ; STC 14/2003, de 28 de enero (RTC 2003, 14) . Al propio tiempo y en relación con la aplicación de la doctrina del reportaje neutral al supuesto enjuiciado, hemos de decir, como indicamos en la sentencia de esta sala, de fecha 13 de Abril de 2007 (AC 2007, 1633), que la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2006 (RJ 2006, 3979), declara acerca del reportaje neutral que".... Tal doctrina, como han reiterado el Tribunal Constitucional y esta Sala (SSTC 76/2002, 8 de abril (RTC 2002, 76) y 158/2003, 15 de septiembre (RTC 2003, 158), istes 26 julio 2000; 22 diciembre 2003/ ; y 26 julio, 11 octubre y 18 noviembre de 2004 (RJ 2004, 7241) y 22 de junio de 2005 (RJ 2005, 5085) , entre otras muchas), se aplica como protectora de la información difundida cuando se reproduce lo que un tercero ha dicho o escrito limitándose a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones del tercero que pueden eventualmente ser contrarias al art. 18.1 CE (RCL 1978, 2836), resultando insuficiente, para estimar cumplida la diligencia, con acreditar la verdad del hecho de la declaración sin extenderse a la veracidad de lo declarado. El medio informativo es un mero transmisor -transcribe exactamente lo manifestado por su fuente-, pero debe personalizar en concreto de quien partieron las manifestaciones vertidas, es decir han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas. Y resulta evidente que aludir como fuente, a los estrictos efectos de reportaje neutral, a la Cofradía o a los cabos de andas, no supone la determinación necesaria del tercero que permita aplicar la doctrina del reportaje neutral...." Y sobre los requisitos y límites de la veracidad informativa señala que: "Sentado lo anterior, el tema nuclear del asunto relativo al requisito de la veracidad debe ser examinado y resuelto en la perspectiva de que información veraz significa información debidamente contrastada o comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias (SSTs 19 de julio de 2004 (RJ 2004, 6790) 29 de junio y 18 de octubre de 2005, 9 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5413) , entre otras). No se exige una veracidad absoluta o plena, ya que si, por un lado, caben errores o desviaciones que no alteren la verdad esencial de la afirmación (SSTs 25 de enero y 31 de julio de 2002, 9 y 19 de julio de 2004), porque la veracidad exigible no es sinónima de verdad objetiva e incontestable (S. 4 de marzo de 2000 (RJ 2000, 1361) y 9 de julio de 2004), y no

del derecho al honor y a la imagen del la persona con discapacidad sobre el derecho a la información“ no cabe sino concluir en que la información y la actividad desarrollada en el programa “Crónicas Marcianas” con don J.C.H.A. carece, desde cualquier perspectiva, del interés público y la relevancia pública necesaria para que esté cubierta por el ejercicio de esa libertad por profesionales de la información y, muy al contrario, resulta una clara intromisión y abuso de sus derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. Y es que, en efecto, la entrevista realizada por don J C al señor H., posteriormente emitida en el referido programa, y reflejada también en su página web, no sólo carecía de valor informativo alguno, sino que, además, fue realizada únicamente con propósito burlesco, para ridiculizar al entrevistado, poniendo de relieve sus signos evidentes de discapacidad físicas y psíquicas, *animus iocandi* que fue advertido tanto en la Sentencia de primera instancia como en la dictada en apelación, e incluso en la recaída en casación, que consideró poco ética la actuación del medio televisivo”⁴⁶³.

equivale a realidad incontrovertible de los hechos (SS. 18 de abril de 2000y9 de julio de 2004), por otro lado, es suficiente que la información obtenida y difundida sea el resultado de una búsqueda que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (SSTS 6 y 9 de julio y 2 de septiembre de 2004, 18 de octubre de 2005, 9 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5413)), lo que exige que la fuente sea fidedigna, seria o fiable (SSTS 22 de julio de 2004 (RJ 2004, 5136).

