CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDOS
DE DOUTORAMENTO E AVANZADOS
DA USC (CIEDUS)

TESIS DE DOCTORADO

LA CAPACIDAD DE OBRAR A LA LUZ DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

María Eugenia Torres Costas

ESCUELA DE DOCTORADO DERECHO

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

SANTIAGO DE COMPOSTELA

AÑO 2019

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

DECLARACIÓN DO AUTOR/A DA TESE

"La capacidad de obrar a la luz del art.12 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad"

Dna. MARÍA EUGENIA TORRES COSTAS

Presento a miña tese, seguindo o procedemento axeitado ao Regulamento, e declaro que:

1) A tese abarca os resultados da elaboración do meu traballo.
2) De selo caso, na tese faise referencia ás colaboracións que tivo este traballo.
3) A tese é a versión definitiva presentada para a súa defensa e coincide coa versión enviada en formato electrónico.
4) Confirmo que a tese non incorre en ningún tipo de plaxio doutros autores nin de traballos presentados por min para a obtención doutros títulos.

En Santiago de Compostela, 11 de outubro de 2019

Asdo: María Eugenia Torres Costas

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

AUTORIZACIÓN DO DIRECTOR / TITOR DA TESE

"La capacidad de obrar a la luz del art.12 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad".

D./Dna. María Paz García Rubio

INFORMA/N:

Que a presente tese, correspóndese co traballo realizado por D/Dna. María Eugenia Torres Costas, baixo a miña dirección, e autorizo a súa presentación, considerando que reúne os requisitos esixidos no Regulamento de Estudos de Doutoramento da USC, e que como director desta non incorre nas causas de abstención establecidas na Lei 40/2015.

En Santiago de Compostela, 11 de outubro de 2019.

Asdo. María Paz García Rubio

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

Para la Jefa, por regalarme más que la vida.
Para Ramón, por acompañarme, allanar y endulzarme el camino por ella.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

AGRADECIMIENTOS

Son muchas las personas que me han inspirado y han contribuido a la elaboración de esta tesis doctoral por lo que considero de justicia mostrarles siquiera brevemente mi agradecimiento sabiendo que no todas podrán ser nombradas en este breve espacio; espero que sepan disculparme por ello las aquí ausentes, aunque siempre presentes en realidad.

Quiero agradecer, en primer lugar a la FUNGA el haberme dado la oportunidad en su día de colocarme en el centro de un escenario tan real como desconocido: el de las personas con discapacidad y, dentro de este colectivo, el de las más vulnerables entre las vulnerables: las judicialmente incapacitadas sin un entorno familiar apropiado en el que apoyarse. Ser testigo en primera persona y responsable de más de un millar de personas adultas bajo la protección de la Administración Pública me situó ante un panorama olvidado e ignorado por la sociedad; pero, también me abrió los ojos a una realidad de la que todas las personas debemos aprender.

Mi gratitud ha de extenderse inexorablemente al colectivo de Fiscales que, desde hace décadas, vienen destacando dentro del Ministerio Público por su reconocida labor en la protección de las personas vulnerables, particularmente las personas mayores y aquéllas con discapacidad. Quiero nombrar de forma especial, dentro de este grupo, a: Cristóbal F. Fábrega Ruíz, a quien siempre consideraré cariñosamente mi mentor; Fernando Sántos Urbaneja; Gonzálo López Ebri; Carlos Ganzenmüler y Julio J. López Ordiales. Todos ellos me enseñaron a conocer el mundo de la discapacidad y su protección desde otra perspectiva tan distinta como necesaria.

Fuera de nuestras fronteras, me siento profundamente agradecida en México, al Seminario Permanente sobre Discapacidad del Programa Universitario de Derechos Humanos de la UNAM, por permitirme formarme durante más de un año asistiendo a las diferentes acciones formativas en materia de discapacidad; a la institución Documenta por admitirme y formarme como agente facilitadora a través de la asociación Bizchut de Israel, a quien igualmente extiendo este agradecimiento. Gracias también a la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y, dentro de ésta, a Norma González, por su continua e incansable colaboración.

Se quedaría incompleto este apartado si olvidara agradecer al Profesor de la Universidad de A Coruña, Antonio Legerén, su atención, interés y colaboración a lo largo de estos años de trabajo.

Mención especial merece la directora de esta tesis doctoral, la Catedrática Mª Paz García Rubio, quien con su paciencia, dedicación, conocimiento y mimo ha contribuido a mejorar de manera sobresaliente tanto el cuerpo como el contenido de este trabajo. El resultado final sin su ayuda, sin duda, no hubiera sido el mismo.

Gracias, en definitiva, a todas las personas que lo hicieron posible.

USC
UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA

TABLA DE ACRÓNIMOS

ACIC	Associació Catalana per a la Integració del Cec
AAP	Auto Audiencia Provincial
ACNUDH	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
AEN	Comité de Ética y Legislación, Asociación Española de Neuropsiquiatría
AP	Audiencia Provincial
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CADHP	Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
CAIS	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CC	Código Civil
CCCat.	Código Civil Catalán.
CDH	Comité de Derechos Humanos
CDPD	Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CE	Constitución Española
CEDAW	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CERMI	Comité Español de Representantes de las Personas con Discapacidad.
CES	Comité Económico y Social
CESPAP	Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico
CGC	Comisión General de Codificación
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CND	Consejo Nacional de la Discapacidad
CP	Código Penal
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
D.A.	Disposición Adicional.
D.T.	Disposición Transitoria.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EEUU	Estados Unidos
EDF	European Disability Forum
FEAFES	Confederación de Familiares de Enfermos Mentales
FGE	Fiscalía General del Estado
FUTUPEMA	Asociación de Fundaciones Tutelares de Personas con Enfermedad Mental Asociadas
ICAB	Ilutre Colegio de Abogados de Barcelona
IDA	Alianza Internacional de Discapacidad
IDC	Caucus Internacional sobre Discapacidad

IDDHHBC	Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
IID	Instituto Iberoamericano sobre Discapacidad
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrm.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LIONDAU	Ley de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LO	Ley Orgánica
LOREG	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
LRC	Ley del Registro Civil
MAIN	Memoria de Análisis de Impacto Normativo.
ONG	Organización no gubernamental
ONGs	Organizaciones no Gubernamentales
ONU	Organización de Naciones Unidas
OPADIS	Oficina de Atención a la Discapacidad
OSBCAC	Observatorio sobre Salud Cognitiva, Autonomía, Competencia y Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RD	Real Decreto
RIADIS	Red Latinoamericana de Organizaciones No Gubernamentales de Personas con Discapacidad y sus Familias
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTEDH	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
WNUSP	Red Mundial de Usuarios y Sobrevivientes de la Psiquiatría

ÍNDICE

1. NACIMIENTO DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EL CAMBIO DE PARADIGMA 1

1.1. Antecedentes 1
1.2. La participación de las personas con discapacidad 8
1.3. Negociación. Los inicios. Presentación de propuestas 11
1.4. Negociación. Primeras discrepancias 19
1.5. Negociación. El concepto de "capacidad jurídica". Análisis comparativo 21
1.6. Fase final de la negociación. La "capacidad jurídica" en el artículo 12 CDPD 31
1.7. Entrada en vigor, observaciones y reservas presentadas 44
1.8. Primeros Informes tras la aprobación de la CDPD 47
1.8.1. El Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad 47
1.8.2. Los informes del Comité hacia la Observación General Primera 48
1.9. La Observación General Primera sobre el artículo 12. Críticas 50
1.10. El carácter de los Informes y Observaciones del Comité 68

2. EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA. AVANCES . 77

2.1. Informe inicial. Observaciones y Recomendaciones del Comité 77
2.2. España: Segundo y tercer informe periódico combinados 85
2.3. Evolución normativa sobre capacidad jurídica en España. De la CDPD a la actualidad 100

2.3.1. La Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad 100
2.3.2. Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia 101
2.3.3. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil 101
2.3.4. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad 103
2.3.5. Real Decreto 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social 107
2.3.6. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal 108
2.3.7. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima 119
2.3.8. Ley 15/2015, de 2 de julio, de modificación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria 119
2.3.9. Ley 4/2017, de 24 de junio, en relación con el derecho a contraer matrimonio en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad 123
2.3.10. Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones 125
2.3.11. Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica 130

2.3.12. Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. Modificación del derecho al voto 131
2.3.13. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales ... 147
2.3.14. Propuesta de modificación del artículo 49 C.E. 148
2.3.15. Evolución normativa en las Comunidades Autónomas 151
2.4. Últimas novedades en torno a la capacidad jurídica y el sistema de tutela en el ordenamiento jurídico español. Propuestas de reforma 153
2.4.1. Consulta pública. Propuestas 153
2.4.1.1. Propuestas que mantienen preponderantemente el sistema tradicional alejadas de las Observaciones del Comité 154
2.4.1.2. Propuestas intermedias 155
2.4.1.3. Propuestas con enfoque en los derechos humanos acordes con el criterio del Comité 156
2.4.1.4. Otras propuestas 160

3. EL ARTÍCULO 12 CDPD EN ESPAÑA. CUESTIONES PENDIENTES 162
3.1. Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica 162
3.1.1. Introducción situación actual y expectativas 162
3.1.2. Estructura y contenidos generales 171
3.1.2.1. Reforma de la Ley del Notariado 180
3.1.2.2. La reforma del Código Civil 183
3.1.2.2.1. El proyectado régimen de provisión de apoyos 197
3.1.2.2.1.1. Las medidas de apoyo voluntarias: autocuratela, poderes y mandatos preventivos 197
3.1.2.2.1.2. La guarda de hecho como institución de apoyo. ..211
3.1.2.2.1.3. La curatela con y sin facultades de representación como institución de apoyo 219
3.1.2.2.1.4. El defensor judicial como institución de apoyo .. 245
3.1.2.2.2. El nuevo régimen de responsabilidad civil..... 249
3.1.2.2.3. La Prodigalidad 255
3.1.2.2.4. Disposiciones comunes. Publicidad 258

3.1.2.2.5. Otras materias objeto de reforma dentro del Código civil 260
3.1.2.3. Reforma de la Ley Hipotecaria 273
3.1.2.4. Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil 275
3.1.2.5. Modificación de 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 297
3.1.2.6. Reforma de la Ley del Registro Civil 300
3.1.2.7. Reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria 308
3.1.2.8. Disposiciones transitorias, derogatoria y finales 321
3.2. Reforma pendiente en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales 328
3.2.1. Introducción 328
3.2.2. Paradigma del vigente artículo 763 LEC 338
3.2.3. Aplicación y problemática del artículo 763 LEC. Especial referencia a los ingresos asistenciales. Atención a los plazos. Ingresos urgentes/ordinarios 342
3.2.4. Interpretación del artículo 763 LEC: TEDH versus CDPD .. 353
3.2.5. Los tratamientos involuntarios 365
3.2.6. Otras medidas que afectan a derechos fundamentales 369

4. CONCLUSIONES 374

5. BIBLIOGRAFÍA 377

1. NACIMIENTO DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EL CAMBIO DE PARADIGMA

1.1. ANTECEDENTES

El artículo 12[1] de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)[2] ha sido calificado como el *alma mater* o el "corazón"[3] de la Convención, como el verdadero aglutinador de todos los derechos reconocidos en la misma y como el máximo exponente del cambio de paradigma que supone en el tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad y en el sistema de protección de las mismas. Tan es así que fue un artículo polémico incluso antes de que el propio Tratado fuese aprobado, llegando a poner en serio riesgo a la propia Convención.

La aprobación de este primer Tratado Internacional, específico y vinculante sobre los derechos de las personas con discapacidad fue fruto y resultado de años de demanda por parte de este gran grupo minoritario de nuestra sociedad[4].

En efecto, las voces alzadas en reclamo de la aprobación de una Convención específica dirigida a la protección de los derechos de las personas con

---

[1] Artículo 12: *Igual reconocimiento como persona ante la ley.*

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

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

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

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

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

[2] La CDPD fue Aprobada en Nueva York el 13 de diciembre del año 2006, ratificada por España el 30 de noviembre de 2007 y en vigor desde el 3 de mayo de 2008 una vez cumplidos los requisitos previstos en su artículo 45. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE nº 96, de 21 de abril de 2008, págs. 20648-20659.

[3] CISTERNAS REYES, 2015: 17-37.

[4] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2011. Según la OMS, se estima que más de mil millones de personas (alrededor del 15% de la población mundial) viven con algún tipo de discapacidad.

discapacidad se remontan a décadas atrás. Desde finales de los años cuarenta, Naciones Unidas dio muestras de preocupación e interés por la protección de éstas. De un modo global en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Posteriormente, a través de la Declaración de los Derechos de las Personas Mentalmente Retardadas (1971) y, más tarde también mediante la Declaración de los Derechos de las Personas Discapacitadas (1975). El año 1981, fue proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas como "Año Internacional de las Personas Discapacitadas". El 3 de diciembre de 1982, adoptaba el "Programa de Acción Mundial para los Impedidos"[5] (en la terminología de la época) y, la década que abarca desde el año 1983 hasta 1992 fue asimismo declarada como "Década para las Personas Discapacitadas". El interés por proteger a las personas con discapacidad estaba, por tanto, latente en el seno de las Naciones Unidas, si bien, manteniendo el enfoque médico rehabilitador de la discapacidad y siempre a través de declaraciones, resoluciones o tratados no vinculantes.

Como nos recuerdan RAFAEL DE LORENZO y AGUSTINA PALACIOS[6], los primeros intentos de Convención específica para este colectivo se remontan al año 1987. Entonces, un grupo de expertos que analizaban y evaluaban la puesta en práctica del "Programa de Acción Mundial para los Impedidos", reunido en Suecia, recomendó y solicitó a la Asamblea General de Naciones Unidas la celebración de una conferencia especial donde elaborar una convención internacional sobre la materia. Sin embargo, esta idea no fue respaldada por todos los representantes allí presentes.

Ese mismo año, Italia hizo un segundo intento sometiendo ante la Cuadragésima Segunda Sesión de la Asamblea General un proyecto sumario de Convención que tampoco consiguió un acuerdo formal para proceder. Al año siguiente, 1.988, fue Suecia quien planteó un nuevo intento en la Cuadragésima Cuarta Sesión de la Asamblea General[7].

Sin embargo, ninguno de esos países consiguió que sus loables propuestas dieran frutos pues se argumentó entonces que los instrumentos internacionales ya existentes eran suficientes para garantizar la protección del colectivo. En la misma línea seguida hasta entonces, en 1991 se dictaron los "Principios para la Protección de las Personas con Enfermedad Mental y para la mejora del cuidado médico mental".

El tema siguió, no obstante, siendo objeto de interés como así lo demostraron los informes realizados en el marco de las Naciones Unidas que exponían la preocupación porque las personas con discapacidad no gozasen de un tratado propio específicamente destinado a proteger sus derechos, al igual que otros colectivos vulnerables como las mujeres o los niños.

Así, en el ámbito de Naciones Unidas, hay tres reflexiones clave que indican la necesidad de aprobar una convención específica: la de los Relatores Especiales, LEANDRO DESPOUY[8] y BENGT LINDQVIST, y los resultados del informe encargado por la Alta Comisionada a QUINN y DEGENER[9] sobre la

[5] NACIONES UNIDAS, 1982. Resolución 37/52. Programa de Acción Mundial para los Impedidos.
[6] DE LORENZO GARCÍA, PALACIOS, DE MIGUEL VIJANDI, PÉREZ BUENO, 2016:13-62.
[7] DE LORENZO GARCÍA, PALACIOS, DE MIGUEL VIJANDI, PÉREZ BUENO, 2016: 15.
[8] DESPOUY, 1993:43-45
[9] Un resumen del estudio fue presentado al Comité Especial mediante Nota emitida por el Secretario General de Naciones Unidas. Véase: NACIONES UNIDAS. 2002. A/AC/265/1 Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los

efectividad de los instrumentos de las Naciones Unidas para proteger a este colectivo.

En cuanto a las conclusiones de lo encomendado, cabe destacar según DESPOUY que la situación de desprotección de las personas con discapacidad derivaba precisamente de la falta de un sistema propio de protección. Indicaba además este autor, que la situación de desprotección de aquéllas generaba desigualdad respecto a otros colectivos vulnerables que sí gozaban de dicha protección recogida en tratados específicos. Por ello, abogaba por la redacción de un texto específico para ellas puesto que lo contrario supondría la perpetuación de la violación de sus derechos[10].

BEN LINDQVIST informó en el mismo sentido indicando que existía una relación directa entre el carácter vinculante de la norma y la protección efectiva. Por otra parte, indicaba que además el sistema era insuficiente por estar contaminado por la percepción médica de la discapacidad lo que suponía alejarla de los derechos humanos. Por ello, afirmaba en su informe que era necesaria una convención específica que situase a la discapacidad dentro del enfoque de los derechos humanos[11].

Igualmente, el informe "Derechos Humanos y Discapacidad" elaborado por QUINN y DEGENER concluyó la insuficiencia del sistema de tratados vigente para proteger a las personas con discapacidad y apuntó argumentos para proclamar la redacción de una Convención específica con ese fin[12].

Pese a que no se consiguió la firma de una Convención, el 20 de diciembre del año 1993 durante la 85ª Sesión Plenaria celebrada en el cuadragésimo octavo período de sesiones de la Asamblea General sí se alcanzó la aprobación de las Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad [13] las cuales, pese a carecer de carácter vinculante, se convirtieron en un verdadero referente para los Estados en la elaboración de sus políticas sobre discapacidad. Sin embargo, precisamente esa falta de carácter vinculante [14] contribuyó al mantenimiento del interés porque la

---

derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Nueva York, 29 de julio a 9 de agosto de 2002. A/AC.265/1 Nota del Secretario General aportando al Comité Especial un resumen del estudio sobre Derechos Humanos y Discapacidad realizado por el ACNUDH. Autores: GERARD QUINN y THERESIA DEGENER. Estos fueron los autores principales del estudio encargado al *Research Center on Human Rights and Disability* de la Universidad de Galway (Irlanda) en una reunión celebrada en Ginebra el 14 de enero de 2002. El resumen de este estudio se puede encontrar en NACIONES UNIDAS. 2002. E/CN.4/2002/18/Add.1 20 de febrero de 2002. Comisión de Derechos Humanos 58º período de sesiones. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y seguimiento de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos*. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/110/64/pdf/G0211064.pdf?OpenElement

[10] DESPOUY, 1993:43-44, &280-281. *Vid.* También CERMI, 2014:7, citando a DESPOUY, 1993, *Human Rights and Disabled Persons, Centre for Human Rights, Geneve*.

[11] *Vid.* También CERMI, 2014:8, citando el Informe final del Relator Especial de la Comisión de Desarrollo Social sobre las actividades de vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad realizadas durante su tercer mandato U.N. Doc. E/CN.5/2002/4, 2002, pár 67.

[12] CERMI, 2014:8, citando a GERARD QUINN y THERESA DEGENER, 2002, *A survey of International, Comparative and Regional Disability Law Reform*, en *Disability Rights Law and Policy, International and National Perspectives*, Marie Lou Breslin y Silvia Yee (eds.) *Transnational Publishers, New York*, pp. 17-18.

[13] NACIONES UNIDAS. 1994. A/RES/48/96 Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad. En: un.org Disponible en: https://documents-ddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/718/79/img/NR071879.pdf?OpenElement

[14] La principal debilidad que tenían las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad era precisamente, según ASTORGA GATJES, 2008:133, no ser un instrumento de carácter vinculante.

ansiada Convención fuese aprobada.
Del 8 al 12 de diciembre de 1998 la ONU convocó un seminario y un simposium interregionales sobre normas y estándares referentes a la discapacidad en cooperación con la Escuela de Leyes de Boal Hoalt, Universidad de California, en Berkeley y el Instituto Mundial sobre Discapacidad.
En septiembre de 1999 la Asamblea General de Rehabilitación Internacional invitó a los Estados miembros de la ONU para apoyar la elaboración de un tratado sobre los derechos de las personas con discapacidad. Nuevamente, entre el 13 y 17 de septiembre de ese mismo año, el Seminario Interregional y Simposio Internacional sobre Normas Internacionales y Estándares relacionados con la Discapacidad en Hong Kong copatrocinado por las Naciones Unidas, el Centro para la Legislación Pública Comparada de la Universidad de Hong Kong y la Comisión de Igualdad de Oportunidades de Hong Kong llamaba a un tratado internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.
Un nuevo impulso se vivió en el año 2000 durante la Cumbre Mundial celebrada en Beijing en la cual las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección de las personas con discapacidad allí participantes, concretamente la Alianza Internacional de Discapacidad (IDA, por sus siglas en inglés) volvieron a reivindicar y a expresar su compromiso de luchar por la aprobación de una Convención o la elaboración de un Tratado Internacional que protegiera los derechos de las personas con Discapacidad. Se instaba a los Jefes de Gobierno de los Estados a que iniciasen un proceso de elaboración y comprometían a las organizaciones participantes en el esfuerzo de alcanzar un instrumento jurídico internacional con fuerza vinculante.
Con todo, el llamado "arranque formal" del proceso de elaboración de la vigente CDPD se sitúa definitivamente en los llamamientos que hizo el gobierno de México a la comunidad internacional, primero en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia de Durban, Sudáfrica, el 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001[15]. Entonces se aprobó por aclamación una propuesta de la Delegación de México para incorporar en el Plan de Acción una invitación a Naciones Unidas a abrir un proceso dirigido a la elaboración de un Tratado Internacional que protegiera y promoviera los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad[16].
A partir de ahí y en vista del apoyo y aclamación recibida, la Delegación de México trabajó intensamente en Naciones Unidas para impulsar una

[15] NACIONES UNIDAS. 2001:61, párr.180. A/CONF.189/12 Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia 02-21546 (S)*0221546*160102, Durban, 31 de agosto a 8 de septiembre de 200. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/215/46/pdf/N0221546.pdf?OpenElement

[16] En esta conferencia, la delegación de México, a través de su copresidente, Gilberto Rincón Gallardo, persona con discapacidad y destacado luchador contra la discriminación en su país, presentó una propuesta para que fuera incorporada en el plan de acción, en la que se invita a las Naciones Unidas a abrir un proceso por un nuevo tratado internacional. Esta iniciativa fue aprobada por aclamación y se convirtió en el punto 180 del Plan de Acción de Durban, el cual reza: "Invita a la Asamblea General de las Naciones Unidas a que considere la posibilidad de elaborar una convención integral y amplia para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas discapacitadas, que comprenda específicamente disposiciones para abordar las prácticas y tratos discriminatorios que las afectan". ASTORGA GATJES, 2008:134.

resolución que abriera el proceso de negociación. Este trabajo fue apoyado e impulsado desde el principio por el Instituto Iberoamericano sobre Discapacidad (IID) que organizó una campaña para que las organizaciones de personas con discapacidad internacionales, nacionales y regionales conocieran la iniciativa y desarrollasen acciones de incidencia sobre los gobiernos para que estos apoyasen el proceso de elaboración de la Convención[17].

El segundo y contundente llamamiento de México se produjo durante la quincuagésima sexta sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, concretamente en la cuadragésimo cuarta sesión plenaria que tuvo lugar el 10 de noviembre de 2001 en Nueva York, presidida por el Sr. Hang Seung-soo, (Presidente de la República de Corea) y siendo Secretario Kofi Annan. La reunión debía haberse celebrado justamente siete semanas antes, en septiembre de 2001, pero los atentados ocurridos entonces en la ciudad anfitriona obligaron a su aplazamiento para esa fecha. Naciones Unidas y su Secretario General acababan de obtener el Premio Nobel de la Paz. Obviamente el tema del terrorismo internacional estuvo presente durante los discursos de todos los intervinientes pero igualmente se abordaron otros temas no menos importantes y urgentes de la agenda de los mandatarios. No haberlo hecho así supondría en cierto modo una victoria de los terroristas, en palabras pronunciadas por el Secretario General durante su discurso inaugural[18]. Pues bien, fue durante la intervención del Presidente de México cuando nuevamente este Estado abogó por la elaboración de una Convención para la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Durante su discurso, Vicente Fox manifestó: "Será igualmente imposible lograr un mundo más justo si permitimos la exclusión de los grupos más vulnerables. Por ello, mi Gobierno acaba de presentar una propuesta para que se establezca un comité especial encargado de elaborar una convención internacional amplia e integral para la promoción y protección de los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. El objetivo último de esta convención debe ser el establecimiento de un instrumento jurídico de carácter obligatorio y universal a favor de los discapacitados, que garantice los derechos fundamentales de millones de hombres, mujeres y niños en el mundo. México espera que esta importante tarea cuente con el apoyo de los Estados Miembros de la Organización"[19].

Este Estado no cejó en su empeño y, así, durante el quincuagésimo sexto periodo de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, concretamente en la quincuagésimo segunda sesión plenaria que tuvo lugar el 29 de noviembre de ese mismo año, el representante de México, en nombre de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Congo, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Filipinas, Guatemala, Jamaica, Marruecos, México, Nicaragua,

[17] Aunque esta campaña se encontró con una enorme resistencia, en especial entre los países en desarrollo, el IID se puso en contacto con la delegación mexicana de Naciones Unidas en Nueva York, que solicitó al IID la realización de una campaña internacional con el objetivo de lograr que líderes con discapacidad y organizaciones de todo el mundo se movilizaran para vencer la resistencia de los Estados que se oponían a la apertura de dicho proceso. Inmediatamente, el IID diseñó una campaña internacional en español, inglés y portugués que se hizo llegar a más de cuatro mil quinientas direcciones electrónicas. La telaraña telemática entró en acción y tales mensajes se multiplicaron en progresión geométrica.

[18] NACIONES UNIDAS. 2001. A/56/PV.44 . Asamblea General. Quincuagésimo sexto periodo de sesiones 44ª sesión plenaria. Sábado 10 de noviembre de 2001, a las 9.00 horas Nueva York. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/631/85/pdf/N0163185.pdf?OpenElement, pág.2.

[19] *Ibidem,* pág.19.

Panamá, Republica Democrática del Congo, Republica Dominicana, Sierra Leona, Sudáfrica y Uruguay presentó un proyecto de resolución, titulado "Convención Internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad"[20].

En la quincuagésimo quinta sesión, celebrada el día 30 de noviembre, el Presidente informó que Argentina, Bangladesh, Honduras, Irán (Republica Islámica del), Jordania y Surinam se habían sumado también a los patrocinadores del proyecto de resolución[21].

México presentó entonces, en nombre de los patrocinadores, el proyecto de resolución tras haber revisado el párrafo 1 del mismo a fin de lograr un consenso entre todos. Así, se sustituyeron las palabras "a fin de elaborar" por las palabras "para que examine propuestas relativas a" y se agregó la siguiente frase al final del párrafo: "teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo Social". De este modo quedó aprobado el proyecto de resolución A/C.3/56/L.67/Rev.1 en su forma oralmente revisada. A continuación, ciertos representantes de algunos Estados formularon observaciones.

El representante de Bélgica en nombre de la Unión Europea manifestó su agrado al consenso sobre un tema tan importante reprochando, sin embargo, la falta de transparencia en las negociaciones sobre el proyecto de resolución. A pesar de ello, se mostró a favor de la utilidad y eficacia de un instrumento jurídico internacional en la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, consideraba que antes de proceder a la aprobación de la Convención propuesta habría de estarse a los resultados o conclusiones que se desprendiesen finalmente de los informes que la Comisión de Derechos Humanos y el Relator Especial de la Comisión de Desarrollo Social estaban elaborando sobre la idoneidad de los instrumentos para la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad y sobre la vigilancia de la aplicación de las Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Apuntaba ya entonces la Unión Europea a la complejidad de la elaboración de una Convención como la propuesta, ya que el Comité debería tener en cuenta las opiniones de todas las partes interesadas, incluidas las organizaciones no gubernamentales de personas con discapacidad. Por último, la Unión Europea destacaba que había de tenerse en cuenta también los principios contenidos en la resolución 41/120 de la Asamblea General y en la Declaración y Programa de Acción de Viena, en los que se destaca la importancia de coordinar medidas entre los organismos de derechos humanos.

[20] NACIONES UNIDAS. 2001. A/C.3/56/L.67/Rev.1 Quincuagésimo sexto periodo de sesiones. Tercera Comisión Bolivia, Chile, Colombia, Congo, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Filipinas, Guatemala, Jamaica, Marruecos, México, Nicaragua, Panamá, Republica Democrática del Congo, Republica Dominicana, Sierra Leona, Sudáfrica y Uruguay: proyecto de resolución revisado Convención internacional general e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N01/664/85/pdf/N0166485.pdf?OpenElement

[21] NACIONES UNIDAS. 2001. A/C.3/56/SR.55 pág. 9, párrafo 60. Quincuagésimo sexto periodo de sesiones. Tercera Comisión. Acta resumida de la 55ª sesión A/C.3/56/SR.55 Distar. General 12 de marzo de 2003 Español Original: ingles Celebrada en la Sede, Nueva York, el viernes 30 de noviembre de 2001, a las 17.30 horas. En: un.org. Disponible en: https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/673/15/pdf/N0167315.pdf?OpenElement

Antes de dar por finalizado el examen del tema 119 del Programa tratado en esa sesión[22], el Presidente propuso que la Comisión sugiriese a la Asamblea General que tuviese en cuenta, entre otros, los siguientes documentos[23], incluidos distintos criterios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales: el informe del Secretario General sobre el derecho al desarrollo (A/56/256)[24] y la nota del Secretario General sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad (A/56/263)[25].

La representante de EEUU mostró su agrado y consenso en la elaboración del proyecto de resolución y mostró su firme determinación en la protección de las personas con discapacidad. Sin embargo, tachó de prematuro el establecimiento de un mecanismo de elaboración de la Convención en momentos en que precisamente se estaban elaborando los estudios en el ámbito de las Naciones Unidas sobre la necesidad de la misma, por lo que se debía esperar al resultado de aquéllos antes de tomar una decisión.

Canadá también manifestó su opinión en el sentido de que habría de esperarse al estudio de los próximos informes, especialmente el de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), antes de sopesar las diferentes propuestas.

Australia se sumó al consenso en la elaboración del proyecto, si bien consideró que habrían de tenerse en cuenta para ello el asesoramiento del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, los órganos de vigilancia de los tratados y los organismos conexos[26].

El 11 de diciembre de 2001, se publicó el Informe de la Tercera Comisión[27] en el cual se hacía referencia al intenso debate celebrado por dicha Comisión sobre el tema y al examen, en las diferentes sesiones celebradas, de las propuestas presentadas.

En relación al Proyecto de resolución XXII, Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, el Informe recogía la Decisión de la Asamblea General de establecer un Comité especial abierto a la participación de los Estados miembros y observadores de las Naciones Unidas para que examinase propuestas relativas a una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre la base de un enfoque holístico de la labor realizada en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo Social.

---

[22] Cuestiones relativas a los derechos humanos.

[23] En el marco del subtema 119 b) -Cuestiones relativas a los derechos humanos.

[24] NACIONES UNIDAS. 2001. A/56/256 . Quincuagésimo sexto período de sesiones. Tema 131 b) del programa provisional*. Cuestiones relativas a los derechos humanos: cuestiones relativas a los derechos humanos, incluidos distintos criterios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. El derecho al desarrollo. Informe del Secretario General. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/22/pdf/N0147722.pdf?OpenElement

[25] NACIONES UNIDAS. 2001. A/C.3/56/SR.55. Págs. 11. Párrafo 67. Quincuagésimo sexto período de sesiones. Tercera Comisión. Acta resumida de la 55ª sesión A/C.3/56/SR.55 celebrada en la Sede, Nueva York, el viernes 30 de noviembre de 2001, a las 17.30 horas. En: un.org. Disponible en: https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/673/15/pdf/N0167315.pdf?OpenElement

[26] *Ibidem*, Págs. 10 y 11. Párrafos 63 a 66.

[27] Emitido por el relator Sr. Juraj Priputen (Eslovenia) en el quincuagésimo sexto período de sesiones en relación al tema 119-b) del programa anteriormente mencionado.

La Asamblea General decidió también que el Comité celebrase al menos un período de sesiones de diez días de duración antes de su quincuagésimo séptimo período de sesiones. El informe recogió además la invitación de la Asamblea General a todos los Estados, órganos y organizaciones competentes del sistema de Naciones Unidas, incluidos los organismos competentes creados en virtud de tratados de derechos humanos, a las comisiones regionales, al Relator Especial de la Comisión de Desarrollo Social sobre la vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales interesadas en la materia a que aportasen su contribución a la labor encomendada al Comité Especial de conformidad con la práctica de las Naciones Unidas[28].

Sobre la base del Informe de la Tercera Comisión[29] la Asamblea General dictó la Resolución 56/168, de 19 de diciembre de 2001, por la que decidió definitivamente establecer un Comité Especial encargado de preparar la convención que culminó el 13 de diciembre de 2006, con la aprobación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la CDPD[30].

1.2. LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La invitación de la Asamblea General a la participación de las organizaciones no gubernamentales quedó plasmada oficialmente en la Resolución 56/510 dictada por la Asamblea General en la 109ª sesión plenaria celebrada el 23 de julio de 2002 dentro del quincuagésimo sexto período de sesiones[31].

El proceso de elaboración del texto normativo supuso, como se ha podido intuir hasta ahora y se constatará a continuación, un hito histórico al permitir no solo que durante todas las sesiones estuviesen presentes las organizaciones no gubernamentales ya acreditadas, sino además aquellas que anteriormente no lo estuviesen ante el Comité Especial, siempre que solicitasen su acreditación a la Secretaría incluyendo en su solicitud toda la información relativa a la competencia de la organización y la pertinencia de sus actividades para la labor del Comité indicada en el párrafo 44 de la resolución 1996/31 del Consejo Económico y Social, de 25 de julio de 1996.

A fin de garantizar la participación real de estas organizaciones, dada la relevancia que se consideró debía tener su presencia, especialmente en

[28] NACIONES UNIDAS. 2001. A/56/583/Add.2. Quincuagésimo sexto período de sesiones. Tema 119 b) del programa. Cuestiones relativas a los derechos humanos: cuestiones relativas a los derechos humanos, incluidos distintos criterios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe de la Tercera Comisión Relator: Sr. Juraj Priputen (Eslovaquia), págs. 92 y ss. . En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/690/11/pdf/N0169011.pdf?OpenElement

[29] *Ibidem.*

[30] NACIONES UNIDAS. 2001. 56/168. Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/56/583/Add.2)]. En: un.org. Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/enable/disA56168s1.htm

[31] NACIONES UNIDAS. 2002. A/RES/56/510 Quincuagésimo sexto periodo de sesiones Temas del programa 8 y 119 b) Resolución aprobada por la Asamblea General 56/510. Acreditación y participación de organizaciones no gubernamentales en el Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad [sin remisión previa a una Comisión Principal (A/56/L.82 y Add.1). En: un.org. Disponible en: http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/56/510

reconocimiento de la importancia de una participación geográfica equitativa de aquéllas en los trabajos del Comité Especial, la Asamblea General instaba a los órganos pertinentes de las Naciones Unidas a que prestasen asistencia a las que no dispusiesen de recursos, en particular, las interesadas en la cuestión y procedentes de países en desarrollo y de países con economías en transición.

En esa misma Resolución, la Asamblea General decidió además que el Comité Especial adoptase las modalidades de esa participación en la primera semana de su primer período de sesiones[32].

Durante ese primer período de sesiones, el Comité Especial celebró 19 sesiones plenarias y una de mesa redonda. En la octava sesión, celebrada el día 1 de agosto de 2002, el Comité Especial decidió, a instancias de su Presidente, que los representantes de las Organizaciones no gubernamentales acreditadas ante el Comité Especial podrían participar en los trabajos del Comité Especial asistiendo a cualquiera de sus sesiones públicas; formulando declaraciones, siempre que se dispusiera de tiempo, de conformidad con la práctica actual de las Naciones Unidas; cuando se dispusiera de tiempo limitado, seleccionando entre ellos a portavoces, de manera igualitaria y transparente, teniendo presente la representación geográfica equitativa y la diversidad de las organizaciones no gubernamentales; recibiendo ejemplares de los documentos oficiales, así como presentando exposiciones por escrito o verbalmente. Las presentaciones escritas no se publicarían como documentos oficiales, excepto con arreglo a la resolución 1996/31 de 25 de julio de 1996 del Consejo Económico y Social. Además, las organizaciones no gubernamentales podían distribuir sus materiales a las delegaciones en zonas accesibles designadas por la Secretaría.

Y todo ello sin que constituyese un precedente para otros comités especiales de la Asamblea General en el futuro, lo que reflejaba la singularidad y transcendencia de éste[33].

La Asamblea General y el Comité Especial se hacían así eco de los principios y directrices apuntadas previamente en la reunión de Expertos mantenida en México del 11 al 14 de julio de 2002[34] donde la participación activa de personas con discapacidad fue considerada "precondición esencial" para la negociación de la Convención e incluida como uno de sus principios rectores.

El Informe de la Reunión de expertos indicaba que el proceso de redacción de la futura Convención debía legitimarse con la más amplia participación de las personas con discapacidad a través de sus organizaciones representativas

[32] El cual tuvo lugar en la Sede de las Naciones Unidas del 29 de julio al 9 de agosto de 2002.

[33] NACIONES UNIDAS. 2002. A/57/357. Quincuagésimo séptimo período de sesiones Tema 111 b) del programa provisional* Cuestiones relativas a los derechos humanos: cuestiones relativas a los derechos humanos, incluidos distintos criterios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales A/57/357. Convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Nota del Secretario General**. Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/550/25/pdf/N0255025.pdf?OpenElement

[34] NACIONES UNIDAS, 2002. A 57/212. Quincuagésimo séptimo período de sesiones. Carta de fecha 11 de julio de 2002 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de México ante las Naciones Unidas por la que se adjunta el Informe de la reunión de Expertos sobre la Convención Internacional Amplia e Integral para promover y proteger los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad (México D.F., del 11 al 14 de julio de 2002). En: un.org Disponible en: https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/479/86/pdf/N0247986.pdf?OpenElement

incluyendo dentro de éstas a las de padres y familiares de personas con discapacidad que no pudieran representarse a si mismas. Asimismo, establecía que los Estados debían llevar a cabo un proceso amplio de consultas con las organizaciones de personas con discapacidad e incluir representantes de estas organizaciones en las delegaciones que participarían en las reuniones relativas a la elaboración de la futura convención. A las Naciones Unidas les encomendaba la labor de asegurar la más amplia participación de organizaciones de personas con discapacidad de ámbito nacional, regional e internacional, como aquellas agrupadas en la *International Disability Alliance*, en el proceso de elaboración de la futura Convención. Por último, alentaba a la promoción activa de la participación de organizaciones de personas con discapacidad de los países en desarrollo, asegurando igualmente la participación de mujeres con discapacidad[35].

La participación activa de las organizaciones de personas con discapacidad fue uno de los aspectos más novedosos y enriquecedores del proceso [36] impregnado e inspirado desde el principio por el lema acuñado por aquéllas, "nada para nosotras (las personas con discapacidad) sin nosotras", que resumía a su vez el espíritu e ideología del nuevo modelo social de la discapacidad[37].

Aunque en la Primera Sesión del Comité Especial ya participaron representantes de organizaciones de personas con discapacidad y de ONG relacionadas con el tema, fue en la Segunda Sesión cuando se creo el llamado "Caucus Internacional sobre Discapacidad"[38] (en adelante, el Caucus) con la inclusión de unas veinticinco organizaciones internacionales, regionales y algunas de carácter nacional.

A partir de entoces y hasta la aprobación de la Convención[39] ese Caucus desempeñaria un papel estelar de incidencia para contribuir, con su sello, a darle cuerpo a la Convencion[40]. El grupo que lo integraba fue creciendo hasta sumar en la octava reunión del Comité Especial setenta organizaciones muchas de ellas latinoamericanas debido al impulso de Proyecto Sur, una iniciativa impulsada por el Instituto Iberoamericano sobre Discapacidad (IID),

---

[35] *ibidem*, pág.24.

[36] En palabras de PALACIOS, 2008:478, "Más allá de la identificación de modelos de tratamiento en las diferentes disposiciones de la Convención, cabe destacar un elemento, si se quiere empírico, que permite resaltar la filosofía del modelo social a lo largo de todo el proceso de negociación, y que es la inusual participación activa de las personas con discapacidad, bien sea a través de sus organizaciones representativas que fueron escuchadas en todo momento, o bien sea formando parte de las Delegaciones de algunos Estados, reivindicando y ejercitando el eslogan que ha pasado a constituirse como una seña de identidad del colectivo de la discapacidad, esto es: 'nada para nosotros sin nosotros'".

[37] La importancia de la participación e inclusión en la Convención se resume en el lema utilizado por las organizaciones de la sociedad civil durante las negociaciones: "Nada sobre nosotras sin nosotras". NACIONES UNIDAS, 2007. A/HRC/4/75 Consejo de Derechos Humanos. Cuarto período de sesiones Tema 2 del programa provisional. Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos". Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad, pág. 10. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/103/14/pdf/G0710314.pdf?OpenElement.

[38] *International Disability Caucus, IDC*, por sus siglas en inglés.

[39] Y aún después, según LUIS FERNANDO ASTORGA GATJES, 2008:137, fundador del Caucus, Participante activo en el proceso de Naciones Unidas por Convención Internacional e impulsor del Proyecto Sur. Fundador del Caucus Internacional sobre Discapacidad y representante por las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) de las Américas en el Grupo de Trabajo y redactor de la Convención de la ONU.

[40] ASTORGA GATJES, 2008:137 y ss.

la Red Latinoamericana de Organizaciones No Gubernamentales de Personas con Discapacidad y sus Familias (RIADIS) y *Handicap Internacional*. Por ello, muchos líderes de países en desarrollo se integraron en el Caucus en los últimos y decisivos periodos de sesiones del Comité Especial, alcanzando así una mayor legitimidad política y una visión más amplia y diversa. La influencia de este grupo en la sociedad civil se fue acrecentando debido a su carácter unitario, a la pertinencia de sus criterios técnicos en relación con el mundo de la discapacidad y a su capacidad política de penetrar en ese mundo de vericuetos y códigos, el cual caracteriza al sistema diplomático de Naciones Unidas[41].

Es, por tanto, fundamental conocer, la importancia y magnitud de la participación de las personas con discapacidad en el diseño y espíritu de esta Convención[42] para interpretar las normas en curso o implementar nuevas políticas o normativa relativa al tratamiento de la discapacidad, así como a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

1.3. NEGOCIACIÓN. LOS INICIOS. PRESENTACIÓN DE PROPUESTAS

La reunión de Expertos mantenida en México del 11 al 14 de julio de 2002 dejó marcadas una serie de directrices para la redacción de la futura Convención. Una de ellas se refería a los derechos que debían estar contenidos en ella y, entre estos, recogía expresamente el "derecho a una capacidad jurídica de actuar especialmente con respecto a la toma de decisiones en todas las materias que conciernen al individuo"; pero también recogía que en casos excepcionales donde se requiera representación jurídica esta deberá estar limitada por claras garantías que protejan los derechos de la persona y ser revisada periódicamente por las autoridades judiciales para verificar la necesidad de la representación y el buen ejercicio de la función valorando los derechos humanos del representado"[43].

Se vislumbraba ya entonces el cambio de paradigma demandado por las personas con discapacidad, que exigía el reconocimiento de su derecho a tomar sus propias decisiones reclamando la prestación de la asistencia necesaria para ello, cuando así se precisase. Sin embargo, al mismo tiempo continuaba pesando el sistema tradicional de representación que no se abandonaba en aquellas directrices, si bien se ceñía a casos excepcionales donde así se requiriese y limitado por garantías que protegiesen los derechos de la persona debiendo, además, ser revisado periódicamente. Se trataría, pues, de que la restricción de la capacidad jurídica quedase reducida a supuestos absolutamente excepcionales y limitados en el tiempo, sin posibilidad de que se pudiese acordar con carácter definitivo.

Para la aprobación de la CDPD fueron necesarios ocho períodos de sesiones

---

[41] *Ibídem.*

[42] De manera tan acertada como generosa lo ha resumido el presidente MacKay, al expresar que el 70% del texto aprobado fue gracias al aporte de la sociedad civil. *Ibídem.*

[43] NACIONES UNIDAS, 2002. A 57/212. Quincuagésimo séptimo período de sesiones. Carta de fecha 11 de julio de 2002 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de México ante las Naciones Unidas por la que se adjunta el Informe de la reunión de Expertos sobre la Convención Internacional Amplia e Integral para promover y proteger los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad. (México D.F., del 11 al 14 de julio de 2002), pág. 27. En: un.org Disponible en: https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/479/86/pdf/N0247986.pdf?OpenElement

desarrollados entre los años 2002 y 2006[44].

El 23 de diciembre de 2003, la Asamblea General de Naciones Unidas dictó la Resolución 58/246 mediante la cual hacía suya la decisión, adoptada en su 14ª sesión celebrada el 27 de junio de 2003 por el Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, de establecer un Grupo de Trabajo encargado de preparar y presentar un proyecto de texto que sirviese de base para la negociación del proyecto de Convención por los Estados miembros y los Observadores que lo integraban.

En la misma resolución, la Asamblea General decidió[45] también que antes de su quincuagésimo noveno período de sesiones, el Comité Especial celebrara en 2004 dos períodos de sesiones de una duración de diez días laborables cada uno, y que el Grupo de Trabajo presentase, en el tercer período se sesiones, un proyecto que recogiese los resultados de su labor[46].

Siguiendo el mandato encomendado, el Grupo de Trabajo preparó a principios de 2004 un proyecto de texto que serviría de base para las negociaciones del Comité Especial. Para la elaboración de dicho proyecto se tuvieron en cuenta las diferentes propuestas presentadas con carácter previo a sus reuniones. La tarea principal de este grupo fue la de determinar criterios y reducir opciones para sentar una base para los ulteriores trabajos del Comité Especial. No se trataba, por tanto, de negociar un texto definitivo ni de constituirse en un comité de redacción[47].

En la vigésima sesión del Grupo de Trabajo, celebrada el 16 de enero en el marco de ese tercer periodo de sesiones, decidió presentar al Comité Especial un texto base para las negociaciones. En este primer texto base ya aparecía la cuestión relativa al reconocimiento de la "plena capacidad jurídica" de las personas con discapacidad. El precepto donde entonces se ubicaba era el artículo 9 que, posteriormente, fue trasladado al artículo 12. Literalmente, el

[44] Primer período de sesiones, del 29 de julio al 9 de agosto de 2002, UN Doc. A/57/357; Segundo período de sesiones, del 16 al 27 de junio de 2003, UN Doc., A/58/118 & Corr.1, 3 Julio 2003, Grupo de trabajo sobre la convención, del 5 al 16 de enero de 2004, UN Doc A/AC.265/2004/WG/1; Tercer período de sesiones, del 24 de mayo al 4 de junio de 2004, UN Doc, A/AC.265/2004/5, 9 June 2004; Cuarto período de sesiones, del 23 de agosto al 3 de septiembre de 2004, UN Doc A/59/360, 14 Septiembre 2004; Quinto periodo de sesiones, del 24 de enero al 3 de febrero de 2005, UN Doc A/AC.265/2005/2, 23 Febrero 2005; Sexto periodo de sesiones, del 1° al 12 de agosto de 2005, UN Doc A/60/266, 17 Agosto 2005; Séptimo periodo de sesiones, del 16 de enero a 3 de febrero de 2006, UN Doc. A/AC.265/2006/2, 13 Febrero 2006; Octavo periodo de sesiones, del 14 al 25 de agosto y 5 de diciembre de 2006, UN Doc A/AC.265/2006/4, 1 Septiembre 2006) e Informe final del Comité Especial UN Doc A/61/611, 6 Diciembre 2006.

[45] Decide también que el Comité Especial celebre, dentro de los límites de los recursos existentes, dos períodos de sesiones en 2004 de una duración de 10 días laborables cada uno, antes del quincuagésimo noveno período de sesiones de la Asamblea General. NACIONES UNIDAS, 2004. A/RES/58/246.

[46] Ese Grupo de Trabajo estuvo integrado por representantes de los Gobiernos de Alemania, Camerún, Canadá, China, Colombia, Comoras, Ecuador, Eslovenia, Federación de Rusia, Filipinas, India, Irlanda, Jamaica, Japón, Líbano, Malí, Marruecos, México, Nueva Zelanda, República de Corea, Serbia y Montenegro, Sierra Leona, Sudáfrica, Suecia, Tailandia, Uganda y Venezuela. Integraban también el grupo casi una decena de organizaciones no gubernamentales así como la Comisión Sudafricana de Derechos Humanos (en representación de las instituciones nacionales de derechos humanos).

[47] NACIONES UNIDAS, 2004. A/AC.265/2004/WG/1 Informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial, Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad Grupo de Trabajo, Nueva York, 5 a 16 de enero de 2004, págs. 6. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/223/46/pdf/N0422346.pdf?OpenElement

borrador indicaba lo siguiente:

> *Artículo 9. Igual reconocimiento como persona ante la ley.*
> *Los Estados Partes:*
> *a) Reconocerán a las personas con discapacidad como sujetos de derechos ante la ley iguales a los de todas las demás personas.*
> *b) Aceptarán que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en pie de igualdad con los demás, incluso en el ámbito económico.*
> *c) Se asegurarán de que, cuando el ejercicio de dicha capacidad jurídica requiera asistencia:*
> *i) Ésta sea proporcional al grado de asistencia que necesite el interesado y se adapte a sus circunstancias, sin interferir con su capacidad jurídica, ni con sus derechos y libertades;*
> *ii) Las decisiones del caso sean adoptadas exclusivamente de conformidad con un procedimiento establecido por la ley y con las salvaguardas jurídicas que correspondan;*
> *d) Se asegurarán de que las personas con discapacidad que experimenten dificultades para hacer valer sus derechos, entender información y comunicarse tengan acceso a la asistencia necesaria para entender la información que les es presentada y para expresar sus decisiones, opciones y preferencias, así como para concertar acuerdos vinculantes o contratos, firmar documentos y actuar como testigos;*
> *e) Tomarán todas las medidas que sean adecuadas y efectivas para garantizar la igualdad de derechos de las personas con discapacidad para ser propietarios y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en condiciones de igualdad a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero;*
> *f) Se asegurarán de que las personas con discapacidad no se vean privadas de su propiedad de modo arbitrario.*

Respecto a este texto conviene hacer algunas matizaciones. Así, en relación con el párrafo contenido en la letra b), el proyecto introducía una nota al pie de página en la cual explicaba que el objetivo de este párrafo era reconocer que no se aceptaba en general que los menores tuvieran plena capacidad jurídica y, por lo tanto, tampoco la tendrían los menores con discapacidad. A los efectos de la capacidad jurídica, las personas con discapacidad no deberían recibir un trato discriminatorio por motivo de su discapacidad[7]. Además, respecto a lo dispuesto en la letra c) conviene señalar que en este apartado c) se introduce uno de los elementos principales del cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, cual es la incorporación del "modelo de asistencia" en la toma de decisiones o en el ejercicio de la capacidad jurídica y del consecuente sistema de apoyos. Al respecto el proyecto presentado por el Grupo de Trabajo incluía en este apartado una nota a pie de página que indicaba que:

> *El apartado c) prevé la prestación de asistencia para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica y parte del supuesto de la plena capacidad jurídica, incluso cuando la persona necesite asistencia para ejercerla. El apartado c) ii) está destinado a aplicarse exclusivamente en circunstancias excepcionales, para las cuales hay que establecer las salvaguardas jurídicas oportunas. Tal vez el Comité Especial desee considerar si el apartado es suficientemente claro, así como el método más adecuado para proteger a las personas con discapacidad que no pueden ejercer su capacidad jurídica. Para ello podría hacer falta un nuevo apartado. Algunos miembros del Grupo de Trabajo propusieron que en los casos en que terceras personas ejercitasen la capacidad jurídica en nombre*

de la persona con discapacidad, sus decisiones no debían interferir con los derechos y libertades de ésta.

Se mantenía el criterio ordenado por las directrices marcadas en el Informe de la reunión de Expertos sobre la Convención Internacional Amplia e Integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad celebrada en México del 11 al 14 de julio de 2002[48] donde, si bien se introducía el sistema de asistencia en la toma de decisiones, igualmente se mantenía con carácter restrictivo y limitado siempre a casos excepcionales el tradicional sistema de representación.

La complejidad relativa al ejercicio de la capacidad jurídica en los casos más extremos, aquellos en los que, según palabras del propio proyecto, la persona no pueda ejercer su capacidad jurídica, queda patente en la nota a pie de página a través de la cual el grupo de trabajo plantea al Comité Especial la cuestión acerca de considerar el método más adecuado para proteger a las personas con discapacidad que no pueden ejercer su capacidad jurídica. El cambio de paradigma asoma tímidamente en la observación realizada igualmente por algunos miembros del Grupo de Trabajo al afirmar que, en los casos en que terceras personas ejercitasen la capacidad jurídica en nombre de la persona con discapacidad, esto es, en aquellos casos "excepcionales" de sustitución, sus decisiones "no deberían interferir con los derechos y libertades de la persona representada".

El tercer período de sesiones del Comité Especial se celebró del 24 de mayo al 4 de junio de 2004 en la sede de las Naciones Unidas, celebrando en dicho período dieciocho sesiones plenarias. En este período de sesiones, el Comité Especial contó con este informe y, además, con otros documentos relevantes entre los que destacamos una numerosa compilación de propuestas presentadas por diferentes países al texto base realizado por el Grupo de Trabajo. Esa recopilación de propuestas figuraba como Anexo II del Informe emitido por el Comité Especial en su Tercer Período de Sesiones[49].

Durante las sesiones plenarias, se dio lectura al proyecto presentado por el referido Grupo de Trabajo y se fueron exponiendo las diferentes propuestas[50] al mismo, tal como así consta en los resúmenes diarios de las discusiones o debates mantenidos[51].

De entre todas ellas, destacamos ahora dos: la presentada por Japón, que pretendía la adición de un nuevo subpárrafo después del 9-f cuya redacción ordenaría *(T)omar medidas apropiadas y efectivas para eliminar las barreras físicas y de comunicación y reducir la dificultad de comprensión de las personas con discapacidad para ejercer todos los derechos en el procedimiento judicial que se proporcionan en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Justificaban la inclusión de esta medida bajo el razonamiento de que "en los interrogatorios y tribunales, las personas con

---

[48] *Vid.* nota[43] *ut supra*.

[49] NACIONES UNIDAS. 2004. A/AC.265/2004/5 Informe del tercer periodo de sesiones del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/382/52/pdf/N0438252.pdf?OpenElement

[50] Presentaron propuestas, entre otros, India, Japón, Siria, Canadá, China, Uganda, Argentina, Irlanda, Kenia, Qatar, Kuwait, México, Vietnam, Sierra Leona, Nueva Zelanda, o Liechtenstein.

[51] NACIONES UNIDAS. 2004. Tercer período de sesiones. Daily summary of discussions related to Article 9 *Equal Recognition as a person before the law*. En: un.org. Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3sum9.htm

discapacidad, especialmente las personas con discapacidades mentales, auditivas y visuales, a menudo son víctimas de los llamados procedimientos normales. Debido a su incapacidad para comprender lo que dicen los jueces y los interrogadores, las personas con discapacidad deben recibir protección adicional para evitar ser juzgados erróneamente".

La segunda propuesta que aquí destacamos es la presentada por Canadá ya que, desde el primer momento, aludió a la dificultad que presentaba el artículo 9 tal como entonces estaba redactado; como se reflejaba en las notas a pie de página del texto del Grupo de Trabajo, referidas también por otras delegaciones, incluida la de India. La principal diferencia a la que aludía Canadá era "la falta de consenso sobre lo que se entiende por *legal capacity*[52]" lo que evidenciaba, ya desde el inicio, la dificultad a la hora de consensuar el término. Debemos destacar especialmente que España no presentó propuesta alguna.

Tras el turno de los Estados parte, intervinieron las organizaciones gubernamentales y las no gubernamentales. Respecto a estas últimas, conviene subrayar la intervención de la Red Mundial de Usuarios y Sobrevivientes de la Psiquiatría (WNUSP[53], por sus siglas en inglés) que criticó la propuesta de Canadá al entender que omitía los elementos esenciales del texto, específicamente los recogidos en los apartados b) y c) del artículo 9, esto es, los referidos expresamente a la capacidad jurídica y al modelo de asistencia. A criterio de la WNUSP, estos apartados serían necesarios para apoyar el logro de la igualdad de derechos de las personas con discapacidad. Defendían el

[52] Canadá propuso reemplazar el borrador del texto del Grupo de Trabajo por el siguiente:

1. Los Estados Partes reconocerán que, en asuntos civiles, los adultos con discapacidad tienen una capacidad jurídica idéntica a la de los demás adultos y les otorgarán las mismas oportunidades para ejercer esa capacidad. En particular, reconocerán que los adultos con discapacidad tienen los mismos derechos para celebrar contratos y administrar propiedades y los tratarán por igual en todas las etapas del procedimiento ante los tribunales.

2. Los Estados Partes garantizarán que cuando los adultos con discapacidad necesiten apoyo para ejercer su capacidad jurídica, incluida la asistencia para comprender la información y expresar sus decisiones, elecciones y deseos, la asistencia sea proporcional al grado de apoyo requerido y adaptado a las necesidades del adulto.

3. Solo una autoridad competente, independiente e imparcial, de conformidad con una norma y un procedimiento establecidos por la ley, puede considerar que un adulto no tiene capacidad jurídica. Los Estados Partes deberán establecer por ley un procedimiento con las salvaguardias adecuadas para el nombramiento de un representante personal para ejercer su capacidad legal en nombre del adulto. Dicha designación debe guiarse por principios consistentes con esta Convención y el derecho internacional de los derechos humanos, que incluyen:

(a) garantizar que el nombramiento sea proporcional al grado de incapacidad jurídica del adulto y adaptado a las circunstancias individuales del adulto;

(b) asegurando que los representantes personales tomen en cuenta, en la medida de lo posible, las decisiones, elecciones y deseos de los adultos mayores.

Este nuevo lenguaje abordaría la falta de claridad con respecto a la definición de *legal capacity* al referirse a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), Artículo 15.2. No sería necesario incluir disposiciones de igualdad 9 (a), 9 (b) y 9 (c), ya que el artículo 7 cubriría plenamente la igualdad.

El texto propuesto para 9.2 proviene del borrador 9 (c) (i), (ii) del Grupo de Trabajo con importantes conceptos de proporcionalidad y la adaptación del apoyo a las circunstancias individuales de las personas con discapacidad. El 9.3 se incluye para abordar claramente las preocupaciones de la India y otros delegados con respecto a lo que sucedería cuando se descubriera que una persona con discapacidad ha disminuido o que no tiene capacidad jurídica. El lenguaje que trata estos temas es necesario para su inclusión en el Artículo, de modo que las salvaguardias críticas con respecto al nombramiento de un representante personal o un encargado de la toma de decisiones sustituto para ese adulto estén vigentes. Los dos imperativos de revisión del artículo del Canadá son incorporar la proporcionalidad y las elecciones y deseos de los adultos. *Vid.* Nota[51]

[53] *World Network of Users and Survivors of Psychiatry.*

criterio de que si se brinda asistencia, los derechos y libertades de la capacidad jurídica no se interfieren.
Asimismo, la WNUSP mostraba su postura claramente contraria a la tutela, que identificaba expresamente como una "muerte social y legal" y una violación de los derechos humanos y la dignidad de la persona. Consideraban que las personas pueden necesitar apoyo en la toma de decisiones, incluso algunas un alto nivel de apoyo, pero que ello no implica que puedan quedar excluidas. Para la WNUSP, es posible brindar asistencia sin quitar ni limitar los derechos de una persona y por ello abogaban por el máximo respeto a la autonomía. Para ello, la persona prestadora de apoyo debe facilitar la autodeterminación de la apoyada. La propuesta de la WNUSP hacía mención también a la interdependencia, a las relaciones de confianza y a la necesidad de garantías procesales para asegurar que las personas de apoyo actúen según los deseos de las personas con discapacidad y no abusen de su posición al imponer sus propios deseos a éstas. Por último, afirmaba que cuando se evalúa la capacidad, comienza un proceso de discriminación, especialmente en casos que involucran a personas con discapacidades intelectuales o psiquiátricas. Incluso cuando esto no es una presunción legal, es una presunción social, y los legisladores y jueces retienen esa presunción social. La WNUSP sugirió al Comité que revisase su modelo sobre la adopción de decisiones respaldadas y cuestiones relacionadas con la prestación de asistencia sin limitar los derechos. Con el tiempo, como veremos, ésta ha sido una de las posturas más firmemente defendidas por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad (el Comité).
Otras organizaciones no gubernamentales que presentaron propuestas al texto fueron *People with Disabilities Australia*, la Asociación Nacional de Centros Jurídicos Comunitarios y la Federación Australiana de Organizaciones de Discapacidad. Para ellas había cuatro derechos fundamentales que sustentaban el Artículo 9 y sobre los que se hicieron apreciaciones, que pasamos a exponer sucintamente.
En primer lugar, el derecho al reconocimiento en todas partes como personas ante la ley, que se encuentra en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el apartado a) del artículo 9 del proyecto de Convención presentado por el Grupo de Trabajo.
En segundo lugar, el derecho a presumir la plena capacidad jurídica para tomar decisiones en todos los ámbitos de la vida, que se encuentra en el Artículo 15 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante, CEDAW, por sus siglas en inglés), en el Derecho común de varios Estados y ordenamientos, y en los apartados c) y d) del artículo 9 de ese Convenio.
En tercer lugar, el derecho al goce pleno y equitativo ante la ley como todas las demás personas, reconocidas en los artículos 14, 15 y 26 del PIDCP y en el apartado a) del artículo 9 de esta Convención.
Por último, en cuarto lugar, el derecho a poseer y administrar bienes, como se reconoce en el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH), los artículos 13 y 15 de CEDAW, y apartados d) y f) del artículo 9 de este Convenio.
People with Disabilities Australia afirmó que estos derechos representaban las condiciones previas necesarias para el ejercicio efectivo de todos los demás

derechos de las personas con discapacidad y recomendó que fueran abordados en artículos separados, en lugar de únicamente en el artículo 9, al entender que este no era lo suficientemente claro ni lo suficientemente extenso y que combinaba y confundía los cuatro derechos bastante diferenciados. Igualmente, mostró su aprobación al párrafo d) del artículo 9 pero recomendó una redacción un poco más profunda de su apartado c) para elaborar procedimientos y salvaguardas necesarias para respaldar toda la gama de decisiones asistidas. Por último, mostró su apoyo a la propuesta de la OIT según la cual debía proporcionarse asistencia jurídica para que las personas con discapacidad pudiesen impugnar las privaciones de su libertad.

Durante la presentación de propuestas, la organización *Inclusion International* apoyó la posición de la WNUSP en el argumento de que las personas con discapacidades psicosociales e intelectuales son las más vulnerables a las propuestas de adopción de decisiones por sustitución. Si bien *Inclusion International* respaldó la idea de buscar medios legales para desarrollar opciones de toma de decisiones respaldadas o asistidas ante la ley, que el Comité acogiera las recomendaciones de Jordania y otros Estados en el sentido de que admitieran la toma de decisiones por sustitución solo como último recurso y solo por tiempo limitado. *Inclusion International* se hizo eco también de la importante cuestión planteada por Japón en relación con el espíritu de la Convención y referida a las personas con importantes problemas de comunicación que necesitan ayuda para que se entiendan y expresen sus necesidades, anteriormente transcrita de forma parcial.

También la organización *Save the Children* apoyó las declaraciones de la WNUSP y de *Inclusion International*, sugiriendo incluir en el artículo 9 una referencia a los derechos de los niños con discapacidad.

Disabled Peoples International, por su parte, puso de manifiesto que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a tomar decisiones con apoyo ha dado como resultado la institucionalización, la esterilización forzada e infinidad de infracciones de los derechos humanos de las personas con discapacidad en todo el mundo. Por ello consideraba que el párrafo c) del artículo 9 era un elemento clave, pero se necesitaba una redacción adicional ya que no describía garantías procesales, tales como cuándo y cómo se debe proporcionar la asistencia, quién haría estas determinaciones, o las vías de revisión y apelación. *Disabled Peoples International* también apoyó la propuesta de Japón sobre la necesidad de tomar medidas efectivas para eliminar las barreras físicas y de comunicación y garantizar el ejercicio de los derechos en los procedimientos judiciales de acuerdo con el PIDCP.

Por su parte, la *Unión Mundial de Ciegos* consideró que los párrafos d), e) y f) del artículo 9 eran de la mayor importancia y deberían permanecer en el texto, ya que a las personas ciegas a menudo se les niega el derecho a poseer bienes, casarse, heredar, firmar contratos, para mantener cuentas bancarias, para firmar documentos, o incluso para votar en elecciones públicas.

La *Federación Mundial de Sordos* alegó que la asistencia por sí sola no sería suficiente ya que, menudo, en situaciones judiciales o policiales, se ordena a los intérpretes de lenguaje de signos que salgan de la sala. Por ello, sugería agregar servicios de intérprete[54] tanto al apartado d) del artículo 9 del borrador

[54] Esta vendría a ser la función de la figura del facilitador instaurada en países como Israel o México, a la que haremos alusión en otros lugares de este trabajo.

del Grupo de Trabajo como al artículo 9-2 del borrador del Canadá. Por último, también destacó la importancia de una cláusula de propiedad y la interconexión de la capacidad jurídica y la propiedad.
La Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico (CESPAP) sugirió que se agregase al artículo 9 un texto mediante el cual se reconociese que el acceso a recursos efectivos podría requerir la provisión de asistencia legal gratuita para personas con discapacidad y la modificación o aplicación flexible de las leyes y prácticas existentes sobre procedimiento y prueba.
Por último, el Relator Especial afirmó sobre este precepto, que el apartado f) no era suficiente para proteger los derechos de las personas con discapacidad.
Ante el ingente número y variedad de las propuestas presentadas, el Comité Especial decidió posponer hasta el cuarto período de sesiones su examen.
Por el mismo motivo, el señor MacKay, representante de Nueva Zelanda permanente ante la ONU, dirigió una carta al Secretario General a fin de que la distribuyese junto con su anexo como documento del Comité Especial. Esta carta contenía seis observaciones generales respecto a las propuestas presentadas en relación con el proyecto presentado por el Grupo de Trabajo; su contenido era el siguiente:
En primer lugar, el grado de detalle y el estilo del proyecto de Convención deberían asemejarse a los de los tratados de derechos humanos existentes[55]. Además, deberían evitarse las redundancias y las superposiciones. En tercer lugar, debería reflejarse la doctrina existente sobre la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales. En cuarto lugar, no se debería extender la doctrina de la realización progresiva a los derechos civiles y políticos. Por otro lado, debería ser compatible con otros tratados básicos de derechos humanos. Por último, debería centrarse en cuestiones y derechos de particular importancia para las personas con discapacidad[56].
En este período, el Comité Especial realizó una primera lectura del proyecto de texto de la Convención que figuraba en el informe del Grupo de Trabajo[57], tema que, como se ha mencionado, había quedado aplazado en el tercer período de sesiones[58], examinando el título, la estructura, parte del preámbulo,

[55] Se hacía referencia en esta observación a la diversidad existente en las propuestas presentadas puesto que mientras unas entraban excesivamente al detalle, lo cual a criterio del representante de Finlandia debía quedar sujeto a lo que estableciesen los Estados, otras pecaban de ser excesivamente amplias, lo cual dificultaba el grado de cumplimiento de lo pretendido en la Convención.
[56] La carta presentada por el señor MacKay fue uno de los documentos que el Comité Especial tuvo en cuenta durante el cuarto período de sesiones, desarrollado entre los días 23 de agosto a 3 de septiembre de 2004.
[57] A/AC.265/2004/WG.1. *Vid.* Nota[47].
[58] En la Cuarta Sesión del Comité comenzó a hacerse evidente que la principal cuestión en debate era el tratamiento que había de darse a la capacidad de obrar, respecto del cual se enfrentaban, por un lado, la demanda de las personas con discapacidad de poder ejercer su capacidad de forma plena y que ello fuera reconocido por la ley, y, por otro, la de ciertos grupos, como cuidadores o familiares de personas con discapacidad que, en base a consideraciones de cuidado y protección, consideran que puede ser necesario, en algunos casos, sustituir a la persona con discapacidad en la toma de decisiones para promover y proteger sus derechos. Se iniciaron, a partir de ahí, dos discusiones sustanciales, muy relacionadas entre sí, una referida a la adopción del modelo que habría de regir el tema de la capacidad jurídica (modelo de sustitución o modelo de asistencia) y otra, de contenido más instrumental, relativa al significado del término "capacidad jurídica", en concreto a si debería entenderse que hace referencia únicamente a la capacidad de goce de los derechos o si ha de incluir también la capacidad de obrar. En relación con la primera discusión, el modelo de asistencia fue presentado por las organizaciones de personas con discapacidad como el sistema idóneo para garantizar el desarrollo de la autonomía y garantizar un trato igualitario, y pronto se generó un amplio consenso respecto del mismo. La segunda

las definiciones (artículo 3) y la supervisión (artículo 25). Asimismo, durante este período de sesiones, llevó a cabo un examen de los artículos 1 a 15 y 24 bis. Por último, decidió seguir examinando el proyecto de Convención en sus siguientes períodos de sesiones[59].

1.4. NEGOCIACIÓN. PRIMERAS DISCREPANCIAS

El quinto período de sesiones tuvo lugar del 24 de enero al 4 de febrero de 2005. Durante este el Comité mantuvo debates oficiosos sobre los artículos 7 al 15 del proyecto de Convención y propuso la incorporación de nuevos artículos. En su vigésima y última sesión escuchó las conclusiones presentadas por el Coordinador de las reuniones oficiosas y decidió continuar debatiendo los restantes artículos en los siguientes periodos de sesiones.

Uno de los preceptos debatidos fue el artículo 9 del proyecto. Al respecto, se decidió reestructurarlo, basándose en el texto propuesto por la facilitadora Rebecca Netley (Canadá) en consultas oficiosas. Así, se acordó que las cuestiones que figuraban en los apartados d), e) y f) del texto del Grupo de Trabajo, que no se habían abordado en la propuesta de la facilitadora, se deberían incluir en otros artículos de la Convención.

Tuvieron lugar extensas deliberaciones acerca del párrafo 1 del proyectado artículo 9 y se acordó utilizar el texto del párrafo 1 presentado por la facilitadora sobre el apartado a) del texto del Grupo de Trabajo[60], enmendado del siguiente modo:

> *"1. Los Estados partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho a ser reconocidas como personas ante la ley".*

Los debates sobre el párrafo 2 del precepto comenzaron a vislumbrar las discrepancias existentes ya desde los inicios sobre el concepto de capacidad jurídica que, finalmente, desembocarían en el actual artículo 12 de la Convención. Así, durante las reuniones mantenidas en este quinto período de sesiones, no hubo acuerdo respecto a la redacción del encabezamiento del párrafo 2[61], incluido el significado del mencionado término capacidad jurídica. Algunas delegaciones expresaron su preocupación por este término y manifestaron que, en caso de utilizarse, debería traducirse a los idiomas nativos e interpretarlo en consecuencia. Se acordó entonces que antes de que

---

cuestión (el significado del término "capacidad jurídica") fue arduamente debatida en el transcurso de la Quinta y Sexta sesiones. OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD, 2010:21.

[59] NACIONES UNIDAS. 2004. A/59/360 Quincuagésimo noveno período de sesiones Tema 107 b) del programa provisional*Cuestiones relativas a los derechos humanos: cuestiones relativas a los derechos humanos, incluidos distintos criterios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su cuarto período de sesiones. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/502/23/pdf/N0450223.pdf?OpenElement

[60] Recordar al respecto que el párrafo a) del texto del Grupo de Trabajo rezaba así: *Los Estados Partes: a) Reconocerán a las personas con discapacidad como sujetos de derechos ante la ley iguales a los de todas las demás personas;* NACIONES UNIDAS, 2004. A/AC.265/2004/WG/1 Informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial, Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad Grupo de Trabajo, Nueva York, 5 a 16 de enero de 2004, págs. 6. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/223/46/pdf/N0422346.pdf?OpenElement

[61] El párrafo b del artículo 9 del texto del Grupo de Trabajo señalaba: *b) Aceptarán que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en pie de igualdad con las demás, incluso en el ámbito económico. A/AC.265/2004/WG.1.*

el sexto periodo de sesiones tuviese lugar, las delegaciones considerarían individualmente la redacción actual basada en las propuestas de la facilitadora y que el Comité Especial consideraría si se mantenía la expresión de "o la capacidad para actuar", que no se utilizaba en artículos comparables de otras convenciones como la CEDAW. Se aclaró asimismo que la expresión "en la medida de lo posible" que aparecía en el precepto, se refería al grado de recursos disponibles y no hacía referencia a la capacidad de las personas con discapacidad. En definitiva, se acordó que el texto del encabezamiento que las delegaciones deberían examinar antes del sexto período de sesiones de Comité Especial sería el siguiente:

> *"Los Estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen [plena capacidad jurídica*[62]*] en pie de igualdad con los demás en todas las esferas y garantizarán, en la medida de lo posible, que cuando se precise apoyo para ejercer [esa capacidad] [la capacidad para actuar]*:
>
> *a) La asistencia prestada sea proporcional al grado de asistencia que necesite el interesado y se adapte a sus circunstancias, sin interferir con sus derechos, y respete la voluntad y las preferencias de las personas, y esté libre de conflictos e intereses e influencias indebidas. Cuando proceda, ese apoyo estará sujeto a un examen periódico e independiente.*
>
> *b) En los casos en que los Estados partes dispongan de un procedimiento, que se establecerá por ley, esa ley proporcionará salvaguardias adecuadas, entre ellas el examen periódico del nombramiento y de las decisiones adoptadas por el representante personal por un tribunal competente, imparcial e independiente. El nombramiento y la conducta del representante personal se guiarán por principios conformes a esta Convención y las normas internacionales de Derechos Humanos.*

La redacción del párrafo a) obtuvo el consenso general, lo cual no ocurrió con el párrafo b) presentado ya que algunas delegaciones consideraron que no era necesario, porque la cuestión estaba adecuadamente incluida en el apoyo esbozado en el apartado a) precedente, y que una mención separada y adicional en el apartado b) podría fomentar una utilización excesiva por parte de los Estados parte y socavar el concepto del apoyo de que todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica y el concepto del apoyo a la toma de decisiones. Otras delegaciones, sin embargo, deseaban que se incluyera una mención separada de la representación personal y las salvaguardias para su uso, aunque algunas otras consideraron que la redacción del apartado b) era demasiado específica.

Por último, durante las deliberaciones del artículo 9, se puso de manifiesto un amplio apoyo a que la Convención contuviese disposiciones expresas que garantizasen el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. La mayoría de las delegaciones convinieron en que estas disposiciones debían

[62] En el Informe del Comité Especial relativo a su quinto período de sesiones aparecía ya una nota al pie sobre este concepto del borrador del proyecto de Convención que especificaba que: *En árabe, chino y ruso el término "capacidad jurídica" se refiere a la "capacidad jurídica para disfrutar de los derechos", en lugar de a la "capacidad jurídica para actuar"*. NACIONES UNIDAS, 2005. A/AC.265/2005/2 Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad Nueva York, 24 de enero a 4 de febrero de 2005. Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su quinto período de sesiones. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/248/32/pdf/N0524832.pdf?OpenElement

figurar fuera del artículo 9[63].

Al finalizar el quinto período de sesiones, la redacción del todavía entonces artículo 9 quedaba de la siguiente manera:

> *1. Los Estados partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho a ser reconocidas como personas ante la ley.*
>
> *2. Los Estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen [plena capacidad jurídica][64], y garantizarán, en la medida de lo posible, que cuando se precise apoyo para ejercer [esa capacidad jurídica] [la capacidad para actuar]:*
>
> *a) La asistencia prestada sea proporcional al grado de asistencia que necesite el interesado y se adapte a sus circunstancias, sin interferir con sus derechos, y respete la voluntad y las preferencias de las personas, y esté libre de conflictos de intereses e influencias indebidas. Cuando proceda, ese apoyo estará sujeto a un examen periódico e independiente;*
>
> *b) En los casos en los que los Estados partes dispongan de un procedimiento que se establecerá por ley, para el nombramiento de un representante personal, como último recurso, esa ley proporcionará salvaguardias apropiadas, entre ellas el examen periódico del nombramiento y de las decisiones adoptadas por el representante personal por un tribunal competente, imparcial e independiente. El nombramiento y la conducta del representante personal se guiarán por principios conformes a esta Convención y las normas internacionales de Derechos Humanos.*

1.5. NEGOCIACIÓN. EL CONCEPTO DE "CAPACIDAD JURÍDICA". ANÁLISIS COMPARATIVO

El sexto período de sesiones del Comité Especial tuvo lugar entre los días 1 y 12 de agosto de 2005. Durante el mismo, el Comité celebró 20 sesiones. Para entonces la composición de la Mesa había cambiado cediendo la presidencia el representante ecuatoriano Luis Gallegos al representante de Nueva Zelanda, Sr. MacKay.

Como parte del programa correspondiente a este período se encontraba el punto número 5 relativo a la continuación del examen de las propuestas de revisión y modificación del proyecto de texto del Grupo de Trabajo que figuraban en los informes del Comité Especial sobre su tercer[65], cuarto[66] y quinto período de sesiones[67].

Durante el sexto período de sesiones el Comité Especial celebró un debate oficioso sobre los artículos 15, 15 bis, 24 bis y 16 a 25 del proyecto de Convención según el programa aprobado en la primera sesión de este período. En la última, la vigésima, el Comité escuchó el informe del Presidente sobre los progresos realizados en dicho debate[68].

---

[63] En la actualidad, el derecho al acceso a la justicia de las personas con discapacidad se recoge en el artículo 13 CDPD.

[64] Y aquí figuraba la nota al pie de página que especificaba que en árabe, chino y ruso, el concepto capacidad jurídica era sinónimo de capacidad jurídica para disfrutar de los derechos pero no capacidad jurídica para actuar en pie de igualdad con los demás en todas las esferas.

[65] A/AC.265/2004/5, anexo II.

[66] A/59/360, anexo IV.

[67] A/AC.265/2005/2, anexos II y III.

[68] NACIONES UNIDAS. 2005. A/60/266. Sexagésimo período de sesiones Tema 73 b) del programa provisional . Cuestiones relativas a los derechos humanos: cuestiones relativas a los derechos humanos, incluidos distintos criterios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia

A pesar de que durante el sexto período de sesiones no se trató sobre el artículo 9, relativo a la capacidad jurídica, sí formó parte de la documentación del Comité Especial, un Informe sobre capacidad jurídica elaborado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH)[69] cuyo objetivo era analizar la relación –y la posible superposición entre los términos "reconocimiento en todas partes como persona ante la ley" y "capacidad jurídica" y su relación con otros términos como "personalidad jurídica", "capacidad jurídica" y "capacidad para actuar". Ello fue debido a que, recordemos, uno de los temas más discutidos y debatidos durante el quinto período de sesiones había sido el relativo al concepto de "capacidad jurídica" en el encabezado del proyecto del artículo 9 y en su párrafo 2 y su relación y posible superposición con el "derecho al reconocimiento en todas partes como persona ante la ley" en el proyecto del artículo 9 en su párrafo 1.

En el informe presentado por el Coordinador al Comité Especial durante el quinto período de sesiones se indicaba que, si bien el párrafo 1 del proyecto de artículo 9 *–Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento en todas partes como persona ante la ley-* contó con el apoyo general de todas las Delegaciones, no ocurrió lo mismo con el párrafo 2 - *Los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen [capacidad jurídica] en igualdad de condiciones que las demás en todos los campos y garantizarán, en la medida de lo posible, que se requiera apoyo para ejercer [esa capacidad] [la capacidad de actuar]-*. Por ello, el Coordinador sugirió que la redacción de este artículo fuera considerada durante el período entre sesiones por las delegaciones interesadas.

Con el fin de ayudar a aclarar la cuestión, dada su complejidad, el ACNUDH realizó este estudio cuya pretensión fue la de mostrar una visión general sobre la manera en que aquellos términos "reconocimiento en todas partes como persona ante la ley" y "capacidad jurídica" se venían utilizando en los tratados de derechos humanos existentes así como en los sistemas jurídicos seleccionados para dicho informe.

El informe constaba de dos partes: la primera de ellas analizaba el contenido e historia del artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el artículo 15 de la CEDAW, al haber sido los modelos utilizados para la redacción del artículo 9 del Proyecto presentado.

La segunda parte de este informe realizaba un análisis comparativo sobre la forma en que los términos "personalidad jurídica", "capacidad jurídica" y "capacidad para actuar", se utilizan en los sistemas de *civil law y de common l*aw de los países seleccionados para el informe, a la sazón, Francia, España y el Reino Unido[70].

Respecto al "derecho al reconocimiento en todas partes como persona ante la ley", el informe de la ACNUDH afirmaba que el proyecto del párrafo primero

---

e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su sexto período de sesiones. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/463/99/pdf/N0546399.pdf?OpenElement

[69] NACIONES UNIDAS. 2005. A/AC.265/2005/CRP.5 Capacidad jurídica: documento de antecedentes preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. En: un.org Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6documents.htm

[70] Al referirse al estudio efectuado por este Informe, BENAVIDES LÓPEZ, 2013:113, afirma que se realizó desde tres perspectivas: la del Derecho internacional; la del Derecho comparado –mencionando aquí al derecho continental ejemplificado en Francia y España-; y la perspectiva del *Common Law*.

del artículo 9 -*Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento en todas partes como persona ante la ley*- proponía un lenguaje muy similar al del artículo 16 PIDCP el cual, a su vez, se correspondía casi literalmente con el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) –*Todos tienen derecho al reconocimiento en todas partes como persona ante la ley*[71]-. El informe continuaba exponiendo que este derecho se encuentra recogido igualmente, a nivel regional, en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CAIS) "derecho a la personalidad jurídica" y en el artículo 5 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) que, literalmente, reza: *Toda persona tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente a un ser humano y al reconocimiento de su condición jurídica*[72].

El artículo 16 del PIDCP garantiza a todos los seres humanos el derecho humano básico a ser reconocidos como personas ante la ley, lo que equivale en el Derecho español al derecho a la personalidad jurídica. Así, el individuo está dotado de la "capacidad de ser persona ante la ley", esto es, de ser reconocido como un potencial portador de derechos y obligaciones legales.

Según el mismo dictamen, "la personalidad jurídica es un aspecto crucial de la libertad, distingue a un hombre de los demás y le permite afirmar su dignidad esencial *erga omnes*". El derecho a la personalidad jurídica comienza con el nacimiento y termina con la muerte[73]. Su reconocimiento[74] supone una condición previa[75] imprescindible para el disfrute y ejercicio de todos los demás derechos individuales[76]. Es, por tanto, un requisito previo a la

[71] Sobre este particular ver NACIONES UNIDAS. 2005. A/AC.265/2005/CRP.5 Capacidad jurídica: documento de antecedentes preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, pág. 3, Nota 2 al pie de página. En: un.org Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6documents.htm

[72] El derecho a la personalidad jurídica no fue incluido, sin embargo, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) al considerarlo el Comité de Expertos del Consejo de Europa innecesario por poder deducirse de otros artículos de la Convención.

[73] Sobre el concepto de "personalidad jurídica" se cuestiona BARIFFI, 2014:314-315, precisamente si su formulación como derecho es precisamente y en rigor una contradicción con el concepto y fundamento de los derechos humanos. Este autor recuerda que pese a que el concepto de "personalidad jurídica" –o "igualdad como persona ante la ley", según algunos instrumentos internacionales- no ha sido definido en ningún instrumento internacional nos sitúa ante la mismísima esencia de los derechos humanos, es decir, la "personalidad jurídica" parece referirse a la condición o condiciones que determina que una persona sea investida de derechos. Por ello se pregunta si es posible tener derecho a tener derecho. En todo caso, concluye, "a pesar de que su formulación pudiera resultar tautológica, o incluso…contradictoria, el reconocimiento a la personalidad jurídica se ha constituido como una cuestión previa e ineludible para el goce y ejercicio de todos los derechos individuales".

[74] El informe del ACNUDH destaca la importancia del término "reconocimiento" recogido en el artículo 16. Aludiendo a VOLIO, recuerda que este término se utilizó para reforzar precisamente el derecho a la personalidad jurídica establecido en el precepto al enfatizar que el mismo debería ser "reconocido" como un derecho humano y no "concedido" en virtud del pacto. En realidad, más que del reconocimiento de un derecho se trataría de una reafirmación en el marco del principio de la dignidad humana, tal como mantienen, entre otros autores, el propio VOLIO, 1981:188 o CUENCA GÓMEZ, 2010:13, ya que reconoce una situación jurídica preexistente con el objeto, como hemos visto, de reforzarla.

[75] Al tratarse de un derecho que representa una condición previa *sine qua non* para todos los demás derechos de las personas, el reconocimiento de la personalidad jurídica se incluye en la lista de derechos civiles y políticos que no pueden ser derogados en situaciones de emergencia pública que amenazan la vida de una nación, a tenor de lo previsto en el artículo 4-2º del PIDCP. En palabras de VILLAREAL LÓPEZ, 2014:25-26, la personalidad jurídica pertenece al llamado "núcleo duro" de los derechos humanos refiriéndose estos a aquellos derechos fundamentales que no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia, un "mínimo irreductible" en la protección de la persona. Citando a ELIZABETH SALMÓN: "las disposiciones no derogables de derechos humanos, recogidas en los diversos tratados y que conforman el núcleo duro de estos derechos, no pueden ser materia de suspensión".

[76] Parafraseando a NOWAK, sin este derecho el individuo podría degradarse a un mero objeto jurídico -

capacidad jurídica.

El artículo 16 PIDCP establece que "todos" tienen derecho a que se les reconozca su capacidad para ser titular de derechos y obligaciones "en todas partes"[77], lo que significa, según VOLIO, que un Estado no puede negar la condición de persona o el derecho a la personalidad, en virtud del artículo 16[78], ni siquiera a quienes no estén sujetos a su propia jurisdicción[79].

Sin embargo, y a efectos de aclarar el concepto recogido en el artículo 9 del proyecto de Convención, el informe concluye que del lenguaje absoluto utilizado en el referido artículo 16 no queda claro que, dentro del concepto "capacidad de ser persona ante la ley" se incluya el concepto de "capacidad de obrar".

Para aclarar esta cuestión, recurre, en primer lugar a la regla general de interpretación recogida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)[80] cuyo primer párrafo establece que un tratado debe ser interpretado de buena fe, de acuerdo con el sentido corriente que debe darse a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y fin[81]. El artículo 31 indica también que sólo se puede dar un significado especial al término si se determina que las partes así lo quisieron.

---

como los esclavos en la época romana- donde ya no sería una persona en el sentido legal y, por tanto, se vería privado de todos los demás derechos, incluido el derecho a la vida.

[77] Recordando la polémica suscitada durante la negociación del precepto al pretender una propuesta británica atacar la incorporación de dicha expresión.

[78] Aunque hasta la fecha el artículo 16 no ha resultado muy destacado dentro de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos (CDH) ni se espera que cambie en el futuro, se evidencia que el derecho a ser reconocido como persona ante la ley es una garantía importante de la dignidad humana. Continuando con su análisis, el informe del ACNUDH reconoce que el artículo 16 da lugar también a derechos autónomos no necesariamente derivados de otras disposiciones. Así, cuando habla de la "muerte civil" prevista en los sistemas jurídicos anteriores que privaban a la persona de su capacidad de ser persona ante la ley degradándolos a la categoría de objetos jurídicos al margen de la misma, por sí solo difícilmente supondría una violación de otro artículo que no fuera el 16.

[79] Por ello, el ACNUDH trae a colación en su informe la Observación general nº 28 del Comité de Derechos Humanos en la cual declaró que el derecho a ser reconocido en todas partes como persona ante la ley es particularmente pertinente para las mujeres que, a menudo, lo ven restringido por razón de sexo o estado civil. Dicha Observación obliga a los Estados a proporcionar información sobre las leyes o prácticas que impiden que las mujeres sean tratadas o funcionen como personas jurídicas plenas y las medidas adoptadas para erradicar las leyes o prácticas que permiten dicho tratamiento. Comité de Derechos Humanos, Observación general Nº 28: Igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3), CCPR / C / 21 / Rev.1 / Add.10, 29 de marzo de 2000, párr. 19. Sobre la cuestión de las violaciones del artículo 16 basadas en el sexo y el estado civil, véase Comité de Derechos Humanos, Avellanal / Perú, comunicación núm. 202/86, CCPR / C / 34 / D / 202/1986, 31 de octubre de 1988. En este caso, la autora denunció un fallo de la Corte Suprema, que revirtió una sentencia previa a su favor en el campo procesal que el autor no tenía derecho a demandar porque, de acuerdo con el artículo 168 del Código Civil peruano, cuando una mujer está casada solamente el marido tiene derecho a representar la propiedad matrimonial ante los tribunales. La autora alegó que los hechos anteriores infringían, entre otras cosas, su derecho a ser reconocida como persona ante la ley. El Comité de Derechos Humanos consideró el caso admisible en virtud del Artículo 16, pero inexplicablemente ignoró este artículo en su decisión de fondo. En cuanto al fondo, encontró infracciones de los artículos 3, 14 (1) y 26 del PIDCP.

[80] La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se abrió a la firma el 23 de mayo de 1969 por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados y entró en vigor el 27 de enero de 1980, en conformidad con el artículo 84 (1). Las reglas de interpretación de los tratados internacionales, establecidas en los artículos 31-32 de la Convención, se consideran comúnmente como reflejo del derecho internacional consuetudinario. Nota al pie 17 pág.6, NACIONES UNIDAS. 2005. A/AC.265/2005/CRP.5 Capacidad jurídica: documento de antecedentes preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Op. cit.*

[81] El significado ordinario normalmente se determina al referirse al diccionario y al contexto en que es usado el término; el contexto, a tenor de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 31 abarca al texto del propio tratado y también a su preámbulo, anexos y cualquier acuerdo o instrumento relacionado con el tratado y redactado en relación con su conclusión.

A pesar de todo lo previsto en este precepto de la Convención de Viena, el ACNUDH concluye en su informe que los criterios interpretativos establecidos en él no resultan especialmente útiles para aclarar el significado y alcance del artículo 16 ya que, entre otras razones, la referencia al significado corriente de los términos o conceptos de "persona" y "personalidad jurídica" a los que aluden los textos normativos francés y español no aclaran precisamente si el reconocimiento en todas partes como persona ante la ley incluye el reconocimiento asimismo de su capacidad de actuar o no. Por otra parte, atendiendo al objeto y fin del tratado, es decir, una interpretación teleológica del precepto, conduce igualmente a conclusiones ambiguas.

El artículo 32 de la Convención de Viena establece que, en estos casos, esto es, cuando la interpretación basada en la intención de las partes expresada en el texto deja el significado ambiguo u oscuro, puede recurrirse a medios de interpretación complementarios entre los cuales se encuentran los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración.

En este sentido, el informe del ACNUDH concluye que el análisis de los trabajos preparatorios del PIDCP no deja lugar a dudas sobre el alcance del artículo 16 del cual excluye la capacidad de obrar.

Para llegar a tal conclusión recurre al borrador inicial del precepto el cual preveía en su párrafo primero que ninguna persona sería privada de su personalidad jurídica; pero en su párrafo segundo contemplaba la posibilidad de que el ejercicio de los derechos civiles de la persona podía ser restringido en algunos casos, entre los que se encontraba, además de los menores de edad y los condenados por delitos en determinados casos, las "personas de mente enferma".

El acuerdo fue generalizado en cuanto a que el artículo 16 trata de garantizar que cada persona es un sujeto y no un objeto de derecho.

Sin embargo, tal acuerdo no se alcanzó respecto a la cuestión relativa a la capacidad de actuar de la persona[82].

La cuestión quedó definitivamente zanjada en la sesión quince de la Tercera Comisión de la Asamblea General celebrada en el año 1960 en la cual se obtuvo un acuerdo general de que el Artículo 16 estaba destinado tan solo a asegurar que cada persona sea un sujeto y no un objeto de derecho pero no tenía la intención de tratar el asunto de la capacidad jurídica de una persona para actuar la cual podía estar limitada por las razones anteriormente expuestas.

Por otro lado, el informe del ACNUDH respecto al concepto de capacidad jurídica del artículo 9 del proyecto de Convención sobre los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, indicaba también que su párrafo 2 tenía una redacción muy similar a la utilizada en el párrafo segundo del artículo 15 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

Este último precepto establece que los Estados Partes otorgarán a las mujeres, en materia civil, una capacidad jurídica idéntica a la de los hombres y las mismas oportunidades para ejercer esa capacidad particularmente para celebrar contratos y administrar bienes, otorgando el mismo trato en la defensa

[82] La Comisión reconoció efectivamente que el texto no era claro y propuso una nueva fórmula basada en el artículo 6 de la DUDH pero el problema surgió porque inicialmente este último precepto se interpretó en sentido amplio, es decir, integrando en él el concepto de capacidad de actuar.

de sus derechos ante los tribunales.
Además del reconocimiento expreso de la capacidad jurídica a las mujeres, el párrafo tercero de este último artículo prevé la nulidad para aquellos contratos y demás instrumentos privados de cualquier tipo que supongan un efecto legal dirigido a restringir o limitar la capacidad jurídica de las mujeres. Por tanto, el precepto tiene la finalidad clara de garantizar la autonomía jurídica de las mujeres[83].
El párrafo 2 del artículo 15 CEDAW garantiza, por tanto, la misma capacidad jurídica a las mujeres que a los hombres así como las mismas oportunidades para ejercer esa capacidad.
El precepto no define el concepto de "capacidad jurídica". Por ello, el informe del ACNUDH se cuestiona entonces la relación entre los conceptos de "capacidad jurídica", por un lado, y los de "capacidad de ser persona ante la ley" *y* la "capacidad de actuar", por otro.
El dictamen emitido por el ACNUDH decide aplicar las reglas de interpretación establecidas en la Convención de Viena de 1969 para tratar de aclarar el alcance del artículo 15 de la CEDAW.
Por una parte, hace referencia al significado ordinario del término, el cual se puede determinar según lo establecido en el diccionario encontrado en el *Webster's New Millenium Dictionary of English* que lo define como la "capacidad y el poder de una persona bajo la ley para participar en una empresa o transacción particular o para mantener un estado o relación particular con otra"[84]. Las expresiones destacadas entre comillas, parecen sugerir, según el ACNUDH, que el término capacidad jurídica tiene elementos en común con el concepto de capacidad de obrar, entendida ésta como la capacidad de realizar actos con efectos jurídicos, interpretación que se ve reforzada al analizar la forma en que se usa el término capacidad jurídica en otros sistemas legales, por ejemplo, el sistema francés o el español.
Si se tiene en cuenta, por otra parte, el contexto en el que es utilizado el término "capacidad jurídica", se ratifica todavía más esta interpretación.
Como destaca el ACNUDH, atendiendo a la referencia efectuada al inicio del párrafo segundo del artículo 15 mencionado relativa a los asuntos civiles y a áreas específicas del Derecho civil en las que tradicionalmente han venido siendo discriminadas las mujeres, la segunda oración del artículo solo cobra sentido si se refiere a la "capacidad de obrar". Si el significado de "capacidad jurídica" se limita al derecho de ser persona ante la ley, la expresión "mismas oportunidades para ejercer esa capacidad" carecería de sentido. El propio verbo "ejercer" alude al elemento dinámico de la capacidad y, por último, el

[83] Sobre lo previsto en este párrafo, el ACNUDH en su informe recuerda la Recomendación general número 21 sobre la igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares, del año 1994, en la que el CEDAW observó que "cuando una mujer no puede celebrar un contrato, tener acceso a un crédito financiero o puede hacerlo solo con el consentimiento o la garantía de su marido, se le niega la autonomía legal". Cuando los países limitan la capacidad legal de una mujer según sus leyes o permiten que individuos o instituciones lo hagan, concluye el Comité de la CEDAW que se niega a las mujeres sus derechos a ser iguales a los hombres. Por ello, el artículo 15 requiere a los Estados Partes para que deroguen o enmienden las leyes o instrumentos que impliquen la restricción de la capacidad jurídica de las mujeres y adopten las medidas oportunas, incluso la propia legislación, para garantizar a las mujeres la plena igualdad en el ámbito del derecho civil.
[84] *A person's capability and power under law to engage in a particular undertaking or transaction or to maintain a particular status or relationship with another. Webster's New Millennium Dictionary of English, Preview Edition, Lexico Publishing Group, 2003-2005*, disponible en www.dictionary.com

demostrativo "esa" al referirse a la capacidad explica precisamente que ésta se refiere a la capacidad para actuar en el Derecho civil.
Pero, además, el significado amplio del concepto "capacidad jurídica" en el sentido de integrar en el mismo la "capacidad de obrar" se evidencia analizando esta disposición en conjunto con todo el texto del precepto así como teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado.
El párrafo primero reafirma el objetivo de garantizar la igualdad de las mujeres con los hombres ante la ley recogido en términos generales en el artículo 26 PIDCP. Los siguientes párrafos del artículo 15 se interpretarían entonces como una aplicación específica de ese principio general en los ámbitos en los que las mujeres son más susceptibles de ser discriminadas y que son precisamente aquellos que afectan a su capacidad de obrar (celebración de contratos, acceso a la justicia, libertad de circulación, etc.).
Continuando con la aplicación de los distintos criterios interpretativos enumerados en el artículo 32 de la CVDT, el ACNUDH recurre también a medios de interpretación complementarios para concluir que el concepto de "capacidad jurídica" del artículo 15 CEDAW incluye a la "capacidad de obrar".
Dentro de los medios de interpretación complementarios incluimos de nuevo los trabajos preparatorios y las circunstancias de celebración de la Convención. Pues bien, el ACNUDH se remonta a lo ocurrido durante las negociaciones de la CEDAW y recuerda que durante el periodo de negociación varias delegaciones apoyaron la inclusión en el proyecto de aquélla de los principios relacionados en su artículo 6-1[85] que obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas precisas, en especial medidas legislativas, para garantizar a todas las mujeres, con independencia de su estado civil, la igualdad de derechos con los hombres en el ámbito del derecho civil y, en particular, menciona aquellos actos que implican la celebración de contratos y administración de bienes y proclama los mismos derechos que los hombres respecto a la ley sobre el movimiento de personas.
Particularmente llamativo resulta el apartado b del artículo 6-1 CEDAW que proclama la adopción de ese tipo de medidas respecto a: *b) El derecho a la igualdad en la capacidad jurídica y el ejercicio de la misma*[86].
Por todo lo anterior, el ACNUDH define la capacidad jurídica como la capacidad y el poder para ejercer derechos y contraer obligaciones por medio de la propia conducta, sin asistencia de terceros.
En consecuencia, la conclusión del ACNUDH fue que la historia del artículo 15-2 CEDAW, confirma que el término "capacidad jurídica" engloba el de "capacidad de obrar" lo que, según este autor, evidencia la importancia de la interpretación, ya que si este Tratado temático sobre derechos humanos que se refiere específicamente a la mujer integra la capacidad de obrar dentro de la capacidad jurídica no parece haber razones para entender que otro Tratado

[85] Resolución 2263 (XXII) de la Asamblea General, de 7 de noviembre de 1967.
[86] La inclusión en el proyecto de una disposición específica que garantizase el derecho de las mujeres a administrar sus propios bienes y a adoptar decisiones relativas a su esfera personal fue claramente intencionada, partiendo de una iniciativa de Suecia apoyada por Bélgica, que propuso combinar su texto para el párrafo segundo con el propuesto por Suecia y que finalmente se redactó con una modificación sugerida por el Reino Unido con el fin de incluir la mención precisamente de "las mismas oportunidades para ejercer esa capacidad". Esta propuesta no fue desconocida por ninguno de los Estados Partes sino todo lo contrario, al haber sido aprobada por unanimidad.

temático, como el que ahora comentamos, esto es, el dirigido a la protección de los derechos de las personas con discapacidad, le asigne otro significado diferente o más restringido que el utilizado en la CEDAW[87].

Con el estudio comparativo de los artículos 16 PIDCP y 15 CEDAW termina la primera parte del Informe sobre capacidad jurídica elaborado por el ACNUDH[88].

La segunda parte de ese Informe hace un análisis de Derecho comparado sobre el uso de los términos "personalidad jurídica", "capacidad jurídica" y "capacidad de obrar" en el Derecho francés, español y el *Common Law*. Con el ánimo de entender el alcance del concepto "capacidad jurídica" del artículo 9 del proyecto de CDPD el ACNUDH utilizó como nuevo elemento interpretativo el análisis del Derecho comparado mencionado que puede resultar una herramienta interpretativa para confirmar el significado del término utilizado en un instrumento internacional, siempre que el resultado se corresponda con su objeto y fin.

El análisis comparado comienza con el estudio del Derecho francés que define la personalidad jurídica (*personnalité juridique)* como la aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones[89]. Es un estado que se adquiere en el momento del nacimiento y termina con la muerte de la persona y constituye una condición previa para la adquisición de la "capacidad jurídica" que en el Derecho francés se define como "la aptitud de devenir sujeto de derechos y obligaciones y de ejercer o cumplir por sí mismo sus derechos y obligaciones". La capacidad de goce, o de devenir sujeto de derechos y obligaciones, pertenece a todos los individuos y no puede ser excluida o restringida. Por su parte, la capacidad de obrar o de actuar sí presupone otra serie de elementos adicionales, como la edad, y puede ser excluida o limitada.

En el sistema jurídico español el concepto de "capacidad jurídica" está igualmente relacionado de forma estrecha con el concepto de "personalidad jurídica"[90], ya que toda persona[91], por el hecho de serlo, posee capacidad jurídica. En el Derecho español, la capacidad jurídica fue definida por el ilustre jurista DE CASTRO Y BRAVO[92] como la "cualidad de la persona de ser titular (centro unificador e independiente) de las distintas relaciones jurídicas que le afectan"[93]. Pero, por otro lado, el sistema español contempla la "capacidad de obrar" que es la aptitud de ejercitar o cumplir por uno mismo tales derechos u obligaciones y presupone que la persona posee algunos

[87] BENAVIDES LÓPEZ, 2013:120.

[88] *Vid.* nota[69] *ut supra.*

[89] WEILL, TERRÉ, 1993:225.

[90] El concepto de "personalidad jurídica" fue definido por DE CASTRO Y BRAVO, 1952:31, como "la cualidad jurídica de ser titular y perteneciente a la comunidad jurídica que corresponde al hombre (como tal) y que se reconoce o concede (traslativamente) a ciertas organizaciones humanas".

[91] En los Códigos civiles que dimanan del proceso codificador decimonónico se asume un concepto prejurídico de persona procedente del Derecho Natural. Se evita la definición de persona, no se da un concepto técnico del mismo y le otorgan una importancia mínima. Así ocurre, por ejemplo, en el *Code* civil francés, en el italiano o en el español. En su lugar, sin embargo, se consagran los conceptos técnicos de capacidad jurídica y personalidad. Así lo pone de relieve también GARCÍA RUBIO. 2013:86.

[92] DE CASTRO Y BRAVO, 1952:45.

[93] En palabras de DÍEZ PICAZO, 1967:83, "la capacidad jurídica es un atributo o una cualidad esencial e inmediata de la persona, (…) una consecuencia inmediata e ineludible de la personalidad. Por ello, toda persona, por el hecho de serlo posee capacidad jurídica". También DEL ARCO TORRES y PONS GONZÁLEZ, 1984:196, la definen como la "aptitud e idoneidad de un sujeto para ser titular de derechos y obligaciones y, en general, de relaciones jurídicas", es inherente a la persona y representa un corolario de su autonomía y dignidad.

requisitos adicionales como la mayoría de edad, sin los cuales sus actos jurídicos no pueden considerarse válidos para la ley. La capacidad jurídica en el Derecho español no puede ser objeto de limitación alguna; sin embargo, la capacidad de obrar sí[94].

El informe recoge así el concepto defendido por la mayor parte de la doctrina jurídica tradicional. Esta doctrina ha relacionado directamente este último concepto con la aptitud natural de la persona para conocer, entender o querer[95]. Discrepaba de esta definición DE CASTRO Y BRAVO[96], para quien la

[94] Sin embargo, como afirma GARCÍA RUBIO, 2013:95-97, a pesar de que la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar ha sido fundamental para el Derecho Civil, en la actualidad la consideración de los sujetos tradicionalmente tildados como carentes de capacidad de obrar –menores e incapaces- ha cambiado radicalmente. La autora cita la STC 174/2002, de 9 de octubre, que calificativa como significativa de dicho cambio. Su Fundamento Jurídico 5 declara 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 los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Sobre esa misma idea insisten también las STC 7/2011, de 14 de febrero, o la STS de 30 de junio de 2004; planteamiento derivado también de la doctrina del TEDH. Por ello, esta autora afirma que, además de la progresiva rebaja de mayoría de edad, cabe decir que la consideración del menor de edad como un incapaz de obrar ha de entenderse hoy superada. En consecuencia, el Tribunal Supremo haciendo una interpretación conforme con la realidad social se ha mostrado a favor de la validez de los contratos realizados por menores de edad relativos, por ejemplo, a bienes o servicios propios de su edad, de acuerdo con los usos sociales. El Código Civil les reconoce, además capacidad para realizar actos relativos a derechos de la personalidad u otros que, de acuerdo con sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo. En relación con el reconocimiento del ejercicio de derechos de las personas "incapacitadas", la autora cita también el artículo 4 de la Ley 30/79, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de órganos redactado por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, que da margen al consentimiento prestado por las personas con discapacidad, pero no a los menores. El artículo 1263 CC fue modificado por el artículo 2-29 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, para permitir precisamente la contratación a los menores no emancipados en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representates, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales, en la línea que apuntaba ya el Tribunal Supremo, y también la de aquellos que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los téminos señalados por la resolución judicial.

[95] DE CASTRO Y BRAVO, 1952:48, sugiere que esta idea pudiera haber sido difundida por la escuela protestante de Derecho natural. Citando a GROCIO, recuerda que este autor indica que por naturaleza la enajenación y los actos semejantes incluyen el ser *actum iutentis ratione voluntatis*. También considera que posteriormente, SAVIGNY pudo contribuir al mantenimiento en esta dirección, al identificar "capacidad de obrar y desenvolvimiento libre de la inteligencia". En el mismo sentido GARCÍA RUBIO, 2013:94.

[96] Para DE CASTRO Y BRAVO, 1952:48-4, esta doctrina científica erraba de forma mayúscula al aceptar dicho axioma, entendiendo que la trascendencia de este error ha llevado, por una parte a un concepto falso de la capacidad de obrar y ha oscurecido el de capacidad jurídica. Además, por otra parte, ha provocado que se desconozca el valor de las distintas incapacidades jurídicas y que se desvirtúe el mismo sentido de las leyes. Para el jurista, el prejuicio doctrinal que relaciona la capacidad de obrar con la idoneidad psicológica natural, haría que se interpretase el precepto relativo a la mayoría de edad como reflejo de un criterio extralegal: el de que la ley ve en ella el comienzo de la requerida aptitud psicológica y, por ende, de la capacidad. Esto llevaría a otro error de concepto, el de entender que el menor de edad o el incapacitado carecen totalmente de capacidad de obrar, lo cual nuevamente es un error teórico pues la práctica evidenciaba que las leyes consideraban eficaces determinados actos realizados por menores, por ejemplo, lo que significaba un reconocimiento de su capacidad de obrar, al menos para esos actos. Más evidente lo encontraba en el caso de las mujeres –a las que les fue negada su capacidad de obrar hasta no hace tanto- o en el de los incapacitados, en las que la falta de aptitud natural no puede presumirse, aunque la limitación de la capacidad de obrar del interdicto podría ser, en algunos casos, relativamente mayor que la del menor de edad. Considera inadmisible, sin embargo, que la capacidad de obrar y su extensión dependan de la aptitud psicológica, afirmación que recuerda bastante a la afirmación del Comité en el sentido de negar la identificación de capacidad jurídica con la capacidad mental de la persona. *Vid.* también ROVIRA SUEIRO, 2005, 16-17.

capacidad de obrar estaría relacionada con el estado civil de la persona[97] y no con aquella aptitud. Por ello proponía, otra definición del concepto que sería "la cualidad jurídica de la persona que determina –conforme a su estado- la eficacia jurídica de sus actos"[98].

En el sistema del *common law* la "personalidad jurídica" se refiere a la capacidad general de un sujeto particular de ser objeto de obligaciones. La *legal capacity* define, según recoge el informe de la ACNUDH, las relaciones jurídicas relevantes más específicamente y, generalmente es considerada como la capacidad de una persona, natural o jurídica, para asumir actos legales particulares, incluida la reivindicación de los derechos o el compromiso con las obligaciones. El alcance de la capacidad jurídica depende tanto de la naturaleza de la persona, natural o jurídica, involucrada como del contexto en cuestión.

En el caso de las personas físicas, las normas de derechos humanos extienden ciertos derechos y recursos a todas las personas. Pero en otros ámbitos de la ley, las normas confieren facultades diferentes a ciertos grupos de personas y en diferentes grados; por ejemplo, el derecho al voto, a la afiliación al ejército, a beber alcohol, a contraer matrimonio, etc., se establecen en función de la edad.

En el ámbito del Derecho penal, una combinación de normas legales y/o de Derecho común define comúnmente la medida en que los menores, las personas con enfermedad mental u otros tienen la capacidad de ser parte en los procedimientos penales y ser jurídicamente responsables. Los derechos pueden otorgarse de manera diversa a los pacientes de salud mental sobre la base de la capacidad del individuo para comprender y responder a situaciones particulares[99].

Tras el exhaustivo análisis del Derecho internacional y el Derecho comparado, el informe del ACNUDH concluyó que los términos "reconocimiento como persona ante la ley" y "capacidad jurídica" que se utilizan en diferentes sistemas jurídicos son dos conceptos diferentes. El primero de ellos otorga al individuo la capacidad de ser reconocido como persona en el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, es un requisito previo necesario para todos los demás derechos. El segundo, es un concepto más amplio que, lógicamente, presupone la capacidad de ser un potencial titular de derechos y obligaciones (elemento estático) pero también implica la capacidad de ejercer tales derechos y asumir aquellas obligaciones a través de la propia conducta, esto es, sin la representación de ningún tercero (elemento dinámico).

Así, la "capacidad jurídica" engloba la "capacidad de obrar", o la capacidad para poder participar en una empresa o transacción particular con otra persona y, más en general, para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. La

[97] Por eso, la de una persona mayor de edad no sería equiparable a la de un menor; y lo mismo, respecto a la mujer casada, el extranjero o el incapacitado. En todos los casos, la capacidad de obrar derivaría de su estado civil. La ley no obliga a medir las condiciones psíquicas de cada persona para averiguar su capacidad de obrar, sino que pone esa capacidad en relación y dependencia de cada estado civil. *Ibidem*: 49.

[98] *Ibidem:*49-50.

[99] La "capacidad jurídica" en otras situaciones ha sido más fuertemente definida por el *common law*. Por ejemplo, en Inglaterra, la Cámara de los Lores sostuvo que la capacidad de un niño para consentir un tratamiento por médico debía ser analizada caso por caso, en función de la capacidad del menor para comprender el tratamiento y sus implicaciones y así proporcionar un consentimiento informado. BENAVIDES LÓPEZ, 2013:119, Nota[332].

"capacidad de ser una persona ante la ley" pertenece a todos los seres humanos desde su nacimiento y se extingue únicamente con la muerte. Al tratarse de una condición previa necesaria para el disfrute y ejercicