

# 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

**ANTONIO GARCÍA PONS**

Doctor en Derecho

Notario

## RESUMEN

*La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 supone una auténtica revolución en todos los órdenes, pero en particular lo es en lo referente a la adaptación a ella de las legislaciones internas de la mayoría de los Estados que han procedido a su ratificación. En España, que también ratificó la Convención, ha tenido lugar esa adaptación legislativa en diversas materias, pero todavía no en el Derecho civil, probablemente la materia más trascendente por la importancia capital que reviste el hecho de que la regulación básica o nuclear en este tema (capacidad de las personas, actuación en la realidad jurídica, medios de apoyo, etc.) se encuentra en el Derecho civil, y en particular en el Código Civil, cuerpo legal que es, por otra parte, supletorio de otras leyes. Pero a las dificultades propias de reformar un código de la complejidad e importancia del Código Civil, se unen las más que aparentes dificultades de comunicación entre el estamento jurídico-civil (doctrina civilista, operadores jurídicos, Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, etc.) y el mundo de la discapacidad (movimiento asociativo, asociaciones de personas con discapacidad y sus familiares, etc.). Al denominado «Diálogo civil» (participación del mundo de la discapacidad en las reformas) debe unirse el «diálogo en el Derecho civil» que haga posible una reforma dialogada, y a ser posible consensuada, y sin tensiones innecesarias. A ese objetivo pretende contribuir el presente trabajo.*

**PALABRAS CLAVE**

*Discapacidad, Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, reforma del Código Civil, movimiento asociativo, estamento jurídico-civil, Dialogo civil y dialogo en el Derecho civil.*

**ABSTRACT**

*The Convention on the Rights of Persons with Disabilities is a real revolution in all spheres, particularly in the adaptation of domestic legislations. In Spain that adaptation has taken place in various areas, but not yet in civil law, which is probably the most important area, being that it is the body of regulation that treats the issue, including capacity of individuals, acting in the legal relationships and support means. Moreover, Spain's Civil Code is a legal body supplementary to other laws. To the difficulties in reforming such a complex and important code we must add the big obstacle of communication between the civil legal establishment, including civil law authors, legal practitioners, the Law Coding Commission, and others, and the disability associations movement. To this so called civil dialogue we have to add the «Dialogue on Civil Law», which could possibly become a dialogued negotiated and consensual legal reform, without unnecessary conflicts. The purpose of this paper is to contribute to that aim.*

**KEYWORDS**

*Disability, Convention on the Rights of Persons with disabilities, Civil Code reform, association movement, civil legal establishment, civil dialogue, Dialogue on Civil Law.*

**SUMARIO:** 1. Introducción.-2. El valor jurídico de las convenciones internacionales.-3. El artículo 12 de la Convención de 13 de diciembre de 2006. 3.1. El contenido del artículo 12. 3.2 La trascendencia de dicho precepto y su proceso de elaboración. 3.3 Las reservas y declaraciones interpretativas de los Estados partes.-4. La teoría clásica de la capacidad de la persona.-5. La pretendida unificación de la capacidad jurídica en la Convención de Nueva York de 2006 y sus consecuencias. La STS de 29 de abril 2009. 5.1 Planteamiento de la cuestión. 5.2 El tema en la Doctrina Científica. 5.3 El tema en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: La Sentencia de 29 de abril de 2009.-6. La aplicación de la Convención por el Tribunal Supremo en otras resoluciones distintas de la Sentencia de 29 de abril de 2009. El Ministerio Fiscal. Los Jueces y la Convención. 6.1 Las resoluciones del TS en forma de Auto que resuelven cuestiones de competencia territorial de Jueces y Tribunales en materia de tutela, incapacitación e internamiento involuntario. 6.2 La Sentencia del TS de 21 de septiembre de 2011. 6.3 La Sentencia del TS de 17 de julio de 2012. 6.4 La Sentencia del TS de 11 de octubre de 2012. 6.5 La intervención del Ministerio Fiscal. 6.6 Los Jueces y la Convención.-7. La aplicación directa de la Convención en el Derecho interno de España. Algunos casos resueltos por los Tribunales de Justicia. 7.1 La cuestión de la aplicación directa de la Convención

en la Doctrina. 7.2 La aplicación directa de la Convención por los Tribunales. Algunos casos prácticos.–8. La adaptación de la Legislación Española a la Convención de Nueva York de 2006. 8.1 El informe del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010. 8.2 La adaptación legislativa en ámbitos diferentes al Derecho Civil: La Ley 26/2011, de 1 de agosto y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre. Su coordinación con dicha disciplina. El R.D. 1/2013, de 11 de enero. 8.3 Las declaraciones oficiales y propuestas de política legislativa. 8.4 El informe de 2012 del Comité de Naciones Unidas sobre España. 8.4.1 El significado del protocolo facultativo de la Convención. 8.4.2 El Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad y su informe de 2012 sobre España.–9. Los problemas de la adaptación legislativa a la Convención precisamente en el ámbito del Derecho Civil. 9.1 El tradicional carácter constitutivo de la sentencia de Incapacitación: De la teoría formalista de la capacidad a la teoría realista de la misma. La capacidad legal suficiente. 9.1.1 La cuestión en la Doctrina Científica. 9.1.2 La cuestión en la Jurisprudencia. 9.1.3 La evolución legislativa en esta materia: La capacidad legal suficiente. 9.2 Las aparentes dificultades de comunicación entre la Doctrina Civilista y el Mundo de la Discapacidad. El Diálogo Civil y el Diálogo en el Derecho Civil. 9.2.1 El Diálogo Civil. 9.2.2 El Diálogo en el Derecho Civil.–10. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Tras sucesivas sesiones de trabajo, el Comité Especial establecido por la Organización de las Naciones Unidas en el año 2001 elaboró un proyecto de *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*», que finalmente fue adoptado por consenso en la 76.ª sesión plenaria de la Asamblea General, el día 13 de diciembre de 2006, y que constituye el primer convenio internacional del Sistema de Naciones Unidas que trata de forma específica sobre las personas con discapacidad. La Convención va acompañada de un Protocolo de carácter facultativo, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de la misma fecha, complementario pero independiente de aquella, mediante el cual todo Estado Parte en el Protocolo reconoce la competencias del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para controlar el correcto cumplimiento de lo dispuesto en la Convención.

*El Reino de España ratificó ambos instrumentos internacionales*, la Convención y el Protocolo Facultativo, sin formular ninguna reserva, mediante Instrumentos de Ratificación, ambos de fecha 23 de noviembre de 2007, que fueron depositados en Naciones Unidas el 3 de diciembre de 2007, y publicados en los Boletines Oficiales del Estado de 21 y 22 de abril de 2008, respectivamente, entrando en vigor de forma simultánea el día 3 de mayo de 2008.

Por su parte, *la Unión Europea, que como «organización regional de integración» participó en la gestación y negociación de esta Convención internacional (art. 44 de la misma), aprobó la Convención por decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009. Junto al Instrumento de confirmación de la Convención, se aprobó también la Declaración sobre la competencia de la Unión Europea en lo que se refiere a las cuestiones regidas por la Convención, así como una reserva a la misma sobre el artículo 27.1<sup>1</sup>.*

La Convención Internacional de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 (en lo sucesivo CNY, o Convención de Nueva York de 2006) recoge las inquietudes y anhelos del mundo de la discapacidad en forma de convenio internacional amplio e integral sobre los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso. La CNY opta por el modelo integrador o social, promueve y protege los derechos de las personas con discapacidad en todos los órdenes, fomentando su participación e integración social en igualdad de condiciones con los demás, plena accesibilidad y no discriminación, reconociendo paralelamente la importancia que para dichas personas reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.

Sin ánimo exhaustivo, sino más bien de forma sucinta, pasamos a señalar algunas de las características más notables de dicha Convención:

1) *Propósito de la Convención.* De acuerdo con el párrafo primero del artículo 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 por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente».

2) *Personas con discapacidad.* Según el párrafo segundo del mismo precepto: «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.»

3) *Principios generales.* Revisten enorme importancia y están contenidos en el artículo 3: a) El respeto de la dignidad inherente,

<sup>1</sup> La reserva en realidad se limita a declarar que en virtud de lo establecido en el Derecho comunitario los Estados miembros podrán formular sus propias reservas al artículo 27.1 de la Convención, en la medida en que la Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, les confiere el derecho de excluir del ámbito de aplicación de esa misma Directiva la no discriminación por motivos de discapacidad en el ámbito de las fuerzas armadas.

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; y, finalmente, *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.

En el terreno más concreto, consagra la Convención una serie de derechos de las personas con discapacidad, entre los que destacan los que pueden clasificarse como *Derechos de Igualdad*; tales son los de igualdad y no discriminación (art. 5), accesibilidad (art. 9), igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12), e igualdad en el acceso a la justicia (art. 13). El presente trabajo intenta analizar estos dos últimos derechos o principios, especialmente el contenido en el artículo 12, en relación con el Derecho Civil de España, tarea nada fácil, como demuestra la todavía pendiente adaptación de esta disciplina a lo dispuesto en la Convención.

## 2. EL VALOR JURÍDICO DE LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES

Mucho se ha discutido sobre el valor normativo de los Tratados o Convenciones internacionales, dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico interno de los Estados, con arreglo al principio de legalidad o jerarquía normativa. Como es sabido, según este principio, establecido en el artículo 9 de la Constitución Española (en lo sucesivo CE), toda norma emanada de los poderes públicos ha de ser conforme a las normas de rango superior, no pudiendo contradecirlas, suspenderlas ni derogarlas.

Aunque se trata de una cuestión debatida, en algún momento ha llegado a defenderse que los Tratados o Convenciones internacionales tienen un valor normativo superior incluso a la Constitución de los Estados signatarios. Hay que tener en cuenta que, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 96.1 CE, sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en la propia Convención o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional; y que la celebración de un Tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional (art. 95.1 CE).

Sin llegar a este extremo, como decimos muy discutido, cierto es que *los Tratados o Convenciones internacionales, una vez culminado el proceso de ratificación y publicación de los mismos por el Estado español, ocupan un valor jerárquico superior a la ley, no sólo a la ley ordinaria sino también a las leyes orgánicas*. El indiscutible carácter de pacto internacional entre Estados soberanos que reviste un Tratado obliga a su cumplimiento, y su denuncia deberá revestir el mismo procedimiento previsto para su aprobación (art. 96.2 CE).

Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE). Por eso dispone el artículo 1.5 del Código Civil (en lo sucesivo denominado en abreviatura CC) que las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado. En consecuencia, las Convenciones y Tratados internacionales, una vez ratificados y publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno, y las normas jurídicas en ellos contenidas son de aplicación directa. Bien claro establece el artículo 10.2 CE que: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Una aplicación práctica de este último mandato constitucional, fue llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio; esta Ley, a la vez que autorizó la ratificación del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, estableció en su artículo 2 que, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución Española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la *Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro reproduce a continuación la propia Ley Orgánica 1/2008, incorporándolo así al Derecho interno español, y siendo ya por tanto de aplicación directa en España*.

Por cierto, es importante retener también que la mencionada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea pasa a tener para los Estados miembros el *valor jurídico de un Tratado*

*internacional*, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea modificado precisamente por el Tratado de Lisboa<sup>2</sup>: la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 (y publicada el 14) de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Si destacamos esto, es porque en el Título III de dicha Carta de los Derechos Fundamentales se alude a la «Igualdad», y, dentro del mismo Título, el artículo 20 establece que *«todas las personas son iguales ante la ley»*; el artículo 21.1 que *«se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual»*; y el artículo 26 que *«la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad»*.

Lo que conecta directamente con el artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre derechos de las personas con discapacidad, al establecer la Carta de Derechos Fundamentales, lo mismo que el mencionado artículo 12, *el principio general de igualdad de todas las personas ante la ley*, si bien este último desarrolla con más detalle el expresado principio respecto de su aplicación a las personas con discapacidad, como vemos a continuación.

### 3. EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006

#### 3.1 El contenido del artículo 12

El artículo 12 de la CNY establece el principio de igual reconocimiento como persona ante la ley. En su párrafo primero se reafir-

<sup>2</sup> El Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, y ratificado por España mediante Instrumento de 26 de septiembre de 2008 (publicado dicho Instrumento de Ratificación en el *BOE* de 27-11-2009, y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009), en realidad se limita a modificar el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, pasando a denominarse este último Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, mientras que el Tratado de la Unión Europea (TUE) mantiene su denominación. En lo que a nosotros nos interesa ahora, el Tratado de Lisboa no sólo conserva los derechos ya existentes sino que introduce otros nuevos, y en particular garantiza las libertades y los principios enunciados en la mencionada Carta de los Derechos Fundamentales, cuyas disposiciones pasan a ser jurídicamente vinculantes, con valor normativo de tratado internacional para los Estados signatarios.

ma que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica; obsérvese que los Estados partes «reafirman» ese derecho de las personas con discapacidad, no es que nazca con la Convención: ya existía antes de ella, y ahora se reafirma.

Los dos párrafos siguientes del artículo 12 son trascendentales y en realidad compendian todo su significado: «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». De este modo, a continuación de la categórica afirmación de igualdad de condiciones con los demás en lo que se refiere a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida, *el precepto establece en su párrafo tercero el paradigma de los apoyos, piedra angular de todo el sistema, pues éstos pasan a representar el motivo central del cambio legislativo que se avecina: el tradicional modelo de la discapacidad, basado en la sustitución y en la menor capacidad, deberá ser reemplazado por otro cuyo centro neurálgico resida en los apoyos a la capacidad de la persona y a sus potencialidades.*

Distinto es el significado del párrafo 4 del artículo 12 de la Convención, ya que supone un cierto contrapeso a lo que disponen los párrafos anteriores, pero contrapeso necesario al establecer las *salvaguardias o garantías que deberán respetarse en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad*, con el fin de impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos<sup>3</sup>. Esas salvaguardias o garantías 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

<sup>3</sup> Literalmente transcrito, dicho párrafo 4 del artículo 12 CNY dice lo siguiente: «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».

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.

Finalmente, el último apartado del repetido artículo 12, el párrafo 5, da idea de cómo están las cosas en determinados países respecto a los derechos de las personas con discapacidad, pues los redactores de la Convención se vieron obligados a consignar algo que parece obvio, pero que no lo es tanto a la vista de que hay que remarcarlo en un convenio internacional sobre derechos humanos de ámbito mundial: 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. A este respecto, y sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores del propio artículo, se dispone que los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar esos derechos, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

### **3.2 La trascendencia de dicho precepto y su proceso de elaboración**

Por lo expuesto, *no es difícil entender que el artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 constituya el punto clave de dicha Convención*, el tema central de la misma, y el que está produciendo mayores quebraderos de cabeza a los legisladores de los países signatarios para adaptar sus legislaciones internas a lo dispuesto en los diversos apartados del mencionado precepto. No en vano la discusión en torno a este artículo puso en peligro la adopción misma del texto final de la Convención.

En efecto, la discusión se centró en la distinción, ya clásica por otra parte, y en la que entraremos enseguida, entre capacidad jurídica y capacidad de obrar: mientras algunos países defendían el pleno reconocimiento y garantía tanto de una como de otra para las personas con discapacidad, otro grupo de países abogaban por una referencia exclusivamente a la capacidad jurídica sin ninguna mención a la capacidad de obrar. En el primer grupo se encontraban los países occidentales tanto de Europa como de América; en el segundo grupo estaban los países islámicos, China y Rusia.

En un principio, la solución de compromiso en la redacción del texto propuesto por el Comité Especial de Naciones Unidas tuvo que incluir una novedosa «nota a pie de página» del artículo 12 con la siguiente redacción: «En árabe, chino y ruso, la expresión capa-

cidad jurídica se refiere a la capacidad jurídica de ostentar derechos, no a la capacidad de obrar».

Con este peculiar sistema quedaba reflejada en el convenio la enorme distancia que separa ambas mentalidades, una abierta a los derechos en su más amplio sentido en favor de las personas con discapacidad, tanto en su titularidad jurídica como en su ejercicio práctico, y otra atribuyéndoles en teoría la titularidad formal de los derechos pero reservándose para su legislación interna la regulación en la práctica del ejercicio de tales derechos por estas personas.

### 3.3 Las reservas y declaraciones interpretativas de los Estados Partes

Al final, se suprimió dicha nota en el texto definitivo que fue aprobado por la Asamblea General, y el artículo en cuestión quedó redactado como vimos anteriormente. Pero ello no impidió que, una vez adoptada la Convención, en el proceso de firma y ratificación de la misma se produjeran multitud de reservas y declaraciones interpretativas sobre el referido precepto, lo que demuestra los problemas que acarrea su puesta en práctica.

A título de ejemplo, he aquí algunas de esas *reservas y declaraciones interpretativas sobre el artículo 12*, efectuadas por determinados Estados signatarios: «Australia entiende que la Convención autoriza medidas que prevean la asistencia total o la sustitución en la toma de decisiones, bien entendido que una decisión debe ser tomada en nombre de una persona solo en el caso de que tal medida resulte necesaria, como último recurso y bajo determinadas garantías» (Declaración); «En la medida en que el artículo 12 pueda ser interpretado como imponiendo la eliminación de todas las medidas de representación relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, *Canadá* se reserva el derecho de continuar utilizando dichas medidas en circunstancias que sean apropiadas y acompañadas de las debidas garantías» (Declaración y Reserva); «Conforme al derecho de *Egipto*, el concepto de capacidad jurídica establecido en el párrafo 2 del artículo 12 debe entenderse, para el supuesto de personas con discapacidad mental, referido a la capacidad de goce o disfrute pero no a la capacidad de ejercicio o de obrar» (Declaración Interpretativa); «Las disposiciones legales del *Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte* en virtud de las cuales el Secretario de Estado puede designar una persona para que pueda realizar los cobros y pagos de la Seguridad Social en nombre y representación de una persona en ese momento incapaz de obrar, no son objeto en la actualidad de un examen periódico de garantía,

tal como exige el artículo 12.4 de la Convención, y el Reino Unido se reserva el derecho de aplicar dichas disposiciones. En consecuencia, Reino Unido se compromete a establecer un sistema de control adecuado» (Reserva).

La cuestión esencial que plantea el artículo 12 de la Convención se presenta, pues, con meridiana claridad: ¿continúa siendo válida después de la Convención la clásica distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar de la persona?; ¿acaso la Convención ha unificado ambas en el concepto de «capacidad jurídica», sin que sea ya posible la separación entre aquellos conceptos clásicos, en gran parte basada en motivos discriminatorios referentes a la discapacidad? Merece la pena detenerse en este tema.

#### 4. LA TEORÍA CLÁSICA DE LA CAPACIDAD DE LA PERSONA

En principio, el artículo 12 de la Convención parece distinguir los dos conceptos clásicos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, referidos preferentemente a las personas con discapacidad intelectual o psíquica, ya que las personas con discapacidad física, incluso sensorial en sus manifestaciones menos severas, no tienen problema en cuanto a su capacidad legal, otro tema será la posibilidad práctica y real de llevarla a cabo por dificultades de movilidad, accesibilidad, etc., pero ésta es otra cuestión. El tema se plantea con referencia a las personas con discapacidad intelectual o psíquica, y a su vez distinguiendo dentro de este grupo según el grado de la discapacidad.

Conviene recordar que fue el profesor Federico de Castro el que, en Derecho español, estableció y definió los conceptos de persona, personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar<sup>4</sup>. Ahora bien, para refrescar conceptos, y aunque la distinción entre capacidad jurídica y de obrar está muy arraigada en nuestra tradición jurídica y es de sobra conocida, nada mejor que reproducir las palabras del profesor Gullón Ballesteros a este respecto:

«Sabemos que la capacidad jurídica es la aptitud que posee toda persona para ser sujeto de derechos y deberes mientras que la capacidad de obrar es la aptitud de la persona para obrar eficazmente en el ámbito jurídico.

La capacidad jurídica no es más que expresión de la igualdad y dignidad de la persona que resalta la Constitución Española. Es por tanto la misma durante toda la vida, uniforme, inmune a graduacio-

<sup>4</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España*, Tomo II (Derecho de la Persona), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pp. 20 y ss.

nes o modificaciones. Es la que hace al hombre sujeto de Derecho, reflejo de su personalidad y a ella necesaria e inmediatamente conectada. En nada se ve afectada por las circunstancias personales del individuo. La capacidad jurídica no se concede, es una necesidad derivada de la misma personalidad humana. Es verdad que el ordenamiento jurídico ha negado la capacidad jurídica a determinada clase de personas, como los esclavos. Pero es una fase superada en la historia de Occidente.

Si la capacidad jurídica (es) el reflejo directo de la personalidad, la capacidad de obrar la presupone, pero exige un mínimo de madurez en el sujeto para cuidar de su persona y bienes. Ha dicho Falzea que la capacidad de obrar va ligada principalmente al interés del sujeto que actúa.

De ahí que la capacidad de obrar frente a la capacidad jurídica admite graduaciones, porque no son iguales las condiciones de madurez en todas las personas, o si se quiere, su capacidad de entender y querer»<sup>5</sup>.

En consecuencia, podría interpretarse que cuando el artículo 12 de la Convención habla en sus dos primeros párrafos de la «personalidad jurídica» y de la «capacidad jurídica», se está refiriendo a la aptitud de toda persona de ser titular de derechos y obligaciones jurídicas (concepto clásico de capacidad jurídica); mientras que, cuando en los párrafos tercero y cuarto habla del «ejercicio de su capacidad jurídica» o del «ejercicio de la capacidad jurídica» se está refiriendo a la capacidad de ejercicio efectivo, o con eficacia en derecho, de aquella capacidad jurídica, es decir, al concepto clásico de capacidad de obrar<sup>6</sup>.

Pero surge la duda acerca de si la CNY quiso suprimir tal diferenciación, dados los problemas que la misma plantea en la práctica y que se pusieron de manifiesto en los trabajos de elaboración y

<sup>5</sup> GULLÓN BALLESTEROS, Antonio., «Capacidad jurídica y capacidad de obrar», en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Edición Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 13-14.

<sup>6</sup> Así opina el profesor SERRANO GARCÍA, Ignacio, en *Autotutela. El artículo 223-II del Código Civil y la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 24. Aunque soy poco partidario de las autocitas, así lo apunté yo también en GARCÍA PONS, Antonio, *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, pp. 45 a 47, donde concluía: «Desde luego, parece claro que todo esto está destinado a producir cambios sustanciales de los ordenamientos jurídico-privados en materia de capacidad» (p. 47). En general, la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar está presente en la doctrina civilista española, basada en gran parte en la teoría de los estados civiles. Por todos, puede verse últimamente GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad», en la obra colectiva (varios autores) *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad* (M.<sup>a</sup> del Carmen García Garnica, Directora), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 41 y ss., en particular pp. 42 a 45.

redacción de la Convención. Basta recordar aquí, por una parte, algunas de las reservas o declaraciones interpretativas a la misma antes reseñadas para darse cuenta de la trascendencia de la distinción; y, por otra parte, no hay que olvidar la problemática que de ella puede derivarse en un instrumento internacional, como por ejemplo su posible «utilidad práctica» para limitar o suprimir derechos de las personas con discapacidad en determinados ámbitos o países por lo que se refiere a la «capacidad de obrar», no obstante el teórico reconocimiento de su «capacidad jurídica», pues conviene recordar las dificultades por las que atravesó la redacción del artículo 12 de la Convención a que hicimos referencia en el epígrafe 3.2 y que pusieron en peligro la adopción de la misma.

Existe el *riesgo*, puesto de relieve en la discusión del artículo 12 de la Convención, *de que la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar sea utilizada con fines discriminatorios* en determinados Estados signatarios, para, no obstante reconocer la capacidad jurídica en todos los seres humanos, incluidas naturalmente las personas con discapacidad, a continuación limitar o incluso llegar al extremo de suprimir su capacidad de obrar o de ejercicio en la práctica. Esto supondría una flagrante infracción de lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 2006, uno de cuyos principios básicos es la no discriminación de dichas personas por razón de su discapacidad, así como la igualdad de oportunidades que deben gozar las personas con discapacidad en las mismas condiciones que los demás (art. 3, art. 5, art. 12, etc.).

Por otra parte, el problema de mantener la teoría clásica reside en que la denominada *capacidad jurídica*, como equivalente a la titularidad de derechos y obligaciones en general de la persona, es decir, su posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones en la esfera jurídica, en definitiva *la personalidad jurídica, es una cuestión de derechos humanos que va implícita en la misma cualidad de ser persona*, sin que por tanto sea necesario considerarla como una categoría o tipo de capacidad que la distinga de la capacidad de obrar o de ejercicio. Lo que, por otra parte, ponen de manifiesto no sólo los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, de los que la Convención de Nueva York de 2006 es un claro y magnífico exponente, sino también las Constituciones nacionales de los Estados.

Por lo que se refiere al *ámbito internacional*, el instrumento por excelencia sobre derechos humanos lo constituye la *Declaración Universal de Derechos Humanos* aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, así como los *Pactos Internacionales sobre esta materia* (apartados letras b, c y d del Preámbulo de la CNY). Dichos instru-

mentos internacionales ya eran aplicables a las personas con discapacidad, como no podía ser de otro modo, puesto que son aplicables a todos los seres humanos sin excepción. Entonces surge la pregunta ¿por qué un instrumento internacional de derechos humanos específico para las personas con discapacidad?; y la respuesta es sencilla: porque en el caso específico de las personas con discapacidad aquellos instrumentos comunes no se aplicaban, por regla general no se cumplían, los derechos en ellos recogidos no se respetaban en lo que conciernen a las personas con discapacidad; no había una conciencia social concedora del mundo de la discapacidad, de sus características, necesidades y derechos; al contrario, había más bien una ignorancia o desconocimiento general, cuando no ocultación, sobre esta materia cuyas consecuencias padecían, y todavía padecen (falta mucho por hacer) las personas con discapacidad.

En el *ámbito interno*, la *Constitución Española de 1978* establece en su artículo 10 que: «1. 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. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Y el artículo 14 CE dispone, en la misma línea, que: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»<sup>7</sup>.

## 5. LA PRETENDIDA UNIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LA CONVENCION DE NUEVA YORK DE 2006 Y SUS CONSECUENCIAS. LA STS DE 29 DE ABRIL DE 2009

### 5.1 Planteamiento de la cuestión

Pero lo cierto es que los cimientos sobre los que se asienta la distinción aludida han sufrido una seria sacudida a raíz de la Con-

---

<sup>7</sup> En el ámbito específico de las personas con discapacidad, el artículo 49 de la Constitución Española de 1978, dentro del Título I («De los derechos y deberes fundamentales»), Capítulo III («De los principios rectores de la política social y económica»), contiene la siguiente declaración, con una terminología propia de la época: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

vención de Nueva York de 2006. Un análisis más reposado del artículo 12 de la Convención ha propiciado otra interpretación, distinta de la clásica que acaba de exponerse, acerca de la capacidad a la que se refiere este precepto: el término «capacidad jurídica» se refiere sin más a la capacidad de actuar en derecho de la persona con discapacidad, pues su cualidad de ser titular de derechos y obligaciones jurídicas está contemplada en el propio artículo cuando habla de la «personalidad jurídica», es inherente a la persona y, en general, forma parte de sus derechos humanos inalienables.

De este modo, incluso podría mantenerse que la «capacidad jurídica» que menciona el artículo 12 de la Convención abarcaría no solo la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones jurídicas ínsita en toda persona sino también la de ejercitar en la práctica tales derechos y obligaciones; en definitiva, dicho termino englobaría tanto la capacidad de goce como la de ejercicio.

## 5.2 El tema en la doctrina científica

Así, en la doctrina científica, en particular por lo que se refiere al campo de la Filosofía del Derecho, aunque también en la doctrina civilista pero en menor medida<sup>8</sup>, comienzan a verse opiniones en el sentido que acaba de indicarse. Sirvan como botón de muestra algunos ejemplos que citamos a continuación.

Con anterioridad a la adopción por Naciones Unidas de la Convención de Nueva York de 2006, ya Sánchez de la Torre, después de definir la capacidad jurídica como «la credencial de que un sujeto jurídico asuma los derechos subjetivos y las responsabilidades jurídicas consecuentes a sus actos», mantuvo la desaparición de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar: «El primero de esos conceptos es simplemente personalidad jurídica en cuanto aptitud subjetiva de ser mero titular de relaciones jurídicas,

<sup>8</sup> Desde luego la cuestión también está planteada en la doctrina civilista, y así lo pone de manifiesto, por ejemplo, ANTONIO LEGERÉN MOLINA en *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 239.3 del Código Civil*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 28, n. 10, donde alude a que el tema de la tradicional distinción entre capacidad jurídica y de obrar podría replantearse a la vista de la Convención de 2006, si bien el autor señala que: «Con todo y a la espera de, en su caso, las eventuales modificaciones que disminuyan la inseguridad jurídica que se produciría de eliminar tal distinción en el contexto normativo actual, mantenemos la tradicional diferencia entre ambas». En sentido favorable a que la Convención engloba ambos conceptos en uno solo que es la capacidad jurídica, puede verse FERNANDO SANTOS URBANEJA, «Crónica de Previstonia. A propósito de los efectos en el Código civil de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad» (Comunicación), en *Jornadas de Fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas*, Madrid, 19 y 20 de octubre de 2009, pp. 25 y 26, aunque el autor pone de relieve que «ello supondría una «revolución» de tal dimensión que, en este momento, podría conducir a cotas de inseguridad jurídica muy notables». Puede verse en internet [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).

y la capacidad jurídica es formal y estrictamente el conjunto de todas las facultades operativas, tanto lícitas como ilícitas, de un sujeto jurídico al que se le imputaran las consecuencias de sus actos jurídicamente relevantes»<sup>9</sup>. Consecuente con su teoría realista de la capacidad de la persona, que no es resultado arbitrario de normas jurídicas sino de la realidad biológicamente sustantiva que le es propia, afirma que «discapacidad» es una forma de «capacidad» en que cada existencia se manifiesta; no es mera negación global, lo cual sería «incapacidad», sino un modo de estar modulado para cada uno el alcance de la propia capacidad<sup>10</sup>, y denota «una manera especial de ser capaz»<sup>11</sup>.

Con posterioridad a la CNY, podemos leer: «Se trata, sin duda, del mayor desafío que presenta la Convención. El artículo 12 integra dentro del concepto de capacidad jurídica a la capacidad de obrar, esto es, a la facultad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, e incluso podríamos decir que prohíbe, el instrumento de la incapacitación (en el caso de que éste sea entendido como mecanismo de anulación de la capacidad de obrar y, por tanto, ahora también de la capacidad jurídica)». Esta declaración introductoria sirve a los autores De Asís Roig, Barranco Avilés, Cuenca Gómez, y Palacios Rizzo<sup>12</sup>, para adentrarse en el análisis de dichas instituciones en el Derecho positivo y concluir que la actual regulación de las mismas, en particular por lo que se refiere a la incapacitación, entran en frontal colisión con lo señalado en la Convención internacional.

La discapacidad por sí misma, continúan diciendo estos autores, no puede ser un motivo para limitar o restringir la capacidad para ejercer libremente los derechos fundamentales. La persona con discapacidad puede necesitar apoyos para el ejercicio de sus

<sup>9</sup> SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, en «Capacidad, personalidad jurídica, derecho subjetivo, responsabilidad», dentro de la obra colectiva, en el ámbito de la Filosofía del Derecho, *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, p. 23.

<sup>10</sup> SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, en «Discapacidad, condición humana y dignidad humana», también dentro de la citada, en la nota anterior, obra colectiva *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, p. 376.

<sup>11</sup> *Op. últimamente cit.*, p. 383.

<sup>12</sup> DE ASÍS ROIG, Rafael; BARRANCO AVILÉS, María del Carmen; CUENCA GÓMEZ, Patricia, y PALACIOS RIZZO, Agustina, en su trabajo bajo el título «Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho Español», incluido en la obra colectiva, en el ámbito de la Filosofía del Derecho y del Derecho Internacional público, *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Patricia Cuenca Gómez (Editora), Dykinson, Madrid, 2010, p. 28. La citada obra colectiva recoge algunos de los estudios elaborados en el marco de un proyecto general de investigación «vivo», realizado en el ámbito del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, apoyado por la Fundación ONCE y por el Ministerio correspondiente.

derechos, siempre respetando su voluntad y preferencias, evitando los conflictos de intereses y la influencia indebida, ser proporcionales y adaptados a las circunstancias de la persona, etc., como exige el artículo 12.4 CNY; incluso en las situaciones en que no resulte posible conocer la voluntad de la persona y haya que tomar una decisión en su nombre, debe tomarse ésta «teniendo como base los principios de la Convención, lo que implica, entre otras cuestiones, que lo que justifique tomar la decisión en nombre de la persona sea una situación determinada y nunca su discapacidad»<sup>13</sup>.

«La expresión capacidad jurídica empleada por la Convención ha de entenderse también en el sentido de la capacidad de obrar; es decir, tanto la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones como la capacidad para realizar eficazmente actos jurídicos. El objetivo de la Convención es afirmar indubitadamente que la persona con discapacidad tiene derechos, es capaz y debe ser capaz de actuar por sí misma en la medida de lo posible. Cuando el ejercicio de la capacidad necesite apoyos éstos habrán de ser respetuosos con los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, proporcionados y adaptados a sus circunstancias». Son palabras de Seoane Rodríguez, que le hacen concluir la necesidad de revisar los procesos de modificación de la capacidad de obrar y los modelos de representación y guarda de las personas con discapacidad, dirigiéndose hacia modelos más flexibles que permitan apoyos puntuales e individualizados, y no necesariamente permanentes, refuercen instituciones ya existentes, como la guarda de hecho, e incorporen nuevas figuras como la asistencia<sup>14</sup>.

No faltan desde luego opiniones más matizadas, procedentes de la doctrina civilista, como la de Pereña Vicente, con un planteamiento más prudente y moderado, remarcando los límites entre el principio de autonomía y el de protección, así como la vocación universal de la Convención de Nueva York de 2006 que, al pretender convertirse en un instrumento ratificado por prácticamente todos los países del mundo, debe utilizar formulaciones lo suficientemente genéricas como para que estén englobados sistemas de protección muy diferentes: «Es decir, que la Convención no pretende imponer a todos los Estados que sustituyan sus propias instituciones por otras, sino que lo que pretende es que cada Estado

<sup>13</sup> Los autores citados, en la obra a que se hace referencia en la nota anterior, pp. 30 y 31.

<sup>14</sup> SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, en su trabajo «La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica», en *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual-FEAPS, Vol. 42 (1), núm. 237, 2011, pp. 28 y 29.

respete sus postulados y principios pero sin imponer determinadas instituciones»<sup>15</sup>.

Mención aparte merece el trabajo de Rams Albesa, titulado «Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes)»<sup>16</sup>, en el cual el profesor nos ilustra, entre otras cuestiones, acerca de la CNY, su significado y consecuencias: aunque la Convención no distingue entre *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar*, a su juicio ello no nos obliga a prescindir de tan útil y eficaz distinción, aunque sí debe ser interpretada y aplicada conforme a los nuevos parámetros que se desprenden de la CNY<sup>17</sup>; debe prevalecer el sistema de apoyo basado en la asistencia o curatela sobre el de sustitución o tutela, sistema de asistencia que en realidad es lo que contempla la Convención, más acorde con la libertad y dignidad de la persona, debiendo acudir a la sustitución para los casos extremos de ausencia de autogobierno, y prevaleciendo siempre el interés de la persona con discapacidad<sup>18</sup>.

### 5.3 El tema en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: La Sentencia de 29 de abril de 2009

La cuestión se planteó en España ante los Tribunales de Justicia con ocasión de un caso de incapacitación de una persona (utilizaremos este término ya superado, pero que se hace necesario emplear ahora para exponer tal y como fue el supuesto de hecho), que llegó hasta la suprema instancia civil. El caso fue resuelto por el *Tribunal Supremo en su sentencia plenaria*<sup>19</sup> de 29 de abril de 2009, no sólo en lo que atañe al supuesto de hecho a que se refería, y en el

<sup>15</sup> PEREÑA VICENTE, Montserrat, en su trabajo «La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica», en la obra colectiva *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (José Pérez de Vargas Muñoz, Director, y Montserrat Pereña Vicente, Coordinadora), Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pp. 195 y ss. en particular pp. 203 a 205; obra colectiva llevada a cabo en la órbita de la Universidad Rey Juan Carlos, en el ámbito del Derecho Civil.

<sup>16</sup> RAMS ALBESA, Joaquín, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 2011, núm. 723, pp. 211 y ss., de instructiva lectura; sus consideraciones sobre la vejez contenidas en las pp. 256 a 265 son de lectura especialmente recomendable.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p. 253, donde insiste en una opinión que ya dejaba apuntada en la p. 218 de su trabajo, a saber, la no necesidad, incluso la inconveniencia, de ratificar por parte de España la Convención, un texto propio de la costumbre anglosajona que, fuera de su tratamiento «buenista» e inane de la cuestión que aborda, nada aporta a nuestro sistema jurídico de apoyo y suplencia de la capacidad de obrar (vid. además, la nota 36 de esa misma p. 253, y las pp. 289 y 290).

<sup>18</sup> *Op. cit.*, pp. 254 a 256, p. 283 y pp. 287-288.

<sup>19</sup> En cuanto a las sentencias plenarios del TS, y su significado en la jurisprudencia, hacemos un breve comentario *infra* al comentar otra sentencia plenaria (la STS de 21 de septiembre de 2011).

que en aras de la brevedad no entramos, sino también, y principalmente por lo que en este lugar nos interesa, en lo que concierne a la legalidad o constitucionalidad del procedimiento hasta hace poco denominado de incapacitación (de «modificación de la capacidad de obrar» por virtud de la Ley 1/2009, y de «determinación de apoyos» por obra de la Ley 26/2011), regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000; y en particular la adecuación del mismo a lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 2006, de aplicación directa en nuestro Derecho interno al haber sido dicha Convención ratificada por España y entrado en vigor<sup>20</sup>.

En efecto, el *Ministerio Fiscal*, en ejercicio de sus funciones en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por ley, de acuerdo con lo establecido en su Estatuto orgánico, y puesto que albergaba serias dudas acerca de la adecuación del proceso de incapacitación español a lo dispuesto en la Convención, presenta el escrito correspondiente, con los argumentos y conclusiones que seguidamente se exponen de forma sucinta y que son sumamente ilustrativos de la cuestión.

El carácter «dinámico» de la discapacidad que desarrolla la Convención, según expone el Fiscal en su escrito, resultará trascendental en la interpretación de las disposiciones relativas a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y a la determinación de los apoyos que requiera para ejercer en plenitud su capacidad de actuar (art. 12).

En el escrito del Ministerio Fiscal se dice que «[...] La Convención adopta el modelo «social de discapacidad» que sustituye al «modelo médico o rehabilitador», actualmente vigente en buena parte de nuestro derecho, al que se le confiere únicamente carácter residual. La configuración tradicional de la incapacitación, desde una concepción que tiene como base el modelo médico, puede suponer una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar, en aquellas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial o suponiendo en la práctica, un modelo de sustitución en la toma de decisiones. *La Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, adopta*

---

<sup>20</sup> Como quedó dicho anteriormente, el Reino de España ratificó sin ningún tipo de reservas ni declaraciones interpretativas tanto la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 como el Protocolo Facultativo a la misma, mediante Instrumentos de Ratificación, ambos de fecha 23 de noviembre de 2007, que fueron depositados en Naciones Unidas el 3 de diciembre de 2007, y publicados en el *Boletín Oficial del Estado* de 21 y 22 de abril de 2008, respectivamente, entrando en vigor de forma simultánea el día 3 de mayo de 2008. Por tanto las normas de la Convención constituyen Derecho interno de España y son directamente aplicables (arts. 96.1 CE y 1.5 CC).

*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 realizar».*

A partir de lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención ya citada, sigue señalando el escrito que «[...] La Convención establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero [...]. La Convención *unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable*, como sucede con cualquier persona, y a partir de esta necesaria «igualdad», proporcionándole los mecanismos de apoyos adecuados, asegura a la persona con discapacidad, su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, y restringe el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar». Concluyendo que «[...] La Convención propugna el cambio del modelo de «sustitución en la toma de decisiones» por el nuevo modelo de «apoyo o asistencia en la toma de decisiones», aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno. Y concluye el escrito del Fiscal proponiendo una solución intermedia de carácter transitorio, con base a la institución más respetuosa de la curatela, a la espera de medidas legislativas que se adapten a la Convención.

*El Tribunal Supremo, sin embargo, no acogió estos argumentos del Fiscal, declarando ajustado a la Constitución Española y a la Convención internacional el proceso español de incapacitación, basándose fundamentalmente, además de en una sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 2002, en que se trata de una medida de protección a favor de la persona que no la discrimina, debido a las específicas características que en ésta se presentan y que hacen necesaria aquella medida.*

Así, alude en primer lugar el Tribunal Supremo a la referida *sentencia del Tribunal Constitucional*, en la cual éste declaró: «En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que 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 1948, 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 la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la

personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacidad de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LECiv) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacidad (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacidad [...]. La incapacidad 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».

Acto seguido, el Tribunal Supremo expone sus razones: «De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone:

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

2.º La incapacidad no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

Se han efectuado algunas críticas a esta sentencia del Tribunal Supremo, que en general han sido leves por parte de la doctrina civilista<sup>21</sup>, pero acaso la principal que pudiera formularse es que

<sup>21</sup> Fundamentalmente puede verse: RAMS ALBESA, Joaquín, «Hombre y persona...», cit., que en general muestra su criterio favorable a la sentencia (pp. 289-290), aunque a su modo de ver en el caso examinado por el TS procedía la constitución de una curatela que asistiera a la persona discapacitada y no la tutela como hizo la sentencia (p. 286); PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, «Comentario a la sentencia de 29 de abril de 2009», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 82, enero-abril 2010, fundamentalmente pp. 341 y 342, donde al final la autora se inclina por el criterio de que el Derecho español cumple con la Convención de 2006 (p. 343); DE PABLO CONTRERAS, Pedro,

permanece anclada en el modelo médico o rehabilitador, apoyado fundamentalmente en el principio de protección, y no parece haber entendido bien el modelo social o integrador en que nos encontramos, que es el contemplado por la Convención de Nueva York de 2006 y que da paso al principio de autonomía de la persona, su integración social en todos los órdenes y en todos los niveles, en pie de igualdad, y al libre desarrollo de su personalidad; precisamente en este sentido, hay que destacar el análisis que hacen Álvarez Lata y Seoane Rodríguez<sup>22</sup> de la sentencia, análisis que constituye, en mi opinión, la crítica más certera a la misma.

Detenernos más en este punto sería sin duda interesante, pero excedería con mucho del espacio disponible en el presente trabajo. La crítica fundamental ha quedado hecha, por lo que resulta más interesante profundizar en la doctrina jurisprudencial a través de otras resoluciones del Tribunal Supremo, así como en la disposición y actitud de Jueces y Tribunales, y del Ministerio Fiscal, ante la Convención, sin dejar de hacer referencia al inicio de la adaptación legislativa que ha tenido lugar recientemente en otros campos del Derecho.

---

«Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacidad en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 3.º (2009), Mariano Yzquierdo Tolsada, Director, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, pp. 555 y ss., que, tras un minucioso comentario de la sentencia, se muestra favorable a la misma concluyendo que nuestro sistema legal vigente, interpretado conforme a la Constitución y a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no vulnera la Convención de Nueva York de 2006 (p. 579); RODRÍGUEZ ESCUDERO, Victoria, «La incapacidad y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida», en *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad. Comunicaciones* (José Pérez de Vargas Muñoz, Director, y Montserrat Pereña Vicente, Coordinadora), contenido en DVD junto con el libro publicado, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pp. 373 y ss., donde se muestra claramente partidaria de la doctrina jurisprudencial contenida en la STS 29 abril 2009 (pp. 374-375); y también se muestra partidaria de dicha doctrina ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 43, donde sin ambages afirma que «compartimos totalmente la argumentación de la sentencia y no consideramos que dicho proceso atente contra la Convención de las Naciones Unidas».

<sup>22</sup> ÁLVAREZ LATA, Natalia, y SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, «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», en *Derecho Privado y Constitución* núm. 24, enero-diciembre 2010, pp. 46 y 47. Además de la crítica que hacen estos autores a la sentencia, en el sentido indicado en el texto, señalan que la referencia que en ella hace el TS al Derecho comparado para apoyar su argumentación, no es acertada, y demuestran que los ordenamientos jurídicos de Italia, Alemania y Reino Unido no establecen «sistemas protectores que sustituyen al declarado incapaz para protegerle», como afirma el TS, sino que: «Un repaso más profundo pone de manifiesto que, frente a las clásicas medidas de incapacidad de la persona, las no tan recientes reformas de los países de nuestro entorno han elegido un sistema de apoyos concretos y variables que se ajuste a las necesidades de cada persona con discapacidad, donde ésta recupera su protagonismo y participa en el proceso de toma de decisiones, sin cercenar con declaraciones abstractas y generales su capacidad de obrar» (p. 48, y con detalle, pp. 49 a 59).

## 6. LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN OTRAS RESOLUCIONES DISTINTAS DE LA SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 2009. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL. LOS JUECES Y LA CONVENCIÓN

### 6.1 **Las Resoluciones del TS en forma de Auto que resuelven cuestiones de competencia territorial de Jueces y Tribunales en materia de tutela, incapacitación e internamiento involuntario**

El Tribunal Supremo de España tuvo ocasión de pronunciarse sobre la aplicación de la Convención de Nueva York de 2006, con ocasión de la resolución de cuestiones de competencia territorial en asuntos relativos a personas respecto de las que había recaído una sentencia de incapacitación (según la denominación antigua), bien porque se había trasladado su domicilio a lugar distinto al que tenían, tanto durante el litigio como una vez recaída la sentencia, y ello repercutía no solo en la persona designada para ejercer la guarda (tutor, curador) sino también en el órgano judicial que debía controlar la misma, bien por cambiar de centro de internamiento involuntario de un lugar a otro, con las mismas repercusiones señaladas, especialmente en el órgano judicial de control.

La regla general que debe regir en estos casos viene recogida en el artículo 411 LEC, y es la denominada perpetuación de la jurisdicción o *perpetuatio jurisdictionis*: «Las alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia». De este modo, los cambios de domicilio producidos durante la tramitación o con posterioridad a la sentencia de incapacitación, incluso cuando se trate del cambio o traslado de un centro de internamiento a otro, no deben afectar a la jurisdicción y competencia del Tribunal que declaró la incapacidad (repetimos, todo esto conforme a la terminología antigua, ya superada a partir de la CNY). Y así lo dictaminó en una primera época el TS en las cuestiones de competencia territorial que en esta materia se le sometían: AATS 27 febrero 2002, 19 diciembre 2002, 12 mayo 2003 y 31 mayo 2006.

La doctrina jurisprudencial cambia, sin embargo, a raíz de la ratificación por el Reino de España en noviembre de 2007 (publicada en abril de 2008 y en vigor desde principios de mayo de ese

año) de la Convención de Nueva York de 2006, resolviendo a partir de entonces el TS que el fuero aplicable es el de la nueva residencia de la persona discapacitada, y designando nuevo tutor o curador en caso necesario. En efecto, con alguna excepción (como por ejemplo la del ATS 3 julio 2008), por regla general el TS aplica el criterio del superior interés de la persona con discapacidad antes que el criterio rígido basado en la regla de la *perpetuatio jurisdictionis*: AATS 11 diciembre 2008, 21 enero 2009, 26 febrero 2009, 19 mayo 2009, 8 septiembre 2009, 11 mayo 2010, 22 junio 2010, 11 enero 2011, etc.; bien es cierto que coincidiendo en ocasiones uno y otro criterio, interés de la persona con discapacidad y perpetuación de la jurisdicción, como en el ATS 19 febrero 2009, pero ya siempre basándose en el principio general del interés de la persona con discapacidad, trasunto del principio de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal contemplado en la Convención de Nueva York de 2006, cuya aplicación puede determinar un fuero distinto.

A este respecto son emblemáticos los AATS, donde el TS ha hecho gala de la mejor doctrina jurisprudencial acerca de la CNY, ciertamente aplicada al tema de la competencia territorial de jueces y tribunales por medio de resoluciones judiciales en forma de auto, pero de gran importancia por la percepción que en ellas hace el TS del recto sentido y finalidad de ese instrumento internacional, lo que sin embargo no aparece con tanta nitidez en las resoluciones del TS en forma de sentencias, al menos en las analizadas en este trabajo (SSTS 29 abril 2009, 21 septiembre 2011, 17 julio 2012 y 11 octubre 2012). Para comprobarlo, no hay más que reproducir algunos párrafos que se repiten en los autos anteriormente citados, en concreto en los AATS 11 diciembre 2008, 19 mayo 2009 y 11 mayo 2010, en los cuales el núcleo de la cuestión planteada es el control del internamiento involuntario de una persona, cuando ésta es trasladada a un partido judicial distinto de aquel en que se adoptó la medida de internamiento y posteriormente se la vuelve a trasladar:

A la vista de la regulación contenida en el artículo 763 LEC, declara el TS que «la resolución en la que se acuerda el internamiento no termina o finaliza el procedimiento sino que continúa sus trámites hasta que se produzca el alta de la persona internada. Por tanto dicha resolución no produce los efectos de la cosa Juzgada, sino que el procedimiento continua vivo por disposición legal, pues los facultativos donde esté ingresada la persona deberán informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener dicha medida y, sin perjuicio de los informes que el

Tribunal pueda pedir, que deberán emitirse, como mínimo, cada seis meses». Por tanto, «será el Juez del lugar al que se ha trasladado el enfermo el competente para realizar de forma efectiva el directo control del internamiento, pues otra interpretación conduciría a la obligación de acudir a las vías del auxilio judicial o de la prórroga de jurisdicción para llevar a cabo la comprobación de cualquier dato relativo a la situación del enfermo, en lo referente a cuestiones jurídicas ordinarias y fundamentalmente a incidencias de carácter urgente, relativas a su permanencia en el centro o a su tratamiento médico». Para después expresar lo siguiente:

«Por otro lado *tal interpretación es mas adecuada, con el concepto de discapacidad, que contiene la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006*, al establecer que la discapacidad es un concepto que evoluciona y resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás, y el artículo 1 establece: “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales o intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.»

«De lo anterior se desprende, por un lado *la asunción del modelo social de discapacidad*, al considerar que la discapacidad resulta de la interacción con barreras debidas a la actitud y al entorno, y por otro lado, que la definición no es cerrada, sino que incluye a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados.»

«Por tanto a partir de la Convención, aparece una concepción diferente del discapaz, reconociendo su capacidad de asumir responsabilidades tomando las decisiones que les afectan, con el apoyo que sea necesario en cada momento, como protagonistas activos en el desarrollo de su proyecto vital y *mientras en el sistema tradicional se opta por el sistema de sustitución, la convención acoge en el artículo 12, el sistema de apoyo*, al establecer en el apartado 3.º: “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”, estableciendo una serie de salvaguardas en el ejercicio de apoyo en la toma de decisiones en el artículo 12.4 que dice lo siguiente: “Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen las 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 proporcionadas y adaptadas a la circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo mas corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardas serán proporcionadas al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.»

«Será necesario para el control del internamiento no solo que el Juez valore periódicamente la evolución de su enfermedad, en función de los informes facultativos remitidos, sino también *la audiencia de la persona afectada, que podría devenir obligatoria a partir de la Convención, al formar parte de nuestro ordenamiento interno, en virtud del artículo 96.1 de la Constitución Española*, que establece: “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España formaran parte del ordenamiento interno”, por lo que tal control en la forma descrita solo será efectivo si se realiza por el Juez del lugar donde esta la persona internada.»

En todos los párrafos anteriores la cursiva es mía. Dichos párrafos, literalmente reproducidos del ATS 11 diciembre 2008, se repiten en los AATS 19 mayo 2009 y 11 mayo 2010, que aplicaron *el criterio establecido mediante Acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala primera del Tribunal Supremo, celebrado el 16 de diciembre de 2008, referente a las «Acciones derivadas de la solicitud de internamiento no voluntario de una persona»*, y en virtud del cual la Sala interpreta que el Juzgado competente será el del lugar en el que radique el centro donde se ha producido el internamiento y ha sido trasladado el enfermo, siendo tal criterio competencial el más acorde al principio de protección del discapacitado.

Igualmente, debe señalarse que en la misma fecha, 16 de diciembre de 2008, el Pleno de la Sala primera del Tribunal Supremo adoptó un Acuerdo referente a las «Acciones derivadas de la declaración de incapacitación», en el sentido de establecer el criterio de que en materia de gestión de tutela resultará aplicable el fuero de la nueva localidad en que resida la persona con discapacidad, lo que se justifica no solo por el principio de protección, en relación con razones de inmediatez y eficacia, sino también por la efectividad de la tutela judicial exigida por la Constitución Española en su artículo 24.1.

En ambos casos, se da cumplimiento por el TS al artículo 13 de la CNY sobre acceso a la Justicia de las personas con discapacidad, aunque sea remachando una vez más el principio de protección en lugar del principio de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, en definitiva, el principio de mayor

interés de la persona con discapacidad. Pero se trata sin duda de pasos positivos en el sentido de la Convención de Nueva York de 2006.

## 6.2 La sentencia del TS de 21 de septiembre de 2011

Llegamos así a otra importante sentencia, la STS 21 septiembre 2011<sup>23</sup>, dictada, al igual que la ya anteriormente analizada STS 29 abril 2009, por el *Pleno de la Sala segunda*, al que se sometió el contenido del recurso de casación por la misma magistrado ponente que lo fue en esta última sentencia, «vista la materia sobre la que debe resolverse» según nos dice la propia sentencia que ahora analizamos en su Antecedente de Hecho quinto. La intención de estas *sentencias plenarias* es, al parecer, sentar doctrina jurisprudencial (¿precedente?) sobre materias en que son dispares los criterios de diversas Audiencias Provinciales (cfr. art. 477.3 LEC), o de la propia doctrina jurisprudencial del TS, o incluso sobre determinadas cuestiones que son objeto de discusión doctrinal, o de debate al amparo de cambios o novedades legislativas (como supuso la CNY respecto al proceso de incapacitación, por ejemplo, en la STS 29 abril 2009). El tema de estas *sentencias plenarias*, arduo y delicado donde los haya, no exento de riesgos por su novedad y abundancia de sentencias, pero que es muy interesante y de enorme mérito por parte de la Sala Civil de nuestro Tribunal Supremo, al que hay que agradecer el esfuerzo que supone esta labor, merecería ser objeto de un análisis que, a todas luces, excede de las presentes líneas<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Esta sentencia fue comentada por ARNAU RAVENTÓS, Lúdia, «Legitimación del tutor para interponer una acción de divorcio en representación del incapacitado. Sentencia de 21 de septiembre de 2011», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil (CCJC)* núm. 89, mayo-agosto 2012, pp. 413 y ss.

<sup>24</sup> Pero que puede verse en DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Ángeles, «Comentario a la sentencia de 10 de octubre de 2008», *CCJC* núm. 82, enero-abril 2010, especialmente pp. 56 a 60; y desde luego en la colección que dirige el profesor Mariano Yzquierdo Tolsada, y editada por Dykinson, titulada *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina*, y que viene recogiendo, prácticamente ya con periodicidad anual, interesantes comentarios doctrinales a las sentencias plenarias de la Sala Primera del TS. En cuanto al fundamento o filosofía de esta forma de hacer jurisprudencia, es muy interesante la obra de FERRERES COMELLA, Víctor, y XIOL RÍOS, Juan Antonio, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, edición a cargo de M.<sup>a</sup> Isabel de la Iglesia Monje, Madrid, 2010, en particular, por lo que se refiere al tema a que aludimos en el texto, el trabajo de este último «Notas sobre la jurisprudencia», pp. 98 a 108, de especial relevancia por ser su autor (Xiol Ríos), en su etapa como Presidente de la Sala Primera del TS, impulsor decidido de esta jurisprudencia. También puede verse en relación con este interesante tema: OROZCO MUÑOZ, Martín, *La creación judicial del Derecho y el precedente vinculante*, editorial Aranzadi (Thomson Reuters), Navarra, 2011, pp. 185 ss., donde además trata la cuestión como un límite a la creación judicial del Derecho.

La sentencia a que ahora nos referimos, de 21 de septiembre de 2011, trata sobre la legitimación del tutor para ejercitar una acción de divorcio en nombre y representación de una persona incapacitada que en absoluto podía valerse ni gobernarse por sí misma, puesto que había quedado tetrapléjica y en estado de coma vigil a consecuencia de un accidente de circulación.

Después de analizar la *sentencia del Tribunal Constitucional 311/2000*, de 18 de diciembre, que, con base al interés de la persona con discapacidad y a su derecho a la tutela judicial efectiva, declaró no ajustadas a la Constitución las sentencias de instancia que habían negado legitimación para ejercer la acción de separación matrimonial a la madre y tutora de una persona incapacitada, el TS entra de lleno en la cuestión de fondo planteada, que no es otra que el ejercicio de los derechos fundamentales cuyo titular está incapacitado, o, en terminología de la CNY, es persona con discapacidad grave, que no puede valerse ni mucho menos gobernarse por sí misma.

En su Fundamento de Derecho sexto, dice la sentencia que en el caso están presentes dos derechos fundamentales, el derecho a la libertad de continuar o no casado y el derecho a la tutela judicial efectiva. Este último permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como establece el artículo 271.6.º 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»; norma del Código civil en la que están también incluidas las acciones para pedir el divorcio y la separación<sup>25</sup>. «La tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse»<sup>26</sup>, dice la sentencia al final de su FD sexto (la cursiva es mía).

En efecto, la doctrina viene tratando como problemático el tema relativo a si es posible el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, y más en particular de los denominados dere-

---

<sup>25</sup> Crítica sin embargo ARNAU RAVENTÓS la referencia al artículo 271.6 CC con el trasfondo del artículo 24 CE (tutela judicial efectiva), como si en general pudiese amparar cualquier tipo de acción judicial, cuando en su opinión el precepto se limita a reconocer la legitimación procesal del tutor pero sin indicar las materias sobre las que cabe entablar demanda que, por lo demás, no pueden ser otras que las comprendidas en el ámbito de la representación legal: «Legitimación del tutor...», cit., p. 427.

<sup>26</sup> También crítica ARNAU RAVENTÓS esta última referencia del ponente a «la tradicional teoría académica», pues en su opinión no trasciende al texto de la sentencia (o al menos no lo hace explícitamente) si aquella no aplicación obedece a que la de divorcio no es una acción personalísima o a que, aun siéndolo, tal carácter no puede impedir su interposición mediante representante en un caso, como el enjuiciado, en que el cónyuge no tiene otro modo de entablarla (*op. y loc. últimamente cit.*).

chos de la personalidad, aquellos que afectan a la esfera más inherente de ella (los que atañen a su integridad tanto física como moral, sus libertades, etc.), por medio de representación legal, en este caso de un tutor; defendiendo por regla general la tesis de que los referidos derechos solo pueden ejercitarse personalmente por su titular, pero llegando a la conclusión, ciertamente no sin discusiones, de que, a falta de regulación legal concreta, tal representación será posible si la persona discapacitada no puede en absoluto actuar por sí misma debido a su situación psicofísica<sup>27</sup>.

Al final del FD séptimo, y después de aludir al Derecho comparado, el TS entra de lleno en la cuestión: «La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en 2008, establece en el artículo 12.3, que «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», y a continuación, en el artículo 13, se dice que «1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, [...]». Estos principios deben ser tenidos en cuenta en la resolución que se demanda, porque la ratificación del Convenio de Nueva York y su 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».

Concluye el TS en el FD octavo: «Las anteriores razones llevan a concluir que 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 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

---

<sup>27</sup> Puede verse GETE-ALONSO Y CALERA, «Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad...», cit., p. 63. También SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, Blanca, *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 50 y ss., en particular pp. 60 y 67, donde defiende esta teoría tanto para la patria potestad (art. 162.1.º CC) como para la tutela (art. 267 CC), en línea con lo que después declaró al respecto la STS 29 abril 2009, en su FD quinto (bajo el título general de «Reglas interpretativas de la legislación vigente en materia de incapacitación»), apartado 4.º

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)». Y ello con base a la concurrencia del interés de la persona incapacitada, que es fundamental, y su derecho a la tutela judicial efectiva.

La sentencia, en lo que se refiere a la aplicación de la Convención Internacional de 2006, está, en mi opinión, bien fundamentada, aunque en determinados momentos incurre en el mismo defecto que achacábamos a la STS 29 abril 2009: acude al criterio proteccionista (confróntese el párrafo segundo del FD octavo), y no al criterio o principio de los derechos, sin centrarse en la persona. Así, aunque se refiere al principio general de mayor interés de la persona con discapacidad, no lo menciona con los términos y en el sentido que utiliza la Convención de Nueva York de 2006: derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, que aquí se traduce en el acceso a la justicia en igualdad de condiciones que los demás. Aunque en apariencia parezca que se trata de una cuestión puramente terminológica, pues el principio así denominado en la Convención es trasunto del principio general del Derecho de mayor interés de la persona con discapacidad, lo cierto es que esa nueva denominación tiene su importancia en orden a la dignidad y autonomía de la persona con discapacidad (arts. 10 CE y 1 CNY), ayudando poderosamente a lo que el artículo 8 de la CNY denomina «toma de conciencia» por la sociedad de la situación y derechos de tales personas.

### 6.3 La sentencia del TS de 17 de julio de 2012

En el supuesto de hecho de esta sentencia, y como consecuencia del proceso iniciado por el Ministerio Fiscal, el recurrente en casación había sido incapacitado por el Juzgado de Primera Instancia, sometiéndole a una *tutela parcial* que debía afectar exclusivamente al cuidado y administración de sus bienes, pese a ser capaz de manejar pequeñas cantidades de dinero; pero no así de su persona, pues en el aspecto personal entendió el Juzgado que la persona declarada incapaz podía valerse por sí misma. Por las razones expuestas, la incapacitación afectaba exclusivamente a la administración y disposición de sus bienes; aclarando la sentencia de instancia que el demandado estaba afectado por un trastorno bipolar a tratamiento, y que «dicha alteración es crónica y persistente y precisa supervisión para el cuidado de sus bienes, de modo que solo es capaz de manejar el dinero de bolsillo, al tener afectada el área de cálculo».

Paralelamente, se nombró tutor a la Comunidad Autónoma de su residencia, no procediendo nombrar tutora a la señora nombrada por el propio incapacitado, dado el importante patrimonio de éste, las actitudes de la citada Sra. en las visitas en que acompañó al demandado a la entidad bancaria, retirando importantes sumas de dinero, que se ingresó en una cuenta conjunta con la citada cuidadora, a quien se había otorgado un poder general y se la contrató como empleada del hogar, de lo que se deduce que «[...] existe en D.<sup>a</sup> P. un interés distinto del mero cuidado y atención personal del demandado, debido al trastorno que padece D. O., y la cuantía de su patrimonio, procede para proteger su interés, designar a la administración pública tutora del mismo».

Apelada por el demandado, la Audiencia Provincial de Asturias confirmó la sentencia del Juzgado en todos sus términos. El demandado presentó recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que fueron admitidos a trámite. Por su parte, el Ministerio Fiscal presentó su preceptivo informe, apoyando ambos recursos.

Centrándonos en el recurso de casación, pues el extraordinario por infracción procesal (aduciendo falta de motivación de la sentencia recurrida) fue desestimado por el TS, alegaba el recurrente dos motivos para la casación: 1) Citando los artículos 215.2 y 287 CC, así como la doctrina de la Sala en la STS de 29 abril 2009, y manteniendo que queda acreditado por el informe del forense que el recurrente es capaz de manejar dinero de bolsillo y algo más, pero sería recomendable que le supervisasen en este último aspecto, lo procedente en su opinión sería *establecer una curatela en lugar de una tutela*. Citaba asimismo el artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 y consideraba que a la luz de esta disposición, la curatela es el mecanismo más idóneo para determinar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. 2) En segundo lugar, denunciaba la infracción, por no aplicación e interpretación, de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 223 CC y el artículo 234.1 CC, en relación con los artículos 10, 14, y 20.1.a) y los artículos 1, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La tesis de la sentencia recurrida, que no acepta el nombramiento de la persona designada como tutora por el sometido a tutela, se opone a la debida aplicación de los artículos que se denuncian como infringidos, pues debe desterrarse la regla de acuerdo con la cual la incapacitación priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y de obrar conforme a sus preferencias, ya que a la vista de la Convención, dicha declaración vulnera la dignidad de la persona. Según la Convención, debería haberse sometido

a curatela y en cualquier caso, debe ser respetada su voluntad y preferencia puestas de manifiesto en la escritura pública otorgada en la que designaba su tutor.

Ambos motivos se desestiman por el TS: 1) Respecto del primer motivo alegado, y después de reproducir los dos primeros párrafos del artículo 12 de la Convención, dice la STS que «manteniéndose la personalidad, pueden someterse estas personas a un *sistema de protección o de apoyo, en palabras de la propia Convención, precisamente para proteger su personalidad*» (la cursiva es mía). La curatela coexiste con la incapacitación parcial, y la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela a que haya de quedar *sometido el incapacitado* (art. 760 LEC), señalando a continuación la sentencia estudiada que la jurisprudencia, desde la STS 5 marzo 1947, ha venido graduando los sistemas de incapacitación conforme a la graduación y circunstancias que presenta la capacidad de la persona, doctrina que recoge igualmente la STS 29 marzo 2009, y que a su vez quedó confirmada desde la óptica constitucional por la STC 9 octubre 2002. 2) Con referencia al segundo motivo de casación, y después de subrayar que la STS 29 abril 2009 ya declaró que *la incapacitación es solo una forma de protección* de los discapaces, y que por ello mismo no es una medida discriminatoria sino defensora y no vulnera la dignidad de la persona, afirma la sentencia que la previsión de nombrar tutor por la propia persona que en un futuro pueda estar sometida a un procedimiento sobre su capacidad, a que se refiere el segundo párrafo del artículo 223 CC, la denominada «autotutela», no aparece establecida en la Convención de Nueva York de 2006<sup>28</sup>; y que, en todo caso, tal previsión está sometida al criterio del Juez que podrá nombrar a otra persona más idónea si el beneficio del incapacitado así lo exigiere (art. 234 CC), «teniendo en cuenta *la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección*» (la cursiva es mía), circunstancia que concurre en este caso dice la sentencia.

Puede observarse pues, también en esta sentencia, el *afán protector* que caracteriza la jurisprudencia relativa a esta materia, y que ya

---

<sup>28</sup> Afirmación ciertamente un tanto excesiva, por no decir inexacta o errónea: de la lectura del párrafo 4 del artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 se desprende que, para evitar los abusos, una de las principales salvaguardias que deben proporcionar los Estados partes a las personas con discapacidad cuando adopten medidas relativas al ejercicio de su capacidad jurídica, es precisamente que tales medidas «respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona»; y no puede estar más claramente expresada esa voluntad y esas preferencias de la persona cuando, teniendo capacidad suficiente para ello, comparece ante un fedatario público y designa tutor en previsión de que pueda ser incapacitada en un futuro. Un instrumento como la CNY, cuyo destinatario es la comunidad internacional, no puede ser más explícito y expresivo.

quedó subrayado en la importante STS 29 abril 2009. En principio nada habría que oponer a la protección de la persona que lo necesita, sino todo lo contrario; esto puede ocurrir en los casos extremos y más graves de discapacidad, perdurable en el tiempo, en que la persona de ningún modo puede actuar o valerse por sí misma, y en ocasiones ni manifestar su voluntad. Desde luego incluso en tales casos debe procurarse una atención y apoyo personalizados, pero en ellos estaría más justificada la tendencia proteccionista.

Ahora bien, la duda surge si realmente esa necesidad de protección existe también en otros casos no tan extremos, como el caso examinado en la sentencia, por ejemplo. Pero, incluso en el supuesto de que la respuesta a este interrogante fuere positiva, cabría preguntarse si existen otras alternativas que, respetando la libertad y autonomía de la persona, en definitiva el libre desarrollo de su personalidad, puede llegarse mediante ese otro camino a evitar los problemas o los peligros que puedan ser previsibles; y por aquí es donde parece que el sistema actual de la incapacitación quiebra de algún modo, al no satisfacer el aspecto personal de la cuestión.

En efecto, en este supuesto de la sentencia que estamos examinando da la impresión de que la curatela, con todas sus limitaciones actuales y con todas las adaptaciones al caso concreto que hubieran sido necesarias, cumpliría mejor que otros sistemas tutelares con lo dispuesto en la Convención internacional de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, se adaptaría mejor a sus principios rectores, a los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, a su autonomía y al libre desarrollo de su personalidad. Lógicamente adoptando las precauciones oportunas, mediante una vigilancia periódica de las cuentas bancarias y la actividad económica de la persona sujeta a curatela, a través no solo de su control por el Juez sino también por parte del Ministerio Fiscal. Por cierto, esta parece que era la opinión del Ministerio público, pues bien claro se nos dice en la sentencia que el Ministerio Fiscal presentó su preceptivo informe «apoyando ambos recursos» (extraordinario por infracción procesal y de casación).

#### **6.4 La sentencia del TS de 11 de octubre de 2012**

De un punto de vista bastante distinto a las anteriores parte la sentencia que ahora analizamos, la STS 11 octubre 2012, muy interesante para el tema que nos ocupa.

El Ministerio Fiscal interpuso demanda promoviendo la declaración de incapacidad parcial de D. M. a instancias de los familiares de este último.

La Sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, y en consecuencia declaró la incapacidad parcial de D. M. para las cuestiones relativas al control terapéutico de su enfermedad y el sometimiento al tratamiento, así como para la administración y disposición de sus bienes, a excepción de dinero de bolsillo, tal como había solicitado el Fiscal, siendo declarado incapaz para conducir y usar armas. Como curador designó al Instituto Tutelar de Bizkaia, que debía «informar anualmente sobre la situación del incapacitado y rendir cuentas anuales de su gestión a fecha 31 de diciembre de cada anualidad. Dicha rendición consistirá en una relación detallada de los gastos e ingresos acaecidos en el patrimonio del curatelado, relación que habrá de ir acompañada de documentos originales justificativos de los mismos y se hará entrega en el Juzgado Decano de los de Primera Instancia de esta capital...», «en la primera quincena del mes de enero». La sentencia detallaba los actos para los cuales el demandado necesitaba asistencia del curador sin necesidad de autorización judicial, tratándose en realidad de los contemplados en los artículos 271 y 272 CC para los cuales el tutor necesita autorización judicial (cfr. art. 290 CC)<sup>29</sup>.

D. M. interpuso recurso de apelación que fue estimado en el único sentido de declarar que es capaz para administrar su pensión y para ejercitar el derecho de sufragio activo. En lo demás confirmó la sentencia de primera instancia. Argumentaba la sentencia de apelación que si bien es cierto que los parientes en su día instantes de la incapacidad manifestaron en la correspondiente audiencia que el recurrente vive de forma independiente de sus padres; que dispone de un domicilio propio; que se han estabilizado sus relaciones con la familia y que se advierte una conducta mucho más ordenada y coherente que la que venía observando con anterioridad, también lo es que del informe forense y del análisis de un cabello del propio recurrente se desprende que «D. M. sufre trastorno de la personalidad no especificado, trastorno por dependencia al alcohol y trastorno depresivo reactivo, patologías que limitan las capacidades de querer, entender y libre determinación del recurrente. Estima que su capacidad esta limitada para el gobierno de su persona, toma de decisiones transcendentales, área de salud y bienes. Del informe se concluye que la incapacidad parcial debe ser mantenida...».

D. M. recurre en casación contra la expresada sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao (Bizkaia), por afectar la misma a la tutela judicial civil de los derechos fundamentales recogidos en los artículo 10, derecho al libre desarrollo de la personalidad, 14, dere-

---

<sup>29</sup> Además prohíbe expresamente al curador: *a)* recibir liberalidades del pupilo o causahabientes mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión; *b)* representar al pupilo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses, y *c)* adquirir por título oneroso bienes del sujeto a curatela o transmitirle por su parte bienes por igual título.

cho a la igualdad, y 19, derecho a la libertad de residencia, de la Constitución Española, infringiendo el artículo 200 del Código Civil. Mantenía el recurrente la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a cuyo fin cita dos Sentencias, a saber, las sentencias de 14 de julio de 2004 y 28 de julio de 1998, la cuales establecen que en materia de incapacidad debe existir siempre un criterio restrictivo, y que tal doctrina ha sido vulnerada por la resolución recurrida por cuanto el consumo excesivo de alcohol no puede considerarse como elemento incapacitante, ni siquiera de forma parcial, para impedir al recurrente gobernarse por sí mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Ministerio Fiscal presentó escrito en el que tras afirmar que el recurrente necesita un *apoyo*, entiende que quizás fuese bueno que esta Sala razonase sobre la *institución jurídica del apoyo* y aún en el presente caso, sustituya la curatela, que tiene una regulación en el Código Civil que no debe ser deformada (para no distorsionar la seguridad del tráfico jurídico), por la figura jurídica del apoyo<sup>30</sup>.

El TS desestima el motivo alegado por D. M., único del recurso, argumentando que las causas de incapacidad, de acuerdo con la STS 29 abril 2009, están concebidas en nuestro Derecho a partir de la reforma de 1983 como abiertas, y así se desprende del propio artículo 200 CC, debiendo probarse la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media, destruyendo de este modo la presunción general de capacidad de toda persona mayor de edad contemplada en el artículo 322 CC.

Pues bien, continúa diciendo la sentencia, «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 comporta. Lo que se cuestiona realmente es si ha quedado o no acreditado que exista una enfermedad psíquica incapacitante que impida a quien recurre gobernarse por sí mismo, y ello es algo que resulta de la prueba que ha sido practicada, con la garantía del examen del ahora incapaz y audiencia de los parientes más próximos, de la que infiere que padece trastorno

<sup>30</sup> Muy interesante e instructivo el escrito del Fiscal al que se alude en la sentencia, es una lástima que el ponente no decidiera transcribirlo todo, o gran parte del mismo, como se hizo por ejemplo con el escrito del Fiscal en la STS 29 abril 2009. Después aludimos en el texto a la impagable labor de los fiscales en toda esta materia relativa a la discapacidad. También es una lástima, y en esto coincido con VARELA AUTRÁN, Benigno, que el TS no se adentrara en este tema «analizando la necesidad de adecuar los instrumentos legales todavía vigentes en la legislación española –concretamente en este caso la curatela– a la exacta y real situación de déficit de capacidad jurídica sometida en esta ocasión a su superior y último enjuiciamiento judicial...»: *Diario La Ley* núm. 8006, Sección Tribuna, de 22 de enero de 2013, «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 (Sala 1.ª) 617/2012, de 11 de octubre, Rec. 262/2012», p. 2.

depresivo secundario, trastorno por abuso y dependencia al alcohol y trastorno de la personalidad que limitan las capacidades de querer, entender y libre determinación, de tal forma que su capacidad esta limitada para el gobierno de su persona, toma de decisiones transcendentales, área de salud y bienes. Ninguna contradicción se advierte en la valoración que la sentencia hizo de los hechos. Una cosa es la opinión de los familiares que refieren una conducta más ordenada y coherente de la que venía observando, y otra distinta que esta aparente mejoría deje sin contenido el trastorno de la personalidad que resulta de la prueba».

Seguidamente, la sentencia cita textualmente determinados párrafos de la STS 29 abril 2009, que aluden a la lectura que debe presidir el sistema de protección establecido en el Código Civil para que la regulación que hace este cuerpo legal de la incapacitación sea acorde con lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 2006, a lo que ya se hizo referencia al estudiar dicha sentencia.

Para terminar, la sentencia que estamos estudiando expresa lo siguiente: «Todo ello se cumple en este caso a partir unos hechos que se mantienen inalterables en casación y que resultan determinantes para que *se aplique la curatela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad, precisamente para proteger su personalidad, en palabras de la propia Convención*» (la cursiva es mía).

Este último párrafo plasmado en la sentencia constituye en realidad una apretada síntesis o compendio de los conceptos que se manejan en el mundo de la discapacidad como consecuencia de la Convención de Nueva York de 2006 y con referencia al Derecho civil, ciertamente haciendo en dicho párrafo un *totum revolutum* de la asistencia, el apoyo, la protección, la personalidad y el principio general del superior interés de la persona con discapacidad. Pero hay que reconocer el esfuerzo y el mérito de la sentencia en incorporar a la jurisprudencia del TS los nuevos paradigmas de la discapacidad que se derivan de la citada Convención internacional, cosa que, aunque sea parcialmente, consigue esta resolución, a diferencia de otras anteriores. En realidad, podemos destacar en este sentido las siguientes aportaciones de la sentencia comentada:

a) *Las causas de discapacidad (la sentencia dice de incapacidad) están concebidas como abiertas, y habrá que estar a la prueba practicada en el proceso para la oportuna provisión de los apoyos que sean necesarios a las personas que los necesiten para el*

ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar en igualdad de condiciones que los demás.

b) Dicha provisión deberá hacerse siguiendo siempre un *criterio restrictivo en favor de la persona con discapacidad*, por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta.

c) En todo momento habrá que tener en cuenta el *principio general del Derecho del superior interés de la persona con discapacidad*. Este principio debe ser concebido e interpretado a la luz de la Convención de 2006 como *trasunto del principio general de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad que inspira la Convención*.

## 6.5 La intervención del Ministerio Fiscal

Este necesariamente breve comentario acerca de lo que la CNY denomina, en sus artículos 12 y 13, «Igual reconocimiento como persona ante la ley» y «Acceso a la justicia», respectivamente, no podía dejar de hacer referencia, aunque también aquí tenga que ser breve, a la *inestimable y meritoria labor del Ministerio Fiscal en toda esta materia*. Gran parte de los avances que se están produciendo en nuestro sistema judicial se deben, además del esfuerzo de Jueces y Tribunales a que hacemos referencia en el epígrafe siguiente, al trabajo constante de los fiscales en el quehacer diario de los problemas que presentan las cuestiones relacionadas con el mundo de la discapacidad.

Es claro que no vamos a descubrir aquí, por ser de sobra conocido y reconocido, el trabajo de la Fiscalía en España en favor de las personas que más necesitan atención y apoyo, función por otra parte que le atribuye su propio Estatuto Orgánico (Ley 50/1981, de 30 de diciembre). Lo que sí quiero ahora poner de relieve es el esfuerzo de la Fiscalía española en la aplicación práctica, en el día a día que es lo más peliagudo, de los principios y normas de la Convención de Nueva York de 2006.

Para comprobarlo, no hay más que leer el *Manual de Buenas Prácticas, La intervención del Ministerio Fiscal 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, celebradas en Alcalá de Henares los días 20 y 21 de septiembre de 2010<sup>31</sup>. Aunque todo es interesante, puestos a destacar algo cabría señalar, a mi juicio, lo siguiente:

<sup>31</sup> Autores: GANZENMÜLLER ROIG, Carlos; SANTOS URBANEJA, Fernando; LÓPEZ EBRI, Gonzalo; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal; LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, Nuria; ALCÁNTARA

a) La organización en la Fiscalía de las *Secciones de lo Civil* y el régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y apoyos (Instrucción 4/2009, FGE).

b) La actividad que despliega la Fiscalía en las denominadas *diligencias preprocesales*, fundamentalmente en orden a determinación y valoración de los hechos, circunstancias y situaciones que sirven de base para el posible procedimiento de provisión de apoyos, incluido el informe médico previo a la presentación de la demanda por el Ministerio Fiscal.

c) En la *fase procesal*, la mayoría de las demandas se inician por la Fiscalía, con un diseño específico de apoyos adecuado a la persona con discapacidad a que se refieren, incluido el nombramiento de la persona que deba proporcionarlos, cuidando del contenido mínimo de la sentencia.

d) No menos importante es la *fase de vigilancia y control del apoyo determinado*, con arreglo a la Instrucción núm. 4/2008, de 30 de julio, pues deberá estudiarse la conveniencia de implantar un *Plan de protección individualizado*, adaptado a las necesidades y características del caso.

e) La *vigilancia y control del internamiento (mejor «ingreso») no voluntario por razón de trastorno psíquico*, y su adecuación a la Convención de Nueva York.

## 6.6 Los Jueces y la Convención

En gran parte gracias al trabajo de la Fiscalía, y en gran medida debido al esfuerzo de los Jueces y Tribunales de Justicia, las sentencias sobre capacidad de las personas son cada vez más completas y detalladas, tienen más en cuenta a la persona y sus circunstancias específicas para proveerla del apoyo que en cada caso sea más conveniente para ella, y en fin las resoluciones judiciales sobre incapacitación (como todavía continúan llamándose) son más «humanas» y van aplicando la Convención.

A modo de ejemplo, transcribimos a continuación algunos párrafos del Fundamento Jurídico segundo de la sentencia de fecha 15 de marzo de 2012 recaída en los autos de Juicio Verbal sobre Incapacidad, registrados con el número 1438/11, del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Móstoles (Madrid):

«La anterior regulación sustantiva y procesal, debe interpretarse en la actualidad a la luz de la Convención sobre los derechos de

---

BARBANY, Felisa; MAYOR FERNÁNDEZ, David; y DE LA BLANCA GARCÍA, Ángeles. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

las personas con discapacidad, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 6 (*sic*) de diciembre de 2006, ratificado por Instrumento de ratificación de la Jefatura del Estado española y publicado en el *BOE* de 21 de abril de 2008. El texto está integrado por 50 artículos que vienen a establecer los principios, valores y mandatos que deben prevalecer en el respeto por los derechos humanos de las personas con discapacidad, y que deben observar los países que ratifiquen el tratado, resultando definido su objetivo en el artículo 1 como el de "... 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. El artículo 3 señala como principios de la Convención, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas entre otras. Finalmente y por la especial trascendencia que en relación al proceso que nos ocupa presenta, debe mencionarse el artículo 12 que bajo la rubrica 'Igual reconocimiento como persona ante la ley', establece..." (reproduce los cuatro primeros párrafos de este precepto).

Se infiere así del citado artículo 12, que se establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero. Este cambio puede ser denominado como el paso del modelo de «sustitución en la toma de decisiones» al modelo de «apoyo o asistencia en la toma de decisiones», de modo que la incapacidad absoluta debe dejar de ser la regla general y pasar a ser excepcional. Por consiguiente, en los procesos en que se solicite modificar o privar de la capacidad de obrar a una persona, es preciso promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales, adoptando para ello las medidas de apoyo o protección que sean necesarias.

Por otra parte, para determinar si procede o no modificar la capacidad de una persona, y en su caso qué alcance debe tener esa modificación y qué medida de protección o de apoyo es preciso adoptar, se debe tomar en consideración una serie de circunstancias básicas, a saber, conocer cuales son las condiciones de vida y actividades que puede hacer la persona afectada por el procedimiento; qué necesita realmente esa persona para poder ejercer con la máxima plenitud posible, su capacidad jurídica; en qué va a beneficiar realmente la sentencia que se dicte a sus condiciones de vida, debiendo tenerse en cuenta finalmente, que todas las personas tenemos diversas habilidades funcionales, que afectan a diversas esferas de la vida: a) habilidades fun-

cionales de la vida cotidiana, es decir actividades que puede hacer una persona a diario: vestirse, asearse, usar medios de comunicación, cocinar, limpiar, etc.; *b*) habilidades de índole patrimonial, es decir todas aquellas actividades relacionadas con su patrimonio; control de cuentas bancarias, manejo del dinero de bolsillo, realización de contratos, prestamos, etc.; *c*) habilidades de índole sanitario, es decir posibilidad de tomar decisiones en relación a tratamiento médicos quirúrgicos, farmacológicos, rehabilitadores, etc., y *d*) habilidades de índole social, es decir si puede deambular sola por la calle, usar medios de transporte público, decidir sobre su lugar de residencia, etc.

Es por ello que valorando todas las circunstancias, la sentencia que se dicte a modo de traje a medida o un vestido único para esa persona, tendrá que ajustarse a sus necesidades, de tal forma que la incapacidad que se pida y la que se conceda, se acomode perfectamente solo y exclusivamente a ella, en cuanto que cada discapaz necesita su especial medida de protección.»

Realmente, pocas cosas más pueden decirse a este respecto en una sentencia sobre incapacitación, que estén tan claramente expresadas y con tanto acierto como las que acaban de transcribirse.

Por otra parte, y paralelamente a lo que en el epígrafe anterior se ha señalado con referencia al «Manual de Buenas Prácticas» en la aplicación de la Convención de Nueva York en el ámbito de la Fiscalía española, también en el mundo judicial se ha producido un esfuerzo en este sentido, al publicar el Consejo General del Poder Judicial una *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 y Manuel Torres Vela; Coordinación, Rocío Pérez-Puig González). Esta Guía tiene además la virtud de incorporar las denominadas «Reglas de Brasilia» sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, elaboradas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008. El documento es fácilmente accesible a través de internet.

## 7. LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONVENCION EN EL DERECHO INTERNO DE ESPAÑA. ALGUNOS CASOS RESUELTOS POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Al principio de este trabajo decíamos que los Tratados o Convenciones internacionales, una vez culminado el proceso de ratificación y publicación de los mismos por el Estado español, ocupan un valor jerárquico superior a la ley, no sólo a la ley ordinaria sino

también a las leyes orgánicas; y que el indiscutible carácter de pacto internacional entre Estados soberanos que reviste un Tratado obliga a su cumplimiento, debiendo revestir su denuncia el mismo procedimiento previsto para su aprobación (art. 96.2 CE).

En efecto, conviene ahora insistir en lo allí expuesto respecto a que los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE); y que por eso dispone el artículo 1.5 CC que las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

En consecuencia, las Convenciones y Tratados internacionales, una vez ratificados y publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno, y las normas jurídicas en ellos contenidas son de aplicación directa por Jueces, Tribunales, Fiscales y demás operadores jurídicos; además, servirán como módulo de interpretación de las leyes internas en materia de derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce (art. 10.2 CE).

Esta es la razón por la que, incluso sin haberse llevado a cabo en España la adaptación de la legislación civil a la Convención Internacional de Nueva York de 2006, la doctrina insiste en las posibilidades que presenta su aplicación directa, aun sin dicha adaptación legislativa. Y los Tribunales de Justicia han empezado a aplicar la Convención directamente como Derecho interno vinculante, en sus resoluciones<sup>32</sup>. Los ejemplos siguientes pueden servir de botón de muestra.

## 7.1 La cuestión de la aplicación directa de la Convención en la Doctrina

Así, por ejemplo, por lo que a la doctrina se refiere, en la *Revista Escritura Pública* núm. 75, mayo-junio de 2012, bajo el título «La legislación española a la vista de la Convención de la ONU», se da noticia de las Jornadas que se celebraron sobre este tema en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia en el mes de abril de 2012, mencionando la opinión del notario Ramón Corral en la mesa redonda sobre *Privacidad, hogar y familia*: «el Código

---

<sup>32</sup> Lo mismo que algunos Tribunales de ámbito internacional, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que aplicó directamente la Convención de Nueva York de 2006 en su sentencia de fecha 30 de abril de 2009 (TEDH, Sección 1.ª), caso Glor contra Suiza, concediendo el amparo a un ciudadano sueco que había sufrido discriminación por causa de discapacidad en relación con su no aptitud para el servicio militar y la prestación social sustitutoria del mismo.

Civil está ya derogado por la Convención. Los operadores jurídicos debemos aplicar los contenidos de este tratado, que ya es Derecho positivo. La Convención hace desaparecer el proceso de incapacitación y señala que todos somos iguales en tomar las propias decisiones que tengan eficacia jurídica. Soy totalmente partidario de la aplicación directa ¡y ya! de su texto». Y en la misma página 69 de dicha Revista, expresa el también notario Ignacio Solís su opinión al respecto: «La Convención no es una meta sino un punto de partida, no hay que dejarse llevar por el optimismo; es un camino dificultoso que exige un trabajo ímprobo para actualizar toda la normativa a la luz de los principios de la ONU. No es necesario esperar al cambio legislativo, los operadores jurídicos ya podemos realizar “trajes a medida” para cada situación. Asimismo, se debe realizar una sensibilización de la sociedad en este sentido».

Ya antes, en esta misma publicación, *Revista Escritura Pública*, pero en el núm. 60, noviembre-diciembre 2009, bajo el título «La tutela ante la Convención», pp. 68 y 69, Benigno Varela había adelantado algunas ideas después plasmadas con más detalle en su publicación ya citada en el *Diario La Ley* comentando la STS 11 octubre 2012, donde puede leerse: «Pese a todo ello, la Convención sobre Derechos de las Personas Discapacitadas está ahí con todo el vigor que le otorgan los arts. 96 CE de 1978 y 1.5 CC y parece que no debiera obviarse ya en el enjuiciamiento de actuales situaciones de discapacidad» (núm. 8006 del *Diario La Ley* de 22 de enero de 2013, p. 3).

De la misma opinión se muestra Rosa Estarás: «La Convención es de aplicación inmediata y recoge derechos inmediatamente ejercidos por los ciudadanos ante los Tribunales de justicia, esto es, no necesitan desarrollo legislativo interno del país signatario y, por lo tanto, directamente invocables ante los órganos de la jurisdicción de cada país como derechos a reclamar, sin necesidad de su desarrollo interno»<sup>33</sup>.

## 7.2 La aplicación directa de la Convención por los Tribunales. Algunos casos prácticos

Con referencia a los Tribunales de Justicia, baste citar dos importantes ejemplos de aplicación directa de la Convención. El primero, la *STC 7/2011 (Sala Primera)*, de 14 de febrero, que decidió otorgar el amparo solicitado por una persona internada en un centro penitenciario que había sido incapacitada judicialmen-

<sup>33</sup> ESTARÁS FERRAGUT, ROSA: «El Derecho de la Persona. El Notario y la ratificación por la Unión Europea de la Convención de la ONU», en *Noticias de la Unión Europea* núm. 328, mayo 2012, p. 60.

te, sin haber sido emplazada ni oída en el proceso a pesar de los insistentes escritos del demandado oponiéndose al mismo. Este alegaba vulneración de su derecho a la defensa, asistencia letrada y proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por haberse seguido dicho procedimiento sin hacer posible su comparecencia personal al no haberse facilitado la designación de profesionales del turno de oficio, o, subsidiariamente, alegaba también vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y ello desde la perspectiva del derecho de acceso a los recursos, ya que le fue denegado el tener por preparado el recurso de apelación contra la Sentencia de incapacitación.

Por lo que aquí nos interesa, seguidamente se reproduce el último párrafo del Fundamento jurídico 4:

«Si bien el derecho a la asistencia letrada y a la defensa (art. 24.2. CE) se ha vinculado especialmente al proceso penal y sólo en menor medida al resto de procesos, es indudable que también despliega todo el potencial de su contenido en relación con procedimientos como el de incapacitación no sólo por lo esencial de los derechos e intereses que en el mismo se ventilan sino por la situación de presunta incapacidad del sometido a este procedimiento. *Esta conclusión también cabe extraerla del artículo 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 («Boletín Oficial del Estado» 21 de abril de 2008), en cuyo apartado primero, a los efectos de garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones, se prevé la posibilidad de ajustes de procedimiento para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de estas personas como participantes directos e indirectos en todos los procedimientos judiciales. En su apartado segundo se incluye, además, una apelación a la necesidad de que los Estados parte promuevan la formación adecuada de los que trabajan en la Administración de Justicia a fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia» (la cursiva es mía).*

Con anterioridad a esta sentencia, el TC ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre *el delicado tema del internamiento involuntario* en centros de personas con discapacidad intelectual o con problemas de deterioro cognitivo que hacían inviable la prestación de un consentimiento válido por parte de la persona ingresada. Cabe citar en este sentido las SSTC 131/2010 y 132/2010, ambas de fecha 2 de diciembre, que declararon inconstitucionales determinados párrafos de los artículos 211 CC (finalmente derogado por la LEC), y 763 LEC, respectivamente, tema sobre el insistimos en el epígrafe 8.4.2 al hablar del Comité de Naciones Unidas y su informe sobre España. La inconstitucionalidad deriva de que, al

tratarse de materia reservada a una Ley Orgánica (y no ordinaria), según el artículo 81 CE, su regulación mediante ley ordinaria infringe el mencionado precepto constitucional, además del artículo 17 CE. En efecto, si el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales y libertades públicas debe revestir la forma de ley orgánica, conforme al artículo 81.1 CE, y el internamiento involuntario afecta a la libertad y seguridad de la persona ingresada (art. 17.1 CE, y arts. 14, 18 y 19 CNY), es evidente que el carácter de ley ordinaria tanto del Código Civil como de la Ley de Enjuiciamiento Civil infringe en esta materia la norma constitucional, y resulta necesaria su regulación mediante una Ley Orgánica que sea aprobada por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, con una votación final sobre el conjunto del proyecto (art. 81.2 CE).

Un segundo ejemplo de aplicación directa de la CNY en cuanto a los Tribunales de Justicia se refiere, lo constituye la *Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 2 de noviembre de 2009*. Lo que se planteaba en el recurso era la posibilidad de no aplicar al recurrente determinados requisitos para la obtención de una beca, en atención a su condición de persona con discapacidad.

Dicha persona había solicitado una beca para estudiar cuarto de Derecho durante el curso académico 2005/2006, y uno de los requisitos para su concesión, aparte los relativos a la situación económica del solicitante, era haber obtenido en el curso anterior 5 puntos de nota media y no contar con más de una asignatura no superada; el recurrente sin embargo obtuvo en el curso anterior al que solicitó la beca una nota media de 3,33, aprobando solo una asignatura de las seis (con lo que le habían quedado cinco), y por tanto no cumplía los requisitos exigidos. La beca le fue denegada, y recurre contra esta decisión, alegando en síntesis que tiene una minusvalía física y psíquica del 76 %, y que a las personas con discapacidad no deben exigírseles resultados en las calificaciones, ni matricularse en un número determinado de asignaturas, ya que bastante esfuerzo hacen con estar matriculados en la universidad, cuando a duras penas pueden seguir el curso y presentarse a los exámenes.

La Audiencia Nacional estima el recurso contencioso-administrativo, reconociendo el derecho del recurrente a la obtención de la beca solicitada, así como a la restitución de las cantidades que, en su caso, hubiera abonado por gastos de matrícula u otros correspondientes a la referida beca. Utiliza la Audiencia el argumento de que, conforme al artículo 96 CE y al artículo 1.5 CC, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad forma parte de nuestro ordenamiento interno, y además sirve de módulo interpretativo de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad (art. 10.2 CE). En el Fundamento de Derecho segun-

do dice textualmente: «La entrada en vigor de la Convención debe llevar consigo, obviamente, la adaptación de la normativa española al instrumento internacional en todo aquello que lo contravenga, pero también *permite a los órganos judiciales, inmediatamente, interpretar la normativa vigente de conformidad con la Convención, completando las lagunas de nuestro ordenamiento jurídico con el propio texto de la Convención, garantizando así la efectiva aplicación de los derechos reconocidos en la norma internacional a las personas con discapacidad*» (la cursiva es mía).

Pues bien, continúa diciendo la sentencia, «desde esta perspectiva, *la exoneración a determinadas personas con discapacidad de las exigencias* previstas en los artículos 30 y 31.1 B) de la Orden de 17 de junio de 2005, en cuanto establece como requisitos para la obtención de la beca haber obtenido en el anterior curso 5 puntos de nota media y no contar con más de una asignatura no superada, puede considerarse *un ajuste razonable de la referida norma, que garantice la no discriminación de las personas con discapacidad en el ejercicio de su derecho a acceder a la educación superior*» (la cursiva es mía).

La Convención define la discriminación por motivos de discapacidad en su artículo 2, como 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, incluidas todas las formas de discriminación, y entre ellas, la denegación de *ajustes razonables*. En el mismo precepto, la Convención considera ajustes razonables «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 las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

Y el referido ajuste es especialmente pertinente en el supuesto enjuiciado, según la Audiencia, por cuanto de la documentación unida al expediente administrativo y a las actuaciones judiciales, se desprende que el recurrente padece una grave discapacidad neurológica (minusvalía del 76 %), que le genera fuertes dolores de cabeza casi diarios, a veces acompañados de sueño prolongado, discapacidad que le inhabilita para seguir el régimen académico ordinario, y consecuentemente, para cumplir los requisitos académicos exigidos al resto de los alumnos con carácter general para la obtención de la beca.

## 8 LA ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA A LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 2006

### 8.1 El Informe del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010

El Consejo de Ministros del Gobierno de España aprobó el 10 de julio de 2009, a propuesta del Ministerio de Sanidad y Política Social, la creación de un Grupo de trabajo interministerial para realizar un estudio integral de la normativa española con el objetivo de adaptarla a las previsiones de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad. Este grupo de trabajo, bajo la presidencia del referido Ministerio, estuvo compuesto por miembros de todos los departamentos ministeriales.

El día 30 de marzo de 2010 el Consejo de Ministros aprobó el «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». En la Exposición de Motivos del Informe finalmente emitido y aprobado, se insiste en la idea de que la Convención no establece nuevos derechos pero prevé medidas de no discriminación y de acción positiva, que los Estados deberán implantar para garantizar a las personas con discapacidad sus derechos en igualdad de condiciones.

También se dice en el lugar citado que la Convención supone un cambio radical en el concepto y aplicación de los derechos de las personas con discapacidad, ya que presenta una elaboración detallada de esos derechos y un código de aplicación. Ciertamente sus principios generales ya estaban recogidos en los enunciados de la Ley española 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Sin embargo, la Convención supone un cambio en el concepto de discapacidad, ya que pasa a considerarla como una cuestión de derechos humanos y no como una preocupación en materia de bienestar social.

De acuerdo con el artículo 10 de la Constitución Española de 1978, es obligación de los poderes públicos contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano.

Los necesarios ajustes debían hacerse desde un enfoque de globalidad para que la Convención alcance a todos los sectores del Derecho positivo español (civil, penal, procesal, mercantil, laboral, administrativo, etc.). De ahí, la necesidad de la creación de dicho grupo de trabajo con un marcado carácter transversal.

A continuación se expone en el Informe el resultado del estudio realizado en materia de Derecho civil y procesal, en particular por lo que se refiere a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, que concluye con la necesidad de elaborar diversas modificaciones normativas en las materias que se indican y en el sentido apuntado, con el objetivo de adaptar la normativa vigente en España a las previsiones de la Convención, tanto la del Código Civil como la de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

#### A) *En el Código Civil*

Comienza el Informe del Consejo de Ministros diciendo que el artículo 12 de la Convención, bajo el rótulo «Igual reconocimiento como persona ante la ley», engloba en la capacidad jurídica la capacidad de obrar, a la vez que exige a los Estados Partes reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Para la efectividad de este reconocimiento deberá proporcionarse a la persona con discapacidad los apoyos necesarios en el ejercicio de su capacidad jurídica. Este planteamiento hace necesario reemplazar el tradicional modelo de sustitución por un modelo de apoyo en la toma de decisiones.

Según el Informe, en la necesaria evaluación del grado de correspondencia entre la Convención y la legislación nacional preexistente se ha de constatar que el conjunto de derechos humanos proclamados en los numerosos instrumentos de Naciones Unidas ya forman parte del ordenamiento jurídico español.

Después de aludir a las sentencias del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 2002 y del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, estima el Informe, no obstante, que es necesario adaptar al espíritu, y también a la terminología de este texto internacional, la legislación sustantiva y procesal interpretada por la jurisprudencia, 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. Igualmente, ha de insistirse en garantizar 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 previo, y en relación con la modificación de la capacidad de obrar, cuando consista en anular el ejercicio de la capacidad jurídica y otorgarla a un tercero, que actuará en *repre-*

*sentación de la persona con discapacidad*, debe quedar limitada a las situaciones excepcionales que lo justifiquen.

También se pronuncia el Informe sobre la conveniencia de destacar el criterio legal y doctrinal consistente en señalar que 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 ejercicio.

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 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 mismo.

## B) *En la Ley de Enjuiciamiento Civil*

Los preceptos de la Convención que en este apartado pondera el repetido Informe del Consejo de Ministros son también artículo 12,

relativo al igual reconocimiento como persona ante la ley, artículo 13, sobre el acceso a la justicia, y artículos 8 (toma de conciencia) y 9 (accesibilidad). Insistiremos naturalmente en el artículo 12.

Las reformas del Código Civil mencionadas en el epígrafe anterior han de quedar reflejadas en el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuyas disposiciones también deben ser adaptadas a la Convención.

Particular atención requiere, continúa diciendo el Informe, la regulación del proceso de modificación de la capacidad de obrar, según la denominación de este proceso introducida por la Ley 1/2009, y que antiguamente se denominaba de incapacitación, en cuanto ha de encauzar la actuación procesal de los operadores jurídicos para llegar a una sentencia que, en primer lugar, gradúe las áreas de la esfera personal y patrimonial de la persona con capacidad modificada sobre las que ésta no puede adoptar decisiones y determinar los actos o categoría de actos que no puede realizar por sí sola, sobre la base de que ésta sólo verá restringido el ejercicio de los derechos que expresamente conste en la sentencia; y, en segundo lugar, deberá establecer la figura o medidas de apoyo en la toma de decisiones en las áreas o actos en que lo necesite la persona cuya capacidad de obrar se modifica.

También, deberá estudiarse la oportunidad de introducir previsiones para, cuando el juez considere temporal la causa que impide a la persona gobernarse por sí misma, pueda precisar en la sentencia la duración de la medida de apoyo acordada y someter a revisión periódica la necesidad de prorrogar, variar o dejar sin efecto la modificación de la capacidad, todo ello de conformidad con el artículo 12.4 de la Convención.

## 8.2 **La adaptación legislativa en ámbitos diferentes al Derecho Civil: La Ley 26/2011, de 1 de agosto y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre. Su coordinación con dicha disciplina. El R.D. 1/2013, de 11 de enero**

Como quedó señalado en el epígrafe anterior, el aludido Informe del Consejo de Ministros hacía referencia a que «los necesarios ajustes debían hacerse desde un enfoque de globalidad para que la Convención alcance a todos los sectores del Derecho positivo español (civil, penal, procesal, mercantil, laboral, administrativo, etc.)», y de ahí concluía la necesidad de la creación del grupo de trabajo con *un marcado carácter transversal*. El primer resultado de este enfoque han sido las dos disposiciones que brevemente estudiamos a continuación: la Ley 26/2011, de 1 de agosto, y el RD 1276/2011, de 16 de septiembre.

Según nos confiesa en su Preámbulo la primera de las disposiciones citadas, la modificación normativa encuentra su fundamento en el artículo 4 de la Convención de Nueva York de 2006, en virtud del cual los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. Por otro lado, dicha Convención forma parte del ordenamiento interno español, por lo que resulta necesaria la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que la Convención recoge.

*La modificación de diversas leyes por parte de la Ley 26/2011 abarca las más distintas materias, desde la sanidad, el empleo o la accesibilidad hasta la protección civil, la cooperación internacional, o el mismo concepto de discapacidad que contenía la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal (en lo sucesivo LIONDAU) de las personas con discapacidad, al incorporar literalmente al apartado 2 del artículo 1 de esta Ley la definición de persona con discapacidad contenida en el artículo 1.º de la Convención.*

Algunas modificaciones revisten un alcance verdaderamente importante, *incluso con trascendencia procesal, como por ejemplo la inversión de la carga de la prueba* contenida en el nuevo artículo 20.1 LIONDAU, en virtud del cual: «1. En aquellos procesos jurisdiccionales en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Cuando en el proceso jurisdiccional se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de discapacidad, el Juez o Tribunal, a instancia de parte, podrá recabar informe o dictamen de los organismos públicos competentes».

A destacar igualmente en la referida Ley 26/2011 dos disposiciones contenidas en su parte última, una adicional y otra final:

A) *La Disposición adicional séptima*, bajo el título de «Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones», anuncia que: «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 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». Parece que de nuevo cambia la denominación del antiguo proceso de incapacitación, que primero pasó a llamarse «proceso de modificación de la capacidad de obrar» por virtud de la Ley 1/2009, y ahora pasa a denominarse, verdaderamente con más acierto, «proceso judicial de determinación de apoyos» para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen.

B) *La Disposición final segunda*, bajo el título de «Autorización al Gobierno para la refundición de textos legales», anuncia igualmente que: «El Gobierno elaborará y aprobará, antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un *texto refundido* en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad».

La transcripción de la disposición final segunda de la Ley 26/2011 que acaba de consignarse, relativa a la refundición de textos legales, es la resultante de la redacción dada a la misma por la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, en su disposición final quinta (BOE núm. 311, de 27 de diciembre de 2012), que varió la redacción originaria que la Ley 26/2011 dio a la citada disposición final, pero únicamente en un punto: donde antes ponía «en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley» ahora pone «antes del 31 de diciembre de 2013».

Sin embargo, no se hace lo mismo con respecto a lo dispuesto en la igualmente transcrita disposición adicional séptima de la Ley 26/2011, referente a la adaptación normativa sobre el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, la cual no se modifica y por tanto se mantiene en su redacción originaria que le dio la Ley 26/2011, con lo que esta disposición adicional continúa diciendo que el Gobierno, «en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley», remitirá a las Cortes Generales el proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico sobre la citada materia para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención.

Aunque la modificación llevada a cabo por la Ley 12/2012 en la delegación legislativa efectuada al Gobierno para la refundición de los mencionados textos legales sobre discapacidad, fijando un

nuevo plazo para efectuarla (antes del 31 de diciembre de 2013), pueda tener su fundamento en que, una vez incumplido el plazo inicial (de un año desde la entrada en vigor de la Ley 26/2011), tal delegación no pueda entenderse vigente por tiempo indeterminado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 82.3 CE, y fuera necesario fijar un nuevo plazo, lo cierto es que *llama la atención que no se aprovechara la oportunidad para hacer idéntica modificación en la disposición adicional séptima de la Ley 26/2011 fijando también el límite temporal del 31 de diciembre de 2013 para que el Gobierno remitiera a las Cortes Generales el proyecto de ley de adaptación normativa al artículo 12 de la Convención.*

Por eso, siendo cierto que continúa vigente esa «obligación» del Gobierno de remitir a las Cortes dicho proyecto de ley de adaptación legislativa al artículo 12 CNY, no obstante haber incumplido su plazo inicial (que igualmente era de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley 26/2011), ya que tal obligación no ha sido suprimida ni modificada por ninguna ley posterior, no es menos cierto que la *diferencia de trato entre ambas cuestiones* por el legislador, esto es, la autoexigencia de plazo concreto en un caso y no en el otro, no augura buenas noticias en lo referente a la adaptación de la legislación civil (y procesal) a la Convención, y en concreto a su artículo 12, ya que se deja, si no *ad calendas graecas*, sí para un futuro indeterminado o *sine die*.

La cuestión es importante, porque *el orden cronológico en que se produzcan ambas iniciativas legislativas puede tener trascendencia a efectos de su coordinación*, ya que es muy conveniente compatibilizar y coordinar las legislaciones administrativa, laboral y de Seguridad Social, civil y procesal sobre personas con discapacidad, para no incurrir en contradicciones o disfunciones difícilmente salvables con posterioridad. Obsérvese que el ámbito normativo de la autorización al Gobierno para la refundición no se circunscribe simplemente a la mera formulación de un texto único sino que incluye la de *regularizar, aclarar y armonizar* los textos legales que han de ser refundidos (art. 82.5 CE); y conviene tener presente que la legislación estatal de carácter civil, en particular la contenida en el Código Civil, constituye el Derecho común y se aplicará como supletoria en las materias regidas por otras leyes (arts. 4.3 CC y 149.3 CE), por lo que la referida coordinación se hace imprescindible.

Pero no todo van a ser malas noticias en este tema de la adaptación de la legislación civil y procesal de España a la Convención de Nueva York de 2006; por el contrario, determinadas modificaciones legislativas efectuadas en época reciente contribuyen a infundir un moderado optimismo y a que puedan albergarse algunas expec-

tativas favorables en esta cuestión. Es el caso del *Real Decreto 1/2013, de 11 de enero, por el que se modifica el Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad aprobado por el Real Decreto 946/2001, de 3 de agosto*. La exposición de motivos de este Real Decreto 1/2013 expresa claramente que su promulgación tiene el mismo fundamento que la aprobación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional, a saber, el compromiso por los Estados Partes de la Convención, contenido en su artículo 4, de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la misma.

En efecto, una de las novedades que introduce el Real Decreto 1/2013 es la ampliación de las funciones atribuidas al Patronato en el artículo 3 de su Estatuto, entre las cuales destaca la contenida en su nuevo número 5, que, sin perjuicio de analizarlas más adelante, hacen referencia a un concepto fundamental en el mundo de la discapacidad cual es el denominado *diálogo civil*, concepto que alude a la participación de las personas con discapacidad y sus familias, principalmente a través de sus organizaciones representativas, en las políticas y decisiones que les afecten, siendo obligación de las Administraciones Públicas promover las condiciones que aseguren que dicha participación sea real y efectiva. Como decimos, más adelante insistiremos en esta importante cuestión, en particular al tratar sobre el tema del diálogo civil en los epígrafes 9.2.1 y 9.2.2.

Por lo que se refiere al Real Decreto 1276/2011, su objetivo, según confiesa en el Preámbulo, es adecuar la regulación reglamentaria vigente en materia de discapacidad a las directrices de la Convención, en la línea marcada por la ley 26/2011, de 1 de agosto; abarcando también las más diversas materias, desde el transporte o el acceso a las nuevas tecnologías, hasta la función testifical de las personas con discapacidad en el ámbito de la actividad notarial. A destacar la disposición adicional primera, que lleva por título «Designación de mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar en España la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», y cuyo texto dice lo siguiente:

«Sin perjuicio de las funciones del Defensor del Pueblo como Alto Comisionado para la defensa de los derechos humanos, y a los efectos del número 2 del artículo 33 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se designa al Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), en tanto que asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad,

como mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar la aplicación en España del citado Tratado internacional»<sup>34</sup>.

Esta disposición reviste especial importancia, en tanto viene a reconocer a este organismo, el CERMI, como representante por antonomasia del mundo de la discapacidad, lo que tiene trascendencia no solo a efectos de la vigilancia acerca del cumplimiento de la Convención por parte del Estado español, sino también en orden a la mismísima participación en las políticas oficiales que se desarrollen en la esfera de las personas con discapacidad, según el principio denominado del «diálogo civil», recogido en el artículo 2.e de la LIONDAU, de acuerdo con la modificación introducida en dicho precepto por la Ley 26/2011, y sobre el que volveremos después.

### 8.3 Las declaraciones oficiales y propuestas de política legislativa

Verdaderamente, en el tema de la discapacidad constituyen lugar común las declaraciones grandilocuentes y las afirmaciones, cuando no promesas, de buena voluntad pero incierto cumplimiento. Podríamos acudir aquí, una vez más, a esa fuente de sabiduría que es el refranero español, y recordar aquello de que «obras son amores, que no buenas razones». Pero las buenas razones existen y continúan esgrimiéndose cuando se considera conveniente u oportuno; por ejemplo, en la referencia del Consejo de Ministros del día 30 de noviembre de 2012 puede leerse una Declaración por el Día Internacional de las Personas con Discapacidad, que se celebraba el 3 de diciembre siguiente y que se enmarca en el contexto de celebración del Año Internacional de las Personas con Discapacidad. En virtud de esa Declaración: «El Gobierno refuerza su compromiso con los derechos de las personas con discapacidad y

<sup>34</sup> El artículo 33 de la CNY se refiere a la «Aplicación y seguimiento nacionales» de la Convención, con el siguiente texto:

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

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

3. La sociedad civil, y en particular las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, estarán integradas y participarán plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento.»

reafirma el especial compromiso de España por los derechos de las personas con discapacidad y por su inclusión social y laboral».

En este orden de cosas hay que incluir la *Proposición no de Ley* presentada curiosamente por el partido en el Gobierno (Partido Popular), relativa 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, para su debate en Pleno, y admitida a trámite el día 29 de junio de 2012. Su texto es el siguiente: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley 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.»

Esta Proposición no de Ley fue debatida en la Sesión plenaria del Congreso de los Diputados celebrada el día 11 de diciembre de 2012 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 79, pp. 26 y ss.), y como idea central de la misma su defensor, el Sr. Vañó Ferré, expresaba lo siguiente (p. 27):

«Como decía anteriormente, la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 12, dice que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica y por tanto tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida. Para ello se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar el acceso a los apoyos que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Es decir, cambiábamos el sentido de la tutela, evitábamos hablar de sustituir y pretendíamos entrar a hablar de complementar. Es el cambio más importante que el artículo 12 pretende. Tiene su complejidad, pero con la colaboración de todos podemos empezar a cambiar un poco el criterio. Como dice la directora de la Fundación Æquitas, Fundación del Notariado, hay que permitir diferentes instrumentos jurídicos que posibiliten a cada persona con discapacidad elaborarse su propio traje a medida. No es posible que el único instrumento sea la incapacitación judicial que, en palabras de las propias personas con discapacidad, equivaldría a la muerte civil. Es decir, *a cada persona hay que buscarle su traje a medida*, que quiere decir los apoyos necesarios para que pueda desarrollar sus capacidades residuales, que todo el mundo tiene. En cuestión de la capacidad jurídica, el

artículo 12 cambia el modelo de representación o sustitución en la toma de decisiones por el modelo de apoyo, siendo precisa la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a esos postulados de la convención.» (la cursiva es mía).

La Proposición quedó aprobada por una gran mayoría de votos a favor (307, de los 319 emitidos) y 12 abstenciones. Ahora solo falta ponerse manos a la obra.

Y manos a la obra se han puesto algunas instituciones cercanas al tema de la discapacidad, trabajando en propuestas o proyectos sobre modificaciones legislativas de esta materia en el ámbito civil. Así, por ejemplo, la denominada «*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*», elaborada por una Subcomisión de Expertos del Real Patronato sobre Discapacidad, con fecha 13 de junio de 2012, y publicada conjuntamente por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Real Patronato sobre Discapacidad, la Fundación ONCE, la Fundación Aequitas y el Consejo General del Notariado, en el que de forma muy modesta y limitada ha participado quien suscribe estas líneas. La propuesta va precedida de una presentación a cargo de Miguel Ángel Caba de Luna (Portavoz de la Comisión de Legislación del Real Patronato sobre Discapacidad), y de un Preámbulo o Exposición de Motivos.

#### 8.4 El Informe de 2012 del Comité de Naciones Unidas sobre España

Al principio de este trabajo, cuando hablábamos de la ratificación por el Reino de España de la Convención de Nueva York de 2006, decíamos que dicha Convención va acompañada de un Protocolo de carácter facultativo, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de la misma fecha (13 de diciembre de 2006), complementario pero independiente de aquella (en lo sucesivo denominado «el Protocolo»), mediante el cual todo Estado Parte en el Protocolo reconoce la competencias del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en lo sucesivo denominado «el Comité») para controlar el correcto cumplimiento de lo dispuesto en la Convención<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> De acuerdo con el artículo primero del Protocolo Facultativo: «Todo Estado Parte en el presente Protocolo («Estado Parte») reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad («el Comité») para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción

También en ese lugar dijimos que el Reino de España ratificó ambos instrumentos internacionales, la Convención y el Protocolo Facultativo, sin formular reserva alguna, mediante Instrumentos de Ratificación, ambos de fecha 23 de noviembre de 2007, que fueron depositados en Naciones Unidas el 3 de diciembre de 2007, y publicados en los Boletines Oficiales del Estado de 21 y 22 de abril de 2008, respectivamente, entrando en vigor de forma simultánea el día 3 de mayo de 2008.

Conviene sin embargo hacer ahora alguna aclaración sobre este tema de la coexistencia entre esos dos instrumentos internacionales, la Convención y el Protocolo Facultativo, pues ambos tienen el carácter de tratado o convenio internacional, con independencia uno de otro, pero naturalmente están íntimamente relacionados<sup>36</sup>. El tema es importante a efectos de la adaptación legislativa del Reino de España a la Convención de Nueva York de 2006.

#### 8.4.1 EL SIGNIFICADO DEL PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN

El Protocolo Facultativo estuvo y está abierto a la firma de todos los Estados y las Organizaciones Regionales de Integración que sean signatarios de la Convención de Nueva York de 2006. Para ratificar el Protocolo por un Estado signatario del mismo, o por una Organización Regional de Integración signataria de dicho Protocolo, es necesario haber ratificado, o haber confirmado oficialmente, o haberse adherido previamente, a la Convención. Paralelamente, el Protocolo está abierto a la adhesión de cualquier Estado u Organización Regional de Integración que haya ratificado la Convención, la haya confirmado oficialmente o se haya adherido a ella y que no haya firmado el Protocolo. Lo que no resulta posible es ratificar el Protocolo Facultativo sin haber hecho lo propio previamente con la Convención, aunque sí se puede ratificar la Convención sin hacer posteriormente lo propio con el Protocolo, que como indica su denominación es facultativo.

Por otra parte, también conviene poner de relieve que hay *dos tipos de actuaciones por parte del Comité*, según la intensidad o gravedad de la denuncia que se le presente: A) Por una parte, las

---

que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas. El Comité no recibirá comunicación alguna que concierna a un Estado Parte en la Convención que no sea parte en el presente Protocolo.»

<sup>36</sup> Me limitaré a reproducir, lo más sucintamente posible, lo dicho en GARCÍA PONS, *Las personas con discapacidad...*, cit., pp. 37 a 39, con la consiguiente nueva autocita, sistema poco de mi agrado como ya dije anteriormente, pero inevitable para que el lector interesado pueda profundizar en estas cuestiones acudiendo al lugar citado si lo desea.

«comunicaciones» que reciba, y a que se refieren los artículos 3, 4 y 5 del Protocolo; se abre un plazo de seis meses para que el Estado Parte presente por escrito las explicaciones o aclaraciones oportunas y, en su caso, se indiquen las medidas correctivas que hubiere adoptado; el Comité hará llegar sus sugerencias y recomendaciones, si las hubiere, al Estado Parte interesado y al comunicante; es lo que podría denominarse un *control blando* de las obligaciones de los Estados Partes en la Convención. B) Por otra parte, los artículos 6 y 7 contemplan el supuesto más grave de que el Comité reciba «información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos recogidos en la Convención»; en tal caso puede el Comité abrir una «investigación» confidencial, con visita incluida a su territorio, solicitando la colaboración e informe del Estado Parte afectado, al cual el Comité podrá efectuar las observaciones y recomendaciones que estime oportunas e invitar a que le informe sobre cualquier medida adoptada como resultado de la investigación; podría decirse que en este caso el Comité de Naciones Unidas ejerce un *control duro* acerca de las obligaciones del Estado Parte.

A estos efectos, sin embargo, recoge dicho Protocolo en su artículo 8 la denominada *cláusula opt-out*, por virtud de la cual: «Todo Estado Parte podrá, al momento de la firma o ratificación del presente Protocolo, o de la adhesión a él, declarar que no reconoce la competencia del Comité establecida en los artículos 6 y 7», es decir, la que se deriva del supuesto más grave, de control más fuerte o control duro por parte del Comité, a que hemos hecho referencia. El Estado Parte que no quiera reconocer esta competencia del Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad tendrá que declararlo así de forma expresa en el momento en que firme, ratifique o se adhiera al Protocolo, de lo contrario se entiende que acepta la expresada competencia y las consecuencias que de ella puedan derivarse<sup>37</sup>.

De este modo, los Estados Partes pueden: a) ratificar solamente la Convención y no ratificar el Protocolo, en cuyo caso el

---

<sup>37</sup> Se diferencia así este Protocolo de aquellos otros instrumentos internacionales en que se requiere una sumisión expresa del Estado signatario a la competencia de los órganos o comités de control que se crean, es decir, que el Estado Parte tiene que aceptar expresamente dicha competencia, de modo que si no dice nada en el momento de la firma, adhesión o confirmación oficial, se entiende que no la acepta, pues para aceptarla hace falta una declaración u opción expresa de aceptación (*cláusula opt-in*). Aquí es al contrario, si el Estado Parte no dice nada se entiende que acepta la expresada competencia, pues para rechazarla hace falta una declaración u opción expresa de rechazo (*cláusula opt-out*). Desde el punto de vista de Derecho Internacional, la diferencia es importante, pues es mucho mayor el «desgaste» que para el Estado Parte lleva consigo la utilización la *cláusula opt-out* que la *opt-in*, ya que en el primer caso el rechazo al control por Naciones Unidas es expreso y llamativo.

Comité de Naciones Unidas no tendrá competencia para recibir comunicaciones individuales –control blando– ni para iniciar investigaciones acerca de violaciones de los derechos recogidos en la Convención –control fuerte– con respecto a ese Estado Parte; *b)* ratificar la Convención y ratificar el Protocolo, pero utilizando en éste la cláusula *opt-out* del artículo 8 del Protocolo, en cuyo caso el Comité sí podrá recibir comunicaciones individuales de personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de una violación de sus derechos –control blando–, pero no podrá iniciar una investigación con base a informaciones fidedignas que revelen violaciones graves o sistemáticas por el Estado Parte de los derechos recogidos en la Convención –control duro–; *c)* ratificar la Convención y el Protocolo Facultativo sin más, es decir, sin formular ninguna reserva, en cuyo caso el Estado Parte se somete a ambos tipos de control por parte del Comité de Naciones Unidas.

Esta última opción es la que eligió el Reino de España, ratificando sin ningún tipo de reservas tanto la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 como el Protocolo Facultativo de la misma, aceptando por consiguiente todo tipo de controles por parte del Comité para verificar el cumplimiento de la Convención.

#### 8.4.2 EL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU INFORME DE 2012 SOBRE ESPAÑA

Pero, con carácter general, *el Comité tiene por misión vigilar el cumplimiento de lo dispuesto en la Convención por los Estados partes, y por las Organizaciones Regionales de Integración, que la hayan ratificado. A tal efecto, éstos presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la Convención y sobre los progresos realizados al respecto, al menos cada cuatro años y en las demás ocasiones en que el Comité se lo solicite. El Comité decidirá las directrices aplicables al contenido de los informes (art. 35 de la Convención).*

Es misión especial del Comité recibir y examinar los informes periódicos, hacer las sugerencias y las recomendaciones que estime oportunas respecto a ellos y remitirlas al Estado Parte de que se trate, el cual podrá responder enviando al Comité cualquier información que desee. El Comité igualmente podrá solicitar a los Estados Partes más información con respecto a la aplicación de la Convención (art. 36).

El Comité informará cada dos años a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y datos recibidos de los Estados Partes en la Convención. Esas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité, junto con los comentarios, si los hubiera, de los Estados Partes (art. 39).

*El Reino de España presentó al Comité su primer Informe*, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 35 de la Convención, siendo además el primer Estado que presentó su informe inicial al Comité. En el ámbito de sus competencias, y después de proceder al examen y evaluación de dicho primer informe, *el Comité elaboró sus «Observaciones finales» al mismo*<sup>38</sup>, en las que, después de destacar los «Aspectos Positivos» (Apartado II), entre los que destaca la aprobación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto<sup>39</sup>, pasa a describir lo que denomina «Principales motivos de preocupación y recomendaciones» (Apartado III), dentro de los cuales nos centraremos en los relativos al artículo 12 (Igual reconocimiento como persona ante la ley), puntos 33 y 34 del Apartado III, que por su importancia transcribimos a continuación:

«33. El Comité observa que la Ley núm. 26/2011 establece un plazo de un año desde su entrada en vigor para la presentación de un proyecto de ley que regule el alcance y la interpretación del artículo 12 de la Convención. Preocupa al Comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica.

34. 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».

En lo referente al tema del *internamiento involuntario*, en el punto 36 del Informe (dentro del artículo 14 de la Convención relativo a la libertad y seguridad de la persona), expresa el Comité lo siguiente: «El Comité recomienda al Estado parte que revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por

<sup>38</sup> Las cuales pueden verse en internet, en la dirección siguiente: CRPD/C/ESP/CO/1.

<sup>39</sup> Según expresa «sobre la adaptación de las normas a la Convención, la modificación de reglamentos y de varias leyes en respuesta a la Convención, y la adopción de importantes medidas positivas en los sectores de la salud, la vivienda y el empleo y en otras esferas».

motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adopte medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado». Previamente, en el punto 35 el Comité había expresado su preocupación de que se tienda a recurrir a medidas urgentes de internamiento que contienen solo salvaguardias *ex post facto* para las personas afectadas.

Aquí conviene recordar las declaraciones de inconstitucionalidad efectuadas por el Tribunal Constitucional de España en las ya citadas (en el epígrafe 7.2) SSTC 131/2010 y 132/2010. En esta última sentencia (la STC 132/2010) el TC declaraba la inconstitucionalidad de determinados párrafos del art. 763 LEC, por afectar a derechos fundamentales y libertades públicas de la persona internada, concretamente a su libertad personal y a su propia seguridad (art. 17.1 CE, y arts. 14, 18 y 19 CNY), materia cuyo desarrollo requiere una ley con rango de orgánica (art. 81.1 CE), y no simplemente una ley ordinaria como es la LEC; en cambio, no declaraba el TC la nulidad del precepto, «pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento Jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material»; por lo que el TC concluía en el FJ 3, *in fine*, que: «Estamos, por consiguiente, en presencia de una vulneración de la Constitución que *sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante Ley Orgánica*» (la cursiva es mía)<sup>40</sup>.

Estas importantes observaciones del Comité son altamente expresivas por sí solas, sin necesidad de mayor comentario. Bien es cierto que se trata de observaciones que no tienen fuerza normativa, son recomendaciones y líneas orientativas, sin fuerza legal u

<sup>40</sup> El TC ha extendido la cobertura del art. 17 CE a otras reglas procedimentales contempladas en el art. 763 LEC, en su *STC 141/2012, de 2 de julio*, que no resuelve cuestiones de inconstitucionalidad (como en las SSTC 131/2010 y 132/2010) sino un recurso de amparo. Acerca de la mencionada sentencia puede verse un interesante comentario de la misma por CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos: «Internamiento involuntario urgente por razones de trastorno psíquico y tutela del derecho fundamental a la libertad personal», en *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, tomo LXV, fascículo IV, octubre-diciembre 2012, pp. 1883 y ss; e igualmente interesante el trabajo de ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, «Las garantías judiciales de los internamientos involuntarios. Inconstitucionalidad del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa* (Matilde Cuenca Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva y Jorge Ortega Doménech, Coordinadores), Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 29 y ss. Y más en general, GERMÁN URDIOLA, M.ª Jesús, *Tratamientos Involuntarios y Enfermedad Mental*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, especialmente pp. 159 a 206.

obligatoria, pero con un indiscutible carácter diplomático y moral a la vez<sup>41</sup>, que bien nos sirven como introducción al estudio sobre el estado de esta delicada cuestión, y las perspectivas que presenta, en el ordenamiento jurídico español, en particular por lo que se refiere al ámbito jurídico-civil.

## 9. LOS PROBLEMAS DE LA ADAPTACIÓN LEGISLATIVA A LA CONVENCIÓN PRECISAMENTE EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL

Fácilmente puede observarse que en España la adaptación legislativa a la Convención de Nueva York de 2006 se ha realizado, al menos hasta principios del año 2013, en el terreno legislativo distinto del Derecho civil, salvo contadas y puntuales excepciones, como por ejemplo en la materia ya aludida de los testigos en los instrumentos públicos autorizados por Notario, que afecta a la actividad profesional de estos funcionarios, especialmente en el ámbito del Derecho privado, y en particular del Derecho civil. Lo mismo ocurre en materia de Derecho procesal, donde las reformas son también necesarias pero todavía no se han producido.

Bien pensado, no puede extrañar demasiado esta circunstancia, debido a una serie de factores, cuyo denominador común seguramente reside en la dificultad de llevar a cabo una reforma importante en cuerpos legales de tanta complejidad como el Código Civil o la Ley de Enjuiciamiento Civil. En ellos resulta en extremo delicado acometer reformas legislativas que, en nuestro caso, abarcarían como mínimo los Títulos IX y X del Libro Primero del Código Civil, y el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, amén de la necesidad de contar ya con una moderna regulación de la jurisdicción voluntaria. Ahora bien, no es menos cierto que la excusa basada en la dificultad de la reforma, por abordar materias y cuerpos legislativos de reconocida complejidad, puede ser una causa del retraso en la adaptación a la CNY, pero en absoluto suponer una coartada para la inacción de los organismos que deberían efectuarla.

Algunas causas, sin embargo, afectan en exclusiva al ámbito del Derecho civil, y a ellas vamos a dedicar las líneas que siguen, con toda la modestia y precaución de la que podamos ser capaces, pero tratando de poner los problemas encima de la mesa y exponiendo con la mayor claridad los puntos de vista sobre ellos.

---

<sup>41</sup> En el último punto de su Informe, el número 56 («Próximo informe»), el Comité pide al Estado parte (Reino de España) que presente su segundo informe periódico a más tardar el 3 de diciembre de 2015 y que incluya en él información sobre la «aplicación de las presentes observaciones finales».

*Dos causas o razones parecen observarse, en este ámbito, que contribuyen al retraso en la adaptación legislativa a la Convención en el campo del Derecho civil, y 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 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 discapacidad. Sobre ambas cuestiones trataré de explicarme lo mejor y lo más brevemente posible, no sin antes hacer la aclaración de que en las líneas que siguen habrá que utilizar inevitablemente la terminología antigua cuando se trate de analizar determinadas situaciones anteriores a la Convención, como antecedentes históricos que contribuyen a explicar y comprender mejor la situación actual.*

## 9.1 El tradicional carácter constitutivo de la Sentencia de Incapacitación: De la teoría formalista de la capacidad a la teoría realista de la misma. La capacidad legal suficiente

### 9.1.1 LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA

Fundamentalmente desde la obra del maestro Federico de Castro<sup>42</sup>, ha venido manteniéndose por gran parte, podría decirse que por la mayor parte, de la doctrina civilista, y también por la doctrina procesal<sup>43</sup>, un axioma casi inmutable: el *carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación*, de forma que la sentencia estimatoria de la incapacidad constituye a la persona en un nuevo esta-

<sup>42</sup> DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Tomo II (Derecho de la Persona)..., cit., pp. 289 y ss., que en todo caso basaba su tesis en el beneficio y protección del incapaz.

<sup>43</sup> Puede verse en tal sentido, con profusa cita de doctrina tanto civil como procesal, CABRERA MERCADO, Rafael, en *El proceso de incapacitación*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 324 a 327; igualmente, HUERTAS MARTÍN, Isabel, en *El proceso de incapacitación en la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (aspectos procesales y sustantivos)*, Granada, 2002, pp. 220 a 223; y en el mismo sentido, BERROCAL LANZAROT, Ana I., «De nuevo sobre el proceso de incapacitación», en *Revista de Derecho Procesal*, Año 2005, pp. 87-88. En cuanto a la doctrina civilista, Vid. por todos O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «La declaración de incapacidad» en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP (Director, Rafael Martínez Díe), Civitas, Madrid, 2000, pp. 45 y 51: «Es sentencia constitutiva; no declara una situación, sino que, habiéndose probado ésta, constituye un estado civil nuevo, el de incapacitado» (p. 51); opinión esta última que es compartida por ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, en *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 56.

do civil, el estado civil de incapacitado. Así como también se presenta como axioma la *irretroactividad* de la sentencia a los actos realizados por la persona incapaz con anterioridad a la misma, de modo que ésta no alcanza a los actos anteriores realizados por el incapaz, que no obstante podrán ser atacados demostrando su incapacidad o imposibilidad para prestar consentimiento válido, lo que hace nulos tales actos por falta de un requisito esencial como es el consentimiento, y no anulables como los del incapacitado judicialmente que realiza actos jurídicos no permitidos por la sentencia<sup>44</sup>. Además, y puesto que según esta teoría la incapacidad como tal sólo adquiere relevancia jurídica a partir de la sentencia firme de incapacitación, resultará que la seguridad del tráfico jurídico queda a salvo mediante la inscripción de la sentencia en los Registros correspondientes (Civil y de la Propiedad), haciendo posible su conocimiento por los terceros.

La tesis aludida fue contestada, sin embargo, por una parte, en principio minoritaria, de la doctrina civilista, encabezada por el profesor Gordillo Cañas<sup>45</sup>, que mantiene el *carácter declarativo de la incapacidad por parte de la sentencia, aunque constitutivo de la institución de guarda (tutela o curatela)*. En terminología de este profesor, que hacemos nuestra, frente a la tesis jurídico formalista que acaba de exponerse, se impone una orientación jurídico realista de la capacidad, basada en la situación real y en las cualidades biopsicológicas de la persona, siendo el régimen de invalidez o ineficacia de los actos del incapaz el mismo antes que después de la sentencia, e incluso si ésta no llega a producirse: la anulabilidad. La incapacidad deriva de su causa natural, la anomalía o enfermedad incapacitante, atendiendo al dato real de la persona, a sus cua-

<sup>44</sup> En este sentido, por ejemplo, JORDANO FRAGA, Francisco, en *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Bolonia, 1988, pp. 317, 319 y 333 y ss.; teoría fuertemente criticada por el profesor DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, en su magistral «Comentario a la sentencia de 4 de abril de 1984», en *CCJC* núm. 5, abril-agosto 1984, pp. 1569 y ss. Aunque el tema ha sido profusamente estudiado por la doctrina, una sucinta y clara exposición sobre las teorías acerca del tipo de invalidez o ineficacia de los actos realizados por las personas discapacitadas puede verse en: ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, «La anulabilidad de los actos de las personas discapacitadas», *Actualidad Civil* núm. 19, Tomo 2, año 2007, Editorial La Ley, pp. 231 y ss., obra ya citada anteriormente.

<sup>45</sup> GORDILLO CAÑAS, Antonio, en *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pp. 67 a 81 (donde formula sus objeciones a la teoría jurídico formalista), y pp. 82 y ss. (donde desarrolla su orientación jurídico realista). Igualmente, RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pp. 299 y ss., en particular pp. 304 a 321. En el ámbito de la Filosofía del Derecho, puede verse en el mismo sentido, en la ya citada obra colectiva *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, el trabajo de MATEOS GARCÍA, Ángeles, «Aproximación antropológica a la estructura de la capacidad jurídica», pp. 71 y ss., en busca de un fundamento antropológico-psicológico a este término; y el mismo SÁNCHEZ DE LA TORRE en «Capacidad, personalidad jurídica...», cit., p. 23.

lidades físicas y psíquicas, a su interés y protección personal, más que al aspecto formalista jurídico procesal o a la protección del tráfico; teniendo en cuenta que, respecto al tema de la seguridad del tráfico jurídico, el régimen de la anulabilidad quedará atemperado con el juego complementario del principio de protección del tercero de buena fe.

### 9.1.2 LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo mantuvo en determinado momento el carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación, teoría que tuvo su reflejo en alguna de sus resoluciones, como por ejemplo las SSTS 9 junio 1997 y 27 enero 1998. En esta última puede leerse en su Fundamento de Derecho tercero lo siguiente: «La sentencia de incapacitación, dictada en proceso declarativo de menor cuantía (tal como estableció la disposición adicional de la Ley 13/1983, de 24 octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, que recoge actualmente el número 2.º del artículo 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), es sentencia constitutiva que, cuando en el demandado concurre una de las causas que prevé el artículo 200 del Código Civil, le constituye en el estado civil de incapacitado y debe marcar el alcance de la incapacitación, tal como ordena el artículo 210: determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado».

A primera vista, pues, parece inclinarse el TS por la teoría jurídico-formalista de la capacidad a que antes nos referíamos; pero un examen más detenido de la jurisprudencia indica, a mi juicio, que tal conclusión sería un tanto precipitada y no del todo exacta.

En efecto, y *aunque se trata de una cuestión fundamentalmente de naturaleza procesal, el TS viene repitiendo con insistencia, como doctrina jurisprudencial constante y sin fisuras, que la capacidad de las personas es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación de los Tribunales de instancia, inamovible en casación, a menos que se demuestre ilógica o absurda, incurra en error patente o infrinja algún precepto legal, en cuyos supuestos deberá utilizarse el cauce procesal oportuno para combatirla*. En realidad, se trata de la aplicación de la regla general a que se refiere la doctrina jurisprudencial sobre la valoración de la prueba en el recurso de casación, contenida, por ejemplo y entre otras, en la STS 16 febrero 2011, FD cuarto, según la que: «La valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en las instancias, no es revisable en el recurso extraordinario por infracción pro-

cesal, salvo cuando se conculque el artículo 24.1 CE por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad, que puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada. En tal caso debe plantearse al amparo del artículo 469.1.4.º LEC (SSTS de 18 de junio de 2006, RC núm. 2506/2004, 8 de julio de 2009, RC núm. 693/2005)»; e idéntica doctrina jurisprudencial se contiene en las dos SSTS de la misma fecha, 1 diciembre 2010, cuyos Recursos de Casación (RC) eran los números 932/2007 y 1282/2007, así como en la STS 30 diciembre 2011, RC núm. 1916/2008.

En esta línea hay que situar la doctrina del TS sobre la presunción de capacidad de las personas, contenida con carácter general en el artículo 322 CC. La *STS 14 febrero 2006* afirma que: «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<sup>46</sup>, 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, estas referidas a la validez de disposiciones testamentarias, sientan la *presunción iuris tantum de capacidad del otorgante cuya incapacidad 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*» (la cursiva es mía). La presunción es a favor de la capacidad<sup>47</sup>, pero se trata de una presunción *iuris tantum*, reforzada en caso de que haya existido intervención notarial, pero que en todo caso admite prueba en contrario, la cual ha de ser cumplida y completa (SSTS 26 abril y 24 julio 1995, 27 enero, 12 mayo

<sup>46</sup> El recurrente alegaba infracción referida a la *presunción de capacidad* del otorgante en cualquier negocio jurídico mientras no se acredite su falta, con cita de las sentencias de la Sala primera del TS de 10 de abril de 1987, 26 de septiembre de 1988, 13 de octubre de 1990 y 4 de mayo de 1998.

<sup>47</sup> Como ya estableciera con especial relevancia el Tribunal Constitucional en su *STC 174/2002, de 9 de octubre*, anteriormente mencionada con ocasión del estudio de la STS 29 abril 2009, en la cual el TC destacaba que «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 1948, 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 la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)».

y 19 septiembre 1998, 15 febrero 2001, 14 julio 2004, 21 noviembre 2007, 19 mayo y 17 octubre 2008, 5 noviembre 2009, 16 marzo 2012).

Idéntica exigencia probatoria, es decir, probar cumplidamente la incapacidad de la persona –o como se diría ahora la discapacidad intelectual y del desarrollo, y, en determinados casos de especial gravedad, la discapacidad física<sup>48</sup>– se requiere para declarar judicialmente la incapacidad en el proceso hasta hace poco denominado de «incapacitación», después llamado «proceso de modificación de la capacidad de obrar» (por virtud de la Ley 1/2009), y posteriormente, y por ahora, «proceso judicial de determinación de apoyos» (por mor de la Ley 1/2011). Como uno de los requisitos esenciales del proceso de incapacitación tiene señalado la jurisprudencia que es necesaria «una cumplida demostración de la deficiencia y su alcance (SS. 28 de junio de 1990; 19 de mayo de 1998 –pruebas concluyentes y rotundas, dado que se priva a la persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial–; 16 de septiembre de 1999 –la situación de inidoneidad debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada–)»: STS 30 junio 2004, FD cuarto<sup>49</sup>.

Es importante resaltar que la presunción de capacidad opera incluso a favor de la persona que posteriormente a la realización del acto o contrato es incapacitada judicialmente: es el caso de

<sup>48</sup> Así, p. ej., en el caso especial de la *STS 14 julio 2004*, en que, a pesar de tener la persona plenas facultades intelectuales, su inmovilidad física le impedía el autogobierno. Vid. comentario a la misma en GARCÍA PONS, *Las personas con discapacidad...*, cit., pp. 67 a 71, donde destacaba (p. 71, n. 49) que los avances científicos pueden paliar estos casos del denominado síndrome del cautiverio y citaba una noticia al respecto del diario *El Mundo*, edición de Madrid, de fecha 21 de diciembre de 2007 (p. 42) sobre los avances científicos en esta materia; la investigación ha seguido progresando, y el diario *El País*, edición de Madrid, de fecha 17 de mayo de 2012, p. 39, destaca la noticia de que «Dos paralíticos mueven un brazo artificial con la mente. Un implante en el cerebro capta la energía eléctrica de sus pensamientos», señalando que la investigación científica continua desarrollando la idea. Puede verse también un comentario a esta sentencia, referido al tema de los poderes preventivos, en SERRANO GARCÍA, Ignacio: «Constancia registral de la voluntad. Modificación de la Ley del Registro Civil (Ley 1/2009, de 25 de marzo)», *RJN* núm. 77, enero-marzo 2011, pp. 507 a 510; y con más detalle, la obra de este mismo autor *Autotutela. El artículo 223-II del Código civil y la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, ya citada anteriormente, pp. 84 a 93, donde, después de citar una noticia periodística de un diario de La Coruña publicada el 7 de diciembre de 2010, parecida a las arriba señaladas, apunta, en mi opinión con acierto, que estos adelantos técnicos pueden hacer que los criterios que determinaron en su día la incapacitación hayan sido eliminados, pero no porque la persona haya recuperado la capacidad que siempre ha tenido, sino porque han aparecido nuevos medios técnicos que le permiten comunicarse sin necesidad de tercera persona, y en consecuencia sea oportuno iniciar un proceso de recuperación de la capacidad «tan poco utilizado en España» (p. 93).

<sup>49</sup> Esta sentencia casa y anula la sentencia recurrida, revocando a la vez la dictada por el Juzgado de primera instancia, y declara la incapacidad parcial o relativa de la persona acordando la institución de guarda de la curatela, a la que fija su extensión y límites.

la STS 19 febrero 1996, en que la vendedora fue incapacitada diez años después, y también de la STS 10 noviembre 2005, en que el vendedor fue incapacitado siete años después; en ninguno de los dos casos se admitió la nulidad de la venta hecha anteriormente, pues ni en uno ni en otro se demostró la incapacidad del vendedor cuando realizó la venta, no obstante ser posteriormente incapacitado. Todo lo contrario, sin embargo, de lo ocurrido en la ya citada STS 14 febrero 2006, que confirma la nulidad declarada en la instancia de una donación efectuada por persona que «carecía de capacidad suficiente para la formación de su voluntad de modo jurídicamente relevante», siendo judicialmente incapacitada la donante al cabo de dos años.

En un supuesto, harto frecuente en la práctica judicial, de nulidad de testamento, claramente expresa la STS 23 marzo 2010 que: «Lo que debe demostrarse en una acción de nulidad por falta de capacidad es que el testador no estaba capacitado para otorgar el testamento en el momento en que lo hizo y ello no puede deducirse de una posterior incapacitación». En definitiva, se trata de una cuestión de prueba a valorar en cada caso concreto, aunque las dudas han de solucionarse en favor de la capacidad (STS 24 septiembre 1997).

Aunque, repetimos, se trata de una cuestión de naturaleza eminentemente procesal la que acabamos de analizar, no cabe duda que tiene su importancia también en el orden sustantivo. Por eso, de todo lo que, de manera un tanto sucinta, acaba de exponerse en cuanto a la jurisprudencia, no puede inferirse sin más que el TS sea en exceso formalista en lo que concierne a la capacidad de las personas, en los procesos judiciales que se le presentan; ni tampoco de sus sentencias puede deducirse que no tenga en cuenta la situación real de la persona en cada caso<sup>50</sup>. Por el contrario, el TS hace permanentemente un esfuerzo de estudio y adaptación al caso concreto, en materia tan delicada y que afecta a los derechos fundamentales de la persona como es la capacidad jurídica.

Sí cabría hacer, sin embargo, una observación relativa al *tono excesivamente protector que emana de las resoluciones del TS*, y que limita el posible alcance de las mismas en orden a la autonomía o autodeterminación de la persona con discapacidad, al desa-

---

<sup>50</sup> Y eso que, como apunta certeramente el profesor SERRANO GARCÍA (*Autotutela...*, cit., p. 30) para la autotutela, pero también lo considera trasladable a los sistemas de guarda de personas discapacitadas establecidos en nuestro Código civil, resulta difícil conjugar la libertad y autonomía de la persona con el control y vigilancia por parte del Juez y del Ministerio fiscal previstos en esos mismos sistemas legales. La atención a las circunstancias concretas de cada persona en cada caso es, por otra parte, no solo una exigencia de los nuevos paradigmas de la discapacidad sino también una clara tendencia que se observa en los Tribunales de justicia, según hemos venido señalando.

rrollo de sus potencialidades o capacidades especiales, a su recuperación en lo posible y a su integración en la sociedad<sup>51</sup>. Es el reproche que viene haciéndose por parte de la doctrina y al que nos hemos referido antes con motivo del análisis de la STS 29 abril 2009, pero cuya solución puede residir en la necesaria reforma del proceso sobre la capacidad de las personas, que es ineludible acometer con arreglo a lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 2006, para, en palabras de Miguel Ángel Cabra de Luna plasmadas en la Presentación de la Propuesta articulada a que nos referimos en el epígrafe 8.3, transformar un procedimiento basado en la identificación de la incapacidad y en la sustitución de la voluntad de la persona por un nuevo sistema que, partiendo de la previa e incuestionada existencia de la capacidad, la potencie y la apoye de una forma dinámica.

### 9.1.3 LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN ESTA MATERIA: LA CAPACIDAD LEGAL SUFICIENTE

Lo cierto es que, no sin un trabajoso camino, la teoría realista de la capacidad ha ido ganando terreno, no solo en el campo doctrinal y jurisprudencial, sino también en el legislativo, lo que probablemente resulte más importante desde el punto de vista práctico. Y desde luego es el que contempla la Convención de Nueva York de 2006, que adopta el modelo social, y de los derechos, de la discapacidad en su artículo 1, transcrito literalmente en el artículo 1 LIONDAU, por ser el que mejor cumple los propósitos de la Convención, aludiendo a las deficiencias de la persona en su interacción social como concepto de la discapacidad que nada tiene que ver con el modelo protector-judicial imperante hasta bien entrado el siglo XXI y que la Convención ha venido a superar definitivamente.

En efecto, alude la CNY a las personas con discapacidad como aquellas que incluyen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en

<sup>51</sup> Se trata, por así decirlo, de la otra faceta del principio de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de que habla constantemente la Convención de 2006 (arts. 3,5, 12, etc.), que, como manifestación del principio general del Derecho de mayor interés de la persona con discapacidad, debe procurarse en lo posible por lo menos en el mismo plano o más que el puro principio de protección de la persona con discapacidad, principio de protección que, en todo caso, habrá de perseguir aquellos objetivos. En efecto, el principio de protección alcanzará su plena justificación cuando se trate de los supuestos más graves de discapacidad extrema, como destaca la doctrina y analizamos más adelante, pero aun en ellos deberá procurarse el desarrollo de la personalidad, capacidad y autonomía de la persona, en lo posible, y en orden a su mejor calidad de vida.

la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. De acuerdo con ello, la CNY contempla y desarrolla el principio de autonomía de las personas con discapacidad, para que puedan alcanzar el pleno desarrollo de su dignidad, personalidad y libertad (Preámbulo, punto n, y art. 19), en cuya línea debe incluirse el artículo 12 (Igual reconocimiento como persona ante la Ley), objeto principal de nuestro análisis, y los demás preceptos alusivos al fomento y desarrollo de las capacidades propias de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida (arts. 8, 26.1, 32.1, etc.).

Las reformas legislativas posteriores siguen esta misma dirección. Baste dos breves ejemplos, uno de la legislación foral o autonómica y otro de la legislación común o general.

En la *legislación foral o autonómica*, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, sigue la teoría realista de la capacidad y aplica, al menos así lo dice la propia Ley, la Convención internacional de 2006. De este modo se expresa en su Preámbulo, que alude a «la capacidad natural como criterio que fundamenta la atribución de la capacidad de obrar», y que luego se recoge en el artículo 211-3: «1. La capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural, de acuerdo con lo establecido por el presente código»; y en los artículos 222-47.2.b y 236-18.2.b, que se encargan de aplicarlo para la tutela y la potestad parental, respectivamente, excluyendo la representación legal en determinados actos<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> En cambio, en lo que se refiere a la completa aplicación de lo dispuesto en la Convención internacional de 2006, no resulta del todo clara en la expresada Ley catalana 25/2010 la adaptación de la misma a la Convención de 2006, por mucho que su Exposición de Motivos o Preámbulo se esfuerce en decirlo, si bien es cierto que en determinadas materias sí llega a notarse un esfuerzo del legislador catalán en seguir los dictados de la Convención. De modo que, si por una parte su Preámbulo afirma el respeto a lo dispuesto en la Convención, por otro lado dicha Ley continúa hablando de «incapacitación» (p. ej., arts. 222.6, 225.1, etc.), «incapacitado» (p. ej., arts. 221.5.1, 222-10.2, etc.) o «persona incapacitada» (p. ej., el mismo art. 222.10.2, el art. 222.32, etc.); desde luego siempre teniendo en cuenta que el Preámbulo también aclara que «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». Pero en el Título II de la expresada Ley 25/2010 se continúa hablando de las instituciones tradicionales de guarda, tutela, curatela, etc., como «instituciones de protección de la persona». Ahora bien, por otro lado, no es menos cierto que la referida Ley catalana, en el capítulo VI del título II (arts. 226.1 a 226.7), incluye un nuevo modelo o instrumento de protección, *la asistencia*, dirigido también al mayor de edad que lo necesita para cuidar de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, que constituye un nuevo instrumento de protección más acorde con lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 2006, aunque parece que limitado a determinadas cuestiones o materias. Ver en este sentido las interesantes consideraciones que formula DE SALAS MURILLO, Sofía, en *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 180 y 181.

En el ámbito del *Derecho civil común o general*, ya quedó antes apuntado que una de las reformas llevadas a cabo por el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la CNY, fue la del párrafo 1.º del artículo 182 del Reglamento de Organización y Régimen del Notariado de 2 de junio de 1944 (en lo sucesivo RN), cuya redacción originaria decía que: «Son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura: 1.º Los locos o dementes, los ciegos, los sordos y los mudos»; posteriormente, tras la reforma del RN de 2007 (RD 45/2007, de 19 de enero), se predicaba tal incapacidad o inhabilidad de «las personas con discapacidad psíquica, los invidentes, los sordos y los mudos». Por fin, la redacción que dio el mencionado RD 1276/2011 al párrafo en cuestión fue la siguiente: «1.º Las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere»; en definitiva, las personas que carezcan de la capacidad (natural) suficiente para entender, querer y poder testificar, acerca del acto o contrato, lo cual dependerá no solo de sus condiciones psíquicas sino también de la naturaleza o complejidad del acto o contrato que se instrumenta.

Ya el referido *Reglamento Notarial* contiene desde su redacción originaria de 1944 una alusión a la *capacidad suficiente*, al decir en su artículo 167 que: «El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen *capacidad civil suficiente* para otorgar el acto o contrato de que se trate». La cursiva señalada es mía.

Pero fue 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 lo sucesivo denominada LPP), la que introdujo en el Código civil no solo la expresión «persona con discapacidad» en los artículos 756, 822, 1041 y Disposición adicional cuarta, sino también el concepto de «capacidad de obrar suficiente». Así, en el artículo 223, párrafo segundo, al regular la autotutela, dice lo siguiente: «Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor».

Sobre este tema de la capacidad de obrar suficiente algo tiene dicho la doctrina notarial, y mucho más modestamente el autor

del presente trabajo<sup>53</sup>, que en síntesis puede resumirse en lo siguiente:

1.º Desde luego la capacidad de obrar de la persona con discapacidad será suficiente si tiene la llamada *capacidad natural*, es decir, la posibilidad o facultad de entender y querer el significado o alcance del acto concreto, lo que este representa para ella, y el carácter beneficioso o perjudicial que pueda suponerle.

2.º Dicha capacidad natural habrá que ponerla en relación con el acto o contrato que en cada caso pretenda realizar u otorgar la persona con discapacidad, pues la capacidad (natural) requerida no puede ser la misma para todo tipo de actos: no es lo mismo la capacidad necesaria para vender un bien inmueble que la requerida para recibir una donación que no sea condicional ni onerosa, sino una donación pura y simple<sup>54</sup>.

3.º Tratándose de una persona con discapacidad es necesario además que concurra otro requisito adicional que en realidad constituye un principio general del Derecho: que el acto o contrato redunde en beneficio de dicha persona, que le resulte favorable, conforme al principio de mayor interés de la persona con discapacidad; o al menos que no le resulte perjudicial por virtud de discri-

<sup>53</sup> Sería prácticamente inabarcable citar la doctrina notarial relativa a la capacidad de la persona en Derecho, pero no me refiero ahora a la capacidad en general, sino a la capacidad *suficiente* como un concepto más reciente elaborado por la doctrina. Una obra sumamente ilustrativa y a la vez práctica sobre este concepto es la de GÓMEZ TABOADA, Jesús, *Práctica notarial y Derecho civil*, Editorial Lex Nova (Thomson Reuters), Valladolid, 2012, especialmente pp. 45 y ss. Y, como digo en el texto, mucho más modestamente algo tiene dicho también el autor de estas líneas, y que conste que esta cita mía la hago para no extenderme en el tema, aun cuando sigo diciendo que no me gustan las autocitas: GARCÍA PONS, *Las personas con discapacidad...*, *cit.*, pp. 107 y ss., y a dicha cita mía corresponden los puntos siguientes que se exponen en el texto.

<sup>54</sup> Expresa este mismo parecer SERRANO GARCÍA (*Autotutela...*, *cit.*, pp. 70 y 71) cuando, después de reconocer que «es enigmático qué ha querido decir el legislador con la expresión *capacidad suficiente*» para la autotutela en el artículo 223 CC, opina que hay que tratar de interpretar la expresión legal en el sentido más favorable a la eficacia de la declaración, y en este sentido entiende que lo que debe comprobar el notario, en el juicio de capacidad, no es tanto si el otorgante la tiene –en general– plena, sino si sabe lo que quiere, entiende aquello que expresa y se da cuenta de las consecuencias de su manifestación, en relación precisamente con la elección de tutor que quiere efectuar. En particular, hace alusión el profesor Serrano a los supuestos en que se trata de una declaración de voluntad negativa, en la que la persona manifiesta únicamente a quien no quiere como tutor, y concluye que si en el procedimiento de incapacitación el juez aprecia el rechazo de la persona a ser tutelada por alguno de los que en el orden del artículo 234 CC están llamados legalmente al desempeño de la tutela, deberá tener en cuenta esa manifestación, lo que por otro lado, sigue opinando el profesor Serrano, está en sintonía con la Convención de las Naciones Unidas de 2006, y concretamente con la manifestación del número 4 del artículo 12, cuando señala que «esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona». Y lo mismo opina para el supuesto de cambio de tutor, en el que también habrá que tener en cuenta la opinión de la persona tutelada. También con ocasión de la autotutela son interesantes las consideraciones que sobre el concepto de «capacidad de obrar suficiente» hace SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Angel, en «El artículo 223.2.º del Código Civil: la autotutela y su necesidad en nuestra sociedad», *RCDI* núm. 736, marzo-abril 2013, pp. 873 a 877, en el sentido que venimos señalando.

minación o falta de igualdad de oportunidades, como expresa la CNY (arts. 3 y 5), que prevé la adopción de medidas de acción positiva para alcanzar este principio no discriminatorio. Al menos la persona con discapacidad deberá tener el entendimiento y voluntad suficientes para apreciar el beneficio (o, si lo hubiere, el perjuicio) que le puede reportar el acto o contrato en cuestión.

4.º La intervención de funcionarios encargados de la seguridad jurídica preventiva (notarios, registradores), o de la potestad jurisdiccional (jueces, tribunales de justicia), o que velan por el interés público y en defensa de la ley (Ministerio Fiscal), puede contribuir notablemente a la correcta participación de las personas con discapacidad en la vida jurídica, en igualdad de condiciones que los demás, pues tales funcionarios, como una más de sus funciones, deberán velar por la legalidad y corrección de la expresada participación en la vida jurídica de las personas con discapacidad, y en particular por el cumplimiento del principio de mayor interés de dichas personas, de modo que por su actuación jurídica no sufran trato discriminatorio y tengan las mismas oportunidades que los demás. Y desde luego la misma obligación tendrán los componentes de los organismos de arbitraje y mediación, árbitros o amigables componedores de carácter privado, etc., aunque su intervención revista carácter voluntario, de acuerdo con lo que se dice en el punto siguiente.

5.º Conviene resaltar que la obligación de respetar el derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad afecta a todo el mundo, a todas las personas sin excepción, y su incumplimiento puede ser objeto de sanción por los organismos administrativos correspondientes, «cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimiento de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas, especialmente cuando se deriven beneficios económicos para la persona infractora» (art. 2 de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en esta materia).

## **9.2 Las aparentes dificultades de comunicación entre la Doctrina Civilista y el Mundo de la Discapacidad. El diálogo civil y el diálogo en el Derecho civil**

Entramos así en el último punto de esta necesariamente breve y un tanto esquemática exposición de los problemas que plantea la necesaria reforma legislativa en el ámbito del Derecho civil, con referencia a las personas con discapacidad después de la adopción

por Naciones Unidas de la tan repetida e importante Convención sobre los derechos de dichas personas, de 13 de diciembre de 2006, y su ratificación por el Reino de España con valor de Derecho interno plenamente vigente y vinculante.

### 9.2.1 EL DIÁLOGO CIVIL

La reforma deberá contar primeramente con algo que, dentro de la específica terminología del mundo de la discapacidad, se conoce con el nombre de *diálogo civil*, expresión que en principio podría definirse como la participación de las personas con discapacidad en la elaboración y aplicación de las políticas de todo tipo, en particular de las políticas legislativas, que les afectan. Bien es cierto que este término, como tal, no es de los que la CNY define como especiales o característicos de la discapacidad en su artículo 2; pero no lo es menos que su concepto y significado sí viene recogido en la Convención, concretamente en su artículo 4.3: «En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan». La razón de este diálogo vuelve a ser, dice Jiménez Cano<sup>55</sup>, la vida independiente, la autonomía personal y la toma de decisiones de las personas con discapacidad en los asuntos que les son propios.

Conviene aclarar también que la expresión «diálogo civil» se utiliza *en un sentido muy amplio*, no solo con respecto a las personas con discapacidad, sus familias y sus organizaciones representativas, sino también referido en general a las políticas públicas de servicios sociales, según se desprende de la *Resolución de 28 de enero de 2013, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se crea la Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector* (BOE núm. 28, de 1 de febrero de 2013), y ello a su vez en un doble sentido: *a)* por una parte, y con *carácter genérico*, en materia de cohesión e inclusión social, de la familia, de protección del menor, de atención a las personas mayores, en situación de dependencia o con discapacidad, así como para

---

<sup>55</sup> JIMÉNEZ CANO, Roberto M., «Hacia un marco conceptual adecuado de la normativa española sobre personas con discapacidad», en la obra colectiva *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, p. 100, citando en este sentido a Agustina Palacios.

asegurar la igualdad de trato y de oportunidades, especialmente entre mujeres y hombres; y *b*) pero, por otro lado, y con *carácter más específico*, representa la potenciación del diálogo con las organizaciones del llamado Tercer Sector de Acción Social (TSAS), que engloba las organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades, que responden a criterios de solidaridad, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, y que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales. Precisamente la Resolución citada llama a ese diálogo civil a la denominada Plataforma del Tercer Sector, como entidad representativa del mismo, y crea la *Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector*.

Nosotros, sin embargo, utilizamos aquí la expresión *diálogo civil* en un sentido más limitado o restringido, no en cuanto a su concepto y significado, sino en cuanto a sus destinatarios, es decir, en el sentido que se utiliza cuando se aplica al mundo de la discapacidad, a las personas con discapacidad, sus familias y sus organizaciones representativas.

El término, con su significado correspondiente, viene acuñado en el artículo 2, letra e, de la LIONDAU, en su nueva redacción dada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto: «Diálogo civil: el principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad, las cuales garantizarán, en todo caso, el derecho de los niños y las niñas con discapacidad a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho».

La letra f del precepto citado recoge otro concepto también importante en este punto de la participación del mundo de la discapacidad en las políticas que le afectan, haciendo referencia a la denominada *transversalidad de las políticas en materia de discapacidad*, y definiéndola como «el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad.»

Pero es el artículo 15.1 LIONDAU, también redactado por la Ley 26/2011, el que configura la *estructura del diálogo civil*: «Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, y sus familias, a través de sus organizaciones representativas, participarán en la preparación, elaboración y adopción de las decisiones que les conciernen, siendo obligación de las Administraciones Públicas en la esfera de sus respectivas competencias promover las condiciones para asegurar que esta participación sea real y efectiva. De igual modo, se promoverá su presencia permanente en los órganos de las Administraciones Públicas, de carácter participativo y consultivo, cuyas funciones estén directamente relacionadas con materias que tengan incidencia en esferas de interés preferente para personas con discapacidad y sus familias».

Como señala Pérez Bueno<sup>56</sup>, el precepto últimamente transcrito consta de dos partes bien diferenciadas: la primera, hace referencia a la *participación funcional* del movimiento asociativo de las personas con discapacidad, y de sus familias, en la preparación, elaboración y adopción de las decisiones que les conciernen, con la consiguiente obligación a cargo de las Administraciones públicas de que dicha participación sea real y efectiva; la segunda parte del precepto se refiere, en cambio, a la que podría denominarse *participación orgánica*, pues se trata de promover la presencia permanente de dichas organizaciones representativas en los organismos de las Administraciones Públicas que sean competentes en materia de discapacidad.

Llama la atención *la amplitud de este régimen de participación del movimiento asociativo*, tanto en lo que se refiere a la materia sobre la que recae, que en definitiva se extiende a todo tipo de «decisiones que les conciernen», como a la magnitud o intensidad de la misma, ya que dicha participación debe producirse en todas las etapas del proceso, sea en la fase preparatoria, sea en la de elaboración y, desde luego, en la de adopción de la decisión. Normalmente es a través del Consejo Nacional de la Discapacidad, como órgano consultivo interministerial regulado por el Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre, parcialmente reformado por el Real Decreto 1146/2012, de 27 de julio, la forma en que las organizaciones representativas de personas con discapacidad y sus familias participan en la planificación, seguimiento y evaluación de las políticas que se desarrollan en este ámbito. Por otra parte, el régimen de participación abarca todas las materias, y, en lo que se refiere al campo jurídico, todas las ramas del Derecho, incluido

---

<sup>56</sup> PÉREZ BUENO, Luis Cayo, «El diálogo civil en el ámbito de la discapacidad», en la obra colectiva, llevada a cabo fundamentalmente en el ámbito de la Filosofía del Derecho y del Derecho Internacional público, bajo el título *Tratado sobre discapacidad* (Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez Bueno, Directores), Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, p. 1501.

naturalmente el Derecho civil. También puede participar en ese diálogo civil el Real Patronato sobre Discapacidad, de acuerdo con sus nuevas funciones derivadas del Real Decreto 1/2013, de 11 de enero, por el que se modifica su Estatuto, especialmente las contempladas en su artículo 3, punto 5, y a las que aludiremos con detalle en el epígrafe siguiente; si bien es cierto que dicho precepto y punto añade al final «ello sin perjuicio de las funciones que desarrolla el Consejo Nacional de la Discapacidad».

Por lo que se refiere a las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, en lo que respecta al diálogo civil, destaca como organización clave para ese diálogo el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), según señala el RD 1276/2011 y vimos en el epígrafe 8.2, «en tanto que asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad», en palabras de la disposición adicional primera de dicho RD; y ello sin perjuicio de las organizaciones de cada tipo de discapacidad también representativas, como la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), la Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual-FEAPS, etc.

## 9.2.2 EL DIÁLOGO EN EL DERECHO CIVIL

Y aquí es donde llegamos al meollo de la cuestión que quiero plantear. Una cosa es el *diálogo civil*, y otra muy distinta el *diálogo en el Derecho civil*, si se me permite este juego de palabras, un tanto simplón pero creo que muy expresivo de lo que quiero decir, o mejor, de lo que quiero plantear aquí, que no es tan simple y que no es otra cosa que poner de relieve la necesidad de diálogo y colaboración, en el ámbito propio del Derecho civil, entre las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, y sus familias, de una parte, y de otra todo el estamento que podríamos llamar jurídico-civil, desde la doctrina científica hasta las instituciones oficiales del Ministerio de Justicia, incluida la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación. Se trata de acercar posiciones y puntos de vista, hoy día bastante alejados, entre otras razones por falta de comunicación entre los expresados estamentos de ambas partes; se trata de establecer cauces de comunicación o diálogo, y consiguiente colaboración, que faciliten llegar a soluciones de consenso en el campo del Derecho civil, y en concreto que puedan plasmarse en el Código civil, única disciplina, aparte del Derecho procesal, en que todavía no se ha producido la adaptación legislativa en materia de discapacidad, no obstante constituir aquella disciplina

el Derecho común o general, supletorio en las materias regidas por otras leyes (arts. 4.3 CC y 149.3 CE).

En efecto, hasta hace poco el contacto del mundo de la discapacidad con el mundo jurídico ha tenido lugar en otros campos del Derecho, en particular del Derecho Administrativo<sup>57</sup>, y por lo que a nosotros nos interesa ahora, en el ámbito de la Filosofía del Derecho y del Derecho Internacional público, con referencia al tema de los derechos humanos. Las publicaciones de carácter general o colectivo de varios autores, citadas en el presente trabajo, aunque desde luego no agotan ni mucho menos la ingente bibliografía sobre esta materia, así lo demuestran. De este porte son los siguientes títulos: a) *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, en el ámbito de la Filosofía del Derecho; b) *Tratado sobre discapacidad* (Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez Bueno, Directores), Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, fundamentalmente en el ámbito de la Filosofía del Derecho y del Derecho Internacional público; c) *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Patricia Cuenca Gómez (Editora), Editorial Dykinson, Madrid, 2010, también en la órbita de la Filosofía del Derecho y del Derecho Internacional público. Solo en tiempos recientes asistimos a una obra colectiva sobre discapacidad en el ámbito académico del Derecho civil, también citada en el presente trabajo: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (José Pérez de Vargas Muñoz, Director, y Montserrat Pereña Vicente, Coordinadora), Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> Vid., por ejemplo, TORRES LÓPEZ, M.<sup>a</sup> Asunción, *La discapacidad en el Derecho administrativo*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011, donde también estudia el tratamiento internacional de las personas con discapacidad, en particular, con referencia a la Convención de Nueva York de 2006 y a los avances en esta materia de la Unión Europea: pp. 34 a 49.

<sup>58</sup> Hay que mencionar también, aunque sea en general y en nota al pie de página, las obras en que se aborda el tema de la discapacidad unido al de la dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre), términos entre los que existe indiscutible e íntima relación. La bibliografía es igualmente muy abundante, tratándose también en muchos casos de obras colectivas (varios autores), que han aparecido y siguen apareciendo en gran número sobre ambos temas (discapacidad y dependencia) relacionados. Nos limitaremos a señalar dos de las publicadas recientemente, en las cuales, como suele ser característico en estas obras, se mezclan los aspectos jurídicos con los económicos, sociales, laborales, etc.: a) por una parte, la ya citada en el presente trabajo *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad* (M.<sup>a</sup> del Carmen García Garnica, Directora), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, en la que se abordan temas de Derecho civil junto con otros pertenecientes a diversos ámbitos científicos; y b) por otro lado, la obra *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos. Una mirada a la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia desde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad* (M.<sup>a</sup> del Carmen Barranco Avilés, Coordinadora), Editorial Dykinson, Madrid, 2010, cuyos trabajos estudian, desde distintas perspectivas metodológicas, la compatibilidad entre el sistema de atención a la dependencia (denominado SAAD) y las disposiciones de la Convención, abordando inevitablemente

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 investigación. Por ejemplo, hay un vehículo científico de expresión de las personas con discapacidad, sus familias y las organizaciones representativas y asociaciones en las que se integran, que permanece casi indiferente a la doctrina (y jurisprudencia) civil; se trata de la Revista denominada *Siglo Cero. Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, de periodicidad trimestral, editada por la Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual-FEAPS, cuya dirección y consejo de redacción está constituido en gran parte por personal académico de la Universidad de Salamanca.

Así, hace ya tiempo que la citada Revista está dando cuenta de las investigaciones y logros en el mundo de las personas con discapacidad, siendo destacables en este sentido, por ejemplo: las investigaciones sobre la calidad de vida de las personas con discapacidad (así, en el núm. 218, del año 2006, núm. 224 del año 2007, núms. 226 y 227 del año 2008, núm. 229 de 2009, núm. 234 de 2010, etc.); la autodeterminación de estas personas (núm. 220 del año 2006, núms. 238 y 240 del año 2011, etc.); especialmente interesantes son los progresos en el estudio e investigación de los apoyos necesarios para las personas con discapacidad, en particular sobre la denominada Escala de Intensidad de Apoyos (Supports Intensity Scale, SIS) y su adaptación inicial al contexto español, que en concreto pueden verse en los núms. 220 del año 2006, 222 del año 2007, 227 del año 2008, 229 del año 2009 y 233 del año 2010, y en la bibliografía allí citada<sup>59</sup>. Particularmente interesantes son también las noticias proporcionadas por el núm. 241 del año 2012, que recoge los resúmenes y extractos de las VIII Jornadas científicas internacionales de investigación sobre discapacidad<sup>60</sup>, entre los que destaca, p. ej., el de la conferencia de Robert Schalock, ex pre-

---

temas relativos a la discapacidad, la cual, a su vez, en la filosofía de la Convención va unida al principio de autonomía de la persona (objeto asimismo de la Ley 39/2006).

<sup>59</sup> Una excepción al desconocimiento por la doctrina civilista de todo ese mundo de la discapacidad y sus progresos, digna de ser mencionada, la constituye RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, profesor de la Sección Departamental de Derecho Civil, E.U. Trabajo Social, de la Universidad Complutense, como demuestra en su interesante y documentado estudio «Notas sobre el apoyo a la autodeterminación de la persona incapacitada en el Código civil a partir de la Convención UN sobre derechos de las personas con discapacidad», en la obra colectiva *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad. Comunicaciones* (José Pérez de Vargas Muñoz, Director; Montserrat Pereña Vicente, Coordinadora), Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pp. 347 y ss.

<sup>60</sup> Las conferencias y mesas de ponencias principales fueron publicadas en el libro entregado durante las Jornadas bajo el título *Cambio organizacional y apoyo a las grandes afectaciones* (Miguel Ángel Verdugo, Teresa Nieto, Manuela Crespo y Borja Jordán de Urríes, Coordinadores), Editorial Amarú, Salamanca, 2012.

sidente de la Asociación Americana sobre Discapacidades Intelectuales del Desarrollo (AAIDD), con el título «Integrando el concepto de calidad de vida y la información de la Escala de Intensidad de Apoyos en planes individuales de apoyo», cuyo detalle puede verse en el número 245 del año 2013. Y no menos interesantes son los comentarios sobre el tema «Derechos de las Personas con Discapacidad Intelectual: Implicaciones de la Convención de Naciones Unidas», contenidas en el núm. 243 del año 2012, de los que son autores Patricia Navas Macho, Laura E. Gómez Sánchez, Miguel Ángel Verdugo Alonso y Robert Schalock, donde puede observarse el punto de vista del movimiento asociativo<sup>61</sup>.

Por otro lado, *es también de justicia señalar que por parte del mundo de la discapacidad, y en particular del movimiento asociativo, no se han dado los pasos necesarios para el acercamiento a lo que antes denominamos estamento jurídico civil*, no obstante la importancia capital que reviste el hecho de que la regulación básica o nuclear en este tema (capacidad de las personas, actuación en la realidad jurídica, medios de apoyo, etc.) se encuentra en el Derecho civil, y en particular en el Código civil, supletorio de otras leyes como también quedó dicho hace un momento. Se acude por las organizaciones asociativas al auxilio de profesionales que resultan más cercanos, pertenecientes a otros campos del Derecho (Filosofía del Derecho, Derecho Internacional, fundamentalmente), lo cual no es en absoluto criticable sino, por el contrario, algo de todo punto conveniente, procedente y necesario. Pero no debería abandonarse la participación de civilistas y organismos directamente relacionados con el Derecho civil, como por ejemplo, la Asociación de profesores de Derecho civil, o la ya comentada Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil, en el seno del Ministerio de Justicia, donde tampoco habría que olvidar el papel

---

<sup>61</sup> Al hablar de los modelos de apoyo desarrollados por la *American Association on Intellectual and Developmental Disabilities, AAIDD*, los autores recuerdan que «la Confederación Española de Organizaciones en favor de la Personas con Discapacidad Intelectual (FEAPS) está desarrollando una serie de buenas prácticas que pueden ejemplificarse con la reciente revocación de la incapacitación total de un joven con Síndrome de Down para que pudiera ejercer su derecho al voto en las elecciones de noviembre de 2011», NAVAS MACHO (Patricia), GÓMEZ SÁNCHEZ (Laura E.), VERDUGO ALONSO (Miguel Ángel) y SCHALOCK (Robert L.), *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual (REDI)*, Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual-FEAPS, Vol. 43 (3), núm. 243, 2012, p. 13. Muy interesante al respecto la Nota, de fecha 18 de febrero de 2013, publicada en el núm. 245 de la *REDI*, correspondiente al año 2013, pp. 78 y 79, bajo el título «Toma de posición de la red de juristas de FEAPS respecto de la adopción de medidas para corregir la actual situación de privación del derecho de sufragio de personas incapacitadas judicialmente». Y para profundizar en el tema desde la óptica civilista, puede verse DÍAZ ALABART, Silvia, «El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista», en *Revista de Derecho Privado (RDP)*, enero-febrero 2012, pp. 3 y ss.

que puede desempeñar la Dirección General de los Registros y del Notariado. Indudablemente se evitarían muchos problemas y, a la postre, se facilitaría la necesaria adaptación legislativa.

También hay que señalar que se han producido *algunos signos positivos en ese camino de colaboración y entendimiento* que propugnamos, al menos en el campo doctrinal. Así, por ejemplo, nos lo demuestran Álvarez Lata (Natalia) y Seoane Rodríguez (José Antonio), en su ya citado trabajo «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», en *Derecho Privado y Constitución* núm. 24, enero-diciembre 2010 (pp. 11 y ss.). La colaboración entre una Profesora Titular de Derecho civil y un Profesor Titular de Filosofía del Derecho, ambos de la Universidad de la Coruña, es difícil que pueda dar mejores frutos que el trabajo aludido, de cuyas líneas directrices participo plenamente, y que se reflejan en las «Propuestas de reforma» plasmadas al final de su artículo, bastantes de las cuales cito en el epígrafe siguiente.

Finalmente, hay que poner de relieve que también en el ámbito de la Administración Pública se han producido lo que acabamos de mencionar como «algunos signos positivos en ese camino de colaboración y entendimiento» que propugnamos, en el sentido de que el *legislador parece haber tomado conciencia de este problema y puesto al menos su granito de arena para resolverlo*. Nos referimos al ya mencionado anteriormente (en los epígrafes 8.2 y 9.2.1) Real Decreto 1/2013, de 11 de enero, por el que se modifica el Estatuto del *Real Patronato sobre Discapacidad* aprobado por Real Decreto 946/2001, de 3 de agosto; Real Decreto 1/2013 que fue promulgado en la misma órbita que la Ley 26/2011, de adaptación a la Convención de Nueva York de 2006, pero con un sentido más específico.

En efecto, una de las novedades más destacables de esta disposición es la ampliación de las funciones que debe desarrollar el Real Patronato, y en concreto, por lo que a nosotros nos interesa en este lugar, las que pueden afectar al desenvolvimiento del tantas veces mencionado «diálogo civil» en el ámbito de la discapacidad. Así, puede leerse en el número 5 del nuevo artículo 3 del Estatuto que el Patronato tiene también como uno de sus (nuevos) cometidos: «Desarrollar actividades como *órgano técnico de encuentro, reflexión, debate y, en su caso, propuesta, de las Administraciones Públicas, la sociedad civil relacionada con la discapacidad, incluidas las asociaciones y fundaciones, el mundo académico e investigador y el empresarial, a fin de ayudar a orientar las políticas, estrategias, planes, programas y acciones relativas a las personas*

*con discapacidad y a sus familias* y la inclusión social de éstas y sus familias, ello sin perjuicio de las funciones que desarrolla el Consejo Nacional de la Discapacidad».

Me parece que no puede ser más claro y explícito el legislador al atribuir al Real Patronato sobre Discapacidad esta función de «encuentro, reflexión, debate y, en su caso, propuesta», de las Administraciones Públicas, el mundo de la discapacidad, el mundo académico e investigador y el empresarial, para «orientar las políticas, estrategias, planes, programas y acciones» relativas al mundo de la discapacidad. Se abre así un nuevo panorama que puede contribuir poderosamente a allanar las dificultades que más arriba quedaron apuntadas en ese necesario entendimiento y colaboración entre el mundo de la discapacidad y el mundo jurídico civil.

## 10. CONCLUSIONES

Algunas conclusiones pueden extraerse de lo dicho hasta ahora, a modo de epílogo del presente trabajo. De manera sucinta, dadas las limitaciones del espacio disponible, podrían ser las siguientes:

1.<sup>a</sup> La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 supone una auténtica revolución en todos los órdenes, pero en particular lo es en lo referente a la adaptación a ella de las legislaciones internas de la mayoría de los Estados que han procedido a su ratificación, los cuales se ven abocados sin remedio a efectuar las modificaciones y adaptaciones oportunas.

2.<sup>a</sup> No resulta fácil dicha adaptación, porque hay que superar muchos prejuicios y tabúes hasta ahora instalados en la sociedad. En este sentido, la lectura del artículo 8 de la Convención (con su significativo título de «Toma de conciencia») es particularmente interesante y constructiva. Además de los propios Estados, la sociedad civil tiene un papel muy activo en esta tarea<sup>62</sup>, con atención especial al diálogo civil y al diálogo en el Derecho civil.

3.<sup>a</sup> Por lo que en concreto se refiere a la reforma legislativa a efectuar en España, en el ámbito del Derecho civil, hay que señalar que:

a) En la doctrina civilista existen opiniones tendentes a conservar las instituciones tutelares y de guarda actuales (tutela, curatela, defensor judicial, guardador de hecho), así como el procedimiento de incapacitación, eso sí adaptando su régimen jurídico a lo

---

<sup>62</sup> Lo destaca CISTERNAS, M. S., miembro del Comité de Expertos sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, en la revista *Escritura Pública*, número 61, Edición Consejo General del Notariado, Madrid, enero-febrero 2010, pp. 40 a 42.

dispuesto en la Convención, en particular a lo dispuesto en sus artículos 12 y 13, y desarrollando el sistema de curatela o asistencia como principal, adaptado a la persona con discapacidad en concreto y a cada caso particular, con revisiones periódicas y con atención especial a la propia persona, sus preferencias e intereses<sup>63</sup>.

b) Se abre paso en cambio una opinión, que va siendo mayoritaria en la doctrina, tanto civilista<sup>64</sup> como en otros campos del Derecho (Administrativo, Internacional, Filosofía del Derecho)<sup>65</sup>,

<sup>63</sup> Son de esta opinión: RAMS ALBESA, «Hombre y persona...», *cit.*, que mantiene la tesis de que la CNY se refiere exclusivamente a la «discapacidad» que requiere curatela como regla general (p. 283), adaptada a la persona, pero no trata de la «incapacidad» (pp. 251, con su nota 33, a 256, 287 y 288), para la cual puede ser adecuada la incapacitación y la tutela, que, «discernida con sumo cuidado y con respeto pleno a las leyes y a la dignidad debida a las personas y más para aquellas que no pueden defenderse por sí mismas, tiene y debe tener el valor propio de un acto de defensa del incapaz» (p. 290); con la tesis de Rams Albesa coincide en gran parte SERRANO GARCÍA, que mantiene la necesidad de «distinguir claramente entre discapacidad e incapacidad, porque no olvidemos que la Convención trata sobre los derechos de las personas con discapacidad», que en su opinión son las que sufren una discapacidad no incapacitante (*Autotutela...*, *cit.*, pp. 44 y 45); PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario a la sentencia de 29 de abril de 2009...», *cit.*, pp. 343 y ss.; DE PABLO CONTRERAS, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009...», *cit.*, pp. 562, 575 y 579; SAN PASTOR SEVILLA, Yolanda, «Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: perspectivas de reforma», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (José Pérez de Vargas Muñoz, Director, y Montserrat Pereña Vicente, Coordinadora), Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, p. 210; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La curatela como institución de protección en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en *RCDI* núm. 732, julio-agosto 2012, pp. 2248 y ss.

<sup>64</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, «Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos...», *cit.*, p. 95; de forma más decidida RIERA ÁLVAREZ, «Notas sobre el apoyo a la autodeterminación...», *cit.*, que insiste en la idea de que lo que realmente hay que graduar son los apoyos y no tanto la capacidad (pp. 349 a 351), en consonancia por otra parte con la nueva denominación del procedimiento, por fin llamado «proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen» (Disp. Adic. Séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto), abreviadamente «Proceso judicial de determinación de apoyos», haciendo mención este autor al asistente personal y a la Escala de Intensidad de Apoyos (p. 356), considerando imprescindible la mejora y mantenimiento de la autodeterminación de la persona como finalidad última (p. 358); de forma más decidida también VARELA AUTRÁN, que rechaza la posibilidad de aprovechar la figura de la curatela, por ser una institución propia de la incapacitación judicial que a su vez choca con los principios de la Convención y está sujeta igualmente a revisión: «La tutela, ante la Convención...», *cit.*, p. 69, y especialmente en «Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención...», *cit.*, p. 3; PEREÑA VICENTE, «La Convención de Naciones Unidas...», *cit.*, que, en opinión más moderada, sin romper totalmente con el sistema anterior y con un llamamiento a la prudencia en su reflexión final (pp. 204 y 205), insiste en el principio de autonomía en relación con el de protección (p. 196).

<sup>65</sup> Por todos, DE ASÍS ROIG, BARRANCO AVILÉS, CUENCA GÓMEZ Y PALACIOS RIZZO, «Algunas reflexiones generales sobre el impacto...», *cit.*, pp. 29 a 31; y desde luego ÁLVAREZ LATA Y SEANE RODRÍGUEZ, «El proceso de toma de decisiones...», *cit.*, donde, en sus «Propuestas de reforma», se muestran partidarios de un sistema de apoyos más flexible, variado y ajustado a las capacidades de la persona, cuya implantación eficaz necesita desplegar una serie de medidas que garanticen la autonomía de la persona y su protección a través de la actuación de los cuidadores y guardadores (p. 59), medidas que, en síntesis, abarcan (pp. 59 a 63): a) el establecimiento de los principios clave en esta materia, entre ellos, autonomía, presunción de capacidad, máxima conservación de esta, participación, protección (con carácter subsidiario), proporcionalidad, adecuación al fin e intervención mínima; b) diseño legal pormenorizado de los distintos métodos, respuestas y sistemas de apoyo; c) temporalidad, revisión y control periódico obligatorio de las medidas, así como individualización de las mismas; d) simplificación de los procedimientos y especialización de los órganos judiciales, dando preferencia a la jurisdicción voluntaria sobre la contenciosa; e) princi-

y desde luego en las propias personas con discapacidad y en el movimiento asociativo que las rodea, opinión partidaria de seguir un modelo social y de derechos basado en la Convención, en lo dispuesto por su artículo 12, en el sistema de apoyos a la capacidad jurídica que la misma establece; en Planes de Apoyo individualizados, con un gestor o responsable de los mismos, llámese asistente, curador o persona de apoyo, y en un sistema de gradación en la intensidad de los apoyos, de modo que éstos se proporcionen en función de las características individuales de la persona, atendiendo a sus preferencias y a las circunstancias del caso concreto, que tengan carácter temporal y revisiones periódicas, y que tiendan a proporcionar la debida autonomía de la persona.

c) Reservar el apoyo intenso o representativo (lo que tradicionalmente se denomina «representación legal»), a cargo de un representante autorizado, o tutor si se le quiere llamar así, únicamente para el supuesto más grave y extremo de discapacidad, perdurable en el tiempo, en que la persona de ningún modo puede actuar o valerse por sí misma, y en ocasiones ni manifestar su voluntad; pero, aun en tales casos, procurar una atención y apoyo personalizados, de forma que la persona con discapacidad pueda desarrollar en lo posible su propia personalidad y autonomía, en orden a una mejor calidad de vida<sup>66</sup>.

d) El legislador deberá velar por la debida coordinación de las reformas y adaptaciones legislativas sobre materia de discapacidad que se lleven a cabo en las diversas disciplinas jurídicas, y en particular con las que se efectúen o deban efectuarse en el ámbito del Derecho civil, no solo por la importancia de esta disciplina sino también por constituir el Derecho común y supletorio de otras leyes.

4.<sup>a</sup> Todo esto lleva consigo un cambio legislativo importante, puesto que ya no será como hasta ahora, que el ámbito de la representación y asistencia legal determinaba por exclusión la esfera reserva-

---

pío de actuación conjunta en la toma de decisiones, facilitando la intervención de la persona con discapacidad en dicho proceso, acompañado de medidas que permitan la recuperación de la capacidad, y desde luego la expresión de su autonomía y preferencias, con criterios claros para el ejercicio de los derechos personalísimos (en definitiva de todo ello, criterio de mayor interés de la persona); f) definición legal de un margen de capacidad para la realización de actos patrimoniales de naturaleza cotidiana.

<sup>66</sup> En esto hay un cierto consenso en la doctrina, aunque con distintas formas de expresarlo: ÁLVAREZ LATA y SEOANE RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 62, para cuyo supuesto los autores admiten mantener la hasta ahora conocida «incapacitación» como cláusula de cierre o *ultima ratio*; PEREÑA VICENTE, *op. cit.*, p. 204, donde pone de relieve que en ocasiones se trata de un tema puramente terminológico; DE ASÍS ROIG, BARRANCO AVILÉS, CUENCA GÓMEZ y PALACIOS RIZZO, *op. cit.*, p. 31, pero haciendo importantes salvedades: a) que lo que justifique tomar la decisión en nombre de la persona sea una situación determinada y nunca su discapacidad; y b) por consiguiente, estas situaciones no siempre requieren el establecimiento de un sistema legal de sustitución que *a priori* brinde soluciones generales y abstractas para todos los casos, sino que habrá que analizar caso por caso y proporcionar la solución adecuada. Por otra parte, a las conclusiones aludidas se llega no solo desde el punto de vista jurídico, sino también desde la perspectiva ética, bajo cuyo punto de vista puede verse el interesante estudio de XABIER ETXEBERRIA, «La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: la perspectiva ética», en *Siglo Cero. Revista Española de Discapacidad Intelectual*, núm. 237 del año 2011, pp. 41 a 44, en particular p. 43.

da a la posible actuación individual de la persona con discapacidad. En lo sucesivo deberá ser al revés: será el ámbito de capacidad jurídica de la persona, y la consiguiente potenciación de la misma, de su autonomía personal y autodeterminación, el que delimite la concreta actuación de los mecanismos de apoyo que se instauren.

5.<sup>a</sup> Y desde luego para todo ello se requerirá una mayor presencia, actuación y adaptación de los órganos judiciales, Jueces y Tribunales, así como del Ministerio Fiscal, de la Administración pública, de los funcionarios encargados de la seguridad jurídica preventiva (Notarios y Registradores), de los profesionales del Derecho y, en definitiva, de la sociedad en general.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Las garantías judiciales de los internamientos involuntarios. Inconstitucionalidad del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa* (Matilde Cuenca Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva y Jorge Ortega Doménech, Coordinadores), Editorial Dykinson, Madrid, 2013.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia, y SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio: «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», en *Derecho Privado y Constitución (DPC)* núm. 24, enero-diciembre 2010.
- AGUIRRE ZAMORANO, Pío, y TORRES VELA, Manuel (Directores); PÉREZ-PUIG GONZÁLEZ, Rocío (Coordinadora): *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, Madrid, 2011.
- ARNAU RAVENTÓS, Lidia: «Legitimación del tutor para interponer una acción de divorcio en representación del incapacitado. Sentencia de 21 de septiembre de 2011», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil (CCJC)* núm. 89, mayo-agosto 2012.
- BERROCAL LANZAROT, Ana I.: «De nuevo sobre el proceso de incapacitación», en *Revista de Derecho Procesal (RDP)*, Año 2005.
- «La curatela como institución de protección en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en *RCDI* núm. 732, julio-agosto 2012.
- CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos: «Internamiento involuntario urgente por razones de trastorno psíquico y tutela del derecho fundamental a la libertad personal», en *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, tomo LXV, fascículo IV, octubre-diciembre 2012.
- CABRERA MERCADO, Rafael: *El proceso de incapacitación*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- CISTERNAS, María Soledad: «Es fundamental intensificar la colaboración entre la sociedad civil y los Estados», en *Escritura Pública (EP)*, Número 61, Edición Consejo General del Notariado, Madrid, enero-febrero 2010.

- DE ASÍS ROIG, Rafael, BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, CUENCA GÓMEZ, Patricia, y PALACIOS RIZZO, Agustina: «Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho Español», en la obra colectiva *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Patricia Cuenca Gómez (Editora), Editorial Dykinson, Madrid, 2010.
- DE CASTRO y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España*, Tomo II (Derecho de la Persona), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 3.º (2009), Mariano Yzquierdo Tolsada, Director, Editorial Dykinson, Madrid, 2010.
- DE SALAS MURILLO, Sofía: *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentario a la sentencia de 4 de abril de 1984», en *CCJC* núm. 5, abril-agosto 1984.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles: «Comentario a la sentencia de 10 de octubre de 2008», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (CCJC)* núm. 82, enero-abril 2010.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista», en *Revista de Derecho Privado (RDP)*, enero-febrero 2012.
- ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: «La anulabilidad de los actos de las personas discapacitadas», en *Actualidad Civil (AC)* núm. 19, Tomo 2, año 2007, Editorial La Ley.
- *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ESTARÁS FERRAGUT, Rosa: «El Derecho de la Persona. El Notario y la ratificación por la Unión Europea de la Convención de la ONU», en *Noticias de la Unión Europea* núm. 328, mayo 2012.
- FERRERES COMELLA, Víctor, y XIOL RÍOS, Juan Antonio: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Edición a cargo de M.ª Isabel de la Iglesia Monje, Madrid, 2010.
- GANZENMÜLLER ROIG, Carlos; SANTOS URBANEJA, Fernando; LÓPEZ EBRI, Gonzalo; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal; LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, Nuria; ALCÁNTARA BARBANY, Felisa; MAYOR FERNÁNDEZ, David; y DE LA BLANCA GARCÍA, Ángeles: *Manual de Buenas Prácticas. La intervención del Ministerio Fiscal en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GARCÍA PONS, Antonio: *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.
- GERMÁN URDIOLA, M.ª Jesús: *Tratamientos Involuntarios y Enfermedad Mental*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen: «Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad», en la obra colectiva *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad* (M.ª del Carmen García Garnica, Directora), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- GÓMEZ TABOADA, Jesús: *Práctica notarial y Derecho civil*, Editorial Lex Nova (Thomson Reuters), Valladolid, 2012.

- GORDILLO CAÑAS, Antonio: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Capacidad jurídica y capacidad de obrar», en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Edición Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- HUERTAS MARTÍN, Isabel: *El proceso de incapacitación en la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (aspectos procesales y sustantivos)*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- JIMÉNEZ CANO, Roberto M.: «Hacia un marco conceptual adecuado de la normativa española sobre personas con discapacidad», en la obra colectiva *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010.
- JORDANO FRAGA, Francisco: *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Bolonia, 1988.
- LEGERÉN MOLINA, Antonio: *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 239.3 del Código civil*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.
- MATEOS GARCÍA, Ángeles: «Aproximación antropológica a la estructura de la capacidad jurídica», en la obra colectiva *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.
- NAVAS MACHO (Patricia), GÓMEZ SÁNCHEZ (Laura E.), VERDUGO ALONSO (Miguel Ángel) y SCHALOCK (Robert L.), *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual (REDI)*, Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual-FEAPS, Vol. 43 (3), núm. 243, 2012.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «La declaración de incapacidad», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP (Director, Rafael Martínez Díe), Civitas, Madrid, 2000.
- OROZCO MUÑOZ, Martí: *La creación judicial del Derecho y el precedente vinculante*, Editorial Aranzadi (Thomson Reuters), Navarra, 2011.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica», en la obra colectiva *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (José Pérez de Vargas Muñoz, Director, y Montserrat Pereña Vicente, Coordinadora), Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.
- PÉREZ BUENO, Luis Cayo: «El diálogo civil en el ámbito de la discapacidad», en la obra colectiva *Tratado sobre discapacidad* (Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez Bueno, Directores), Editorial Aranzadi, Navarra, 2007.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen: «Comentario a la sentencia de 29 de abril de 2009», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (CCJC)* número 82, Editorial Aranzadi, Navarra, enero-abril 2010.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique: *La persona y su capacidad civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
- RAMS ALBESA, Joaquín: «Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes)», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, enero-febrero 2011, núm. 723.
- RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María: «Notas sobre el apoyo a la autodeterminación de la persona incapacitada en el Código civil a partir de la Convención UN sobre derechos de las personas con discapacidad», en la obra colectiva *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad. Comunicaciones* (José

- Pérez de Vargas Muñoz, Director; Montserrat Pereña Vicente, Coordinadora), Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.
- RODRÍGUEZ ESCUDERO, Victoria: «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. Comunicaciones* (José Pérez de Vargas Muñoz, Director, y Montserrat Pereña Vicente, Coordinadora), contenido en DVD junto con el libro publicado, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.
- SAN PASTOR SEVILLA, Yolanda: «Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: perspectivas de reforma», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (José Pérez de Vargas Muñoz, Director, y Montserrat Pereña Vicente, Coordinadora), Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.
- SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, Blanca: *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «El artículo 223.2.º del Código Civil: la autotutela y su necesidad en nuestra sociedad», en *RCDI* núm. 736, marzo-abril 2013.
- SANTOS URBANEJA, Fernando: «Crónica de Previstonia. A propósito de los efectos en el Código civil de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad», en *Jornadas de Fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas*, Madrid, 19 y 20 de octubre de 2009, pp. 20 a 27: [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel: «Capacidad, personalidad jurídica, derecho subjetivo, responsabilidad», en la obra colectiva, *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.
- «Discapacidad, condición humana y dignidad humana», también en la citada obra colectiva *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.
- SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio: «La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica», en *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual (REDI)*, Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual-FEAPS, Vol. 42 (1), núm. 237, 2011.
- SERRANO GARCÍA, Ignacio: «Constancia registral de la voluntad. Modificación de la Ley del Registro Civil (Ley 1/2009, de 25 de marzo)», en *Revista Jurídica del Notariado (RJN)* núm. 77, enero-marzo 2011.
- *Autotutela. El artículo 223-II del Código civil y la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- TORRES LÓPEZ, M.ª Asunción: *La discapacidad en el Derecho administrativo*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011.
- VARELA AUTRÁN, Benigno: «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 (Sala 1.ª) 617/2012, de 11 de octubre, Rec. 262/2012», en *Diario La Ley*, núm. 8006, Tribuna, 22 de enero de 2013.
- «La tutela ante la Convención», *Revista Escritura Pública* núm. 60, noviembre-diciembre 2009.
- VVAA: *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos. Una mirada a la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia desde la Convención Internacional de los*

- Derechos de las Personas con Discapacidad* (M.<sup>a</sup> del Carmen Barranco Avilés, Coordinadora), Editorial Dykinson, Madrid, 2010.
- VVAA: *Cambio organizacional y apoyo a las grandes afectaciones* (Miguel Ángel Verdugo, Teresa Nieto, Manuela Crespo y Borja Jordán de Urríes, Coordinadores), Editorial Amarú, Salamanca, 2012.
- VVAA: *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. Presentación a cargo de Miguel Ángel Cabra de Luna (Portavoz de la Comisión de Legislación del Real Patronato sobre Discapacidad), Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Real Patronato sobre Discapacidad, Fundación ONCE, Fundación Aequitas y Consejo General del Notariado, Madrid, 2012.
- XABIER ETXEBERRIA: «La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: la perspectiva ética», en *Siglo Cero. Revista Española de Discapacidad Intelectual (REDI)* núm. 237 del año 2011.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: «Notas sobre la jurisprudencia», en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Edición a cargo de M.<sup>a</sup> Isabel de la Iglesia Monje, Madrid, 2010.