⁴⁶³ STC 208/2013, fundamento jurídico 5. De especial interés sobre la jurisprudencia acerca del consentimiento de menores e incapaces véase: LÓPEZ MARTÍNEZ, J. C., “Tratamiento jurisprudencial del conflicto entre libertades de expresión e información y derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Criterios de ponderación”, *Diario La Ley*, nº 8059, Sección Dossier, 10 de abril de 2013. El consentimiento de los menores (e incapaces) deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez. En consecuencia, los menores están sujetos a un régimen legal de especial protección que trae como resultado que no basten los requisitos generales para garantizar la preeminencia de las libertades de información y expresión sobre los derechos del menor. Cuando se presta por representación, el consentimiento habilitante debe constar previamente y por escrito, si bien no es suficiente por sí mismo si no se participa al Ministerio Fiscal, verdadero garante del

4.6.4. *Ordenamiento en general*

Aplicación del Ordenamiento, no solo de leyes específicas a las que se ha aludido anteriormente, también, las que regulen las cautelas establecidas en los medios de comunicación, entre otras, en el art 8 de la Ley reguladora de servicios de la sociedad de información, que, recoge las restricciones a la prestación de servicios y procedimiento de cooperación intracomunitario⁴⁶⁴:

interés superior del menor. STS 18 de febrero de 2013 (LA LEY. 4719257/2013) Rec. 438/2011, “En los casos en los que los intereses de los menores están afectados, la normativa tanto interna (artículo 4.3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LA LEY. 167/1996), que establece que constituye intromisión ilegítima la utilización de imágenes de los menores en los medios de comunicación que sea contraria a sus intereses), como la internacional (artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (LA LEY. 18276/1966); artículo 6 del Convenio Europeo hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; artículo 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 29 de noviembre de 1985 —Reglas de Beijing—; y artículo 3 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1989) otorgan una especial protección al interés del menor. La Carta Europea de derechos del niño de 21 de septiembre de 1992 reconoce que todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad». STS 11 de junio de 2012 (LA LEY. 4618868/2012), Rec. 304/2010 “aunque exista un interés general en el conocimiento de los hechos, sobre los que versa la información por su relevancia pública, y además sea veraz, comprobada y contrastada, al ser negativa en relación al menor, la difusión de datos que permitan su identificación, es innecesaria y perjudicial para el interés del menor, y solo estará amparada por las leyes, cuando el menor no resulte identificado. [...] se considerara intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales (artículo 4.3)”. STS 25 de febrero de 2009 (LA LEY. 11250/2009), Rec. 1125/2004 “aun en el supuesto de que se cuente con el beneplácito paterno o tutelar, si la imagen difundida atenta o menoscaba la honra, la intimidad personal y familiar y la imagen del menor, la utilización de la misma constituye un atentado al derecho a la imagen de su titular [...] resultando imposible eludir el requisito del consentimiento expreso y por escrito de sus padres, así como prescindir de la intervención del Fiscal”.

⁴⁶⁴ Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico de servicios de la sociedad de la información y de comercio.

“1. En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Los principios a que alude este apartado son los siguientes:

a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.

b) La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.

c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social.

d) La protección de la juventud y de la infancia”.

Redacción según Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, modificada posteriormente por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica; Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007 por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. La Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones; la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información; la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad y el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

Por supuesto, la aplicación de la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de de 2006, ratificada por España el 30 de marzo de 2007, cuyo artículo 22 dice: "Ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones. 2. Los Estados Partes protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás".

El art 8 del mismo texto, manifiesta que, "Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para:

a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas;

b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida;

c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad".

La Convención de Nueva York, es el texto definitivo que va a constatar el cambio, no solo de terminología sino en la consideración de sujeto titular de los derechos de la persona con discapacidad, y que la autonomía que posea la pueda ejercer sin dificultades y con el respeto de los demás. En definitiva la clave es ser capaz de entender la

discapacidad como una cuestión de derechos humanos, e integrarla desde una triple perspectiva, en los medios como empresa, aplicado a sus entornos (accesibilidad universal y diseño para todos), al empleo (igualdad y no discriminación), al contenido de sus mensajes (desde los valores que han sido referenciados al hablar de discapacidad) y muy importante y por ello se explicita aparte, atendiendo al canal de difusión que emplea, de tal forma que este sea accesible a todos⁴⁶⁵.

⁴⁶⁵ LIDÓN HERAS, L., *La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿Por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los medios de comunicación*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1ª ed., Madrid, julio 2011, p. 151.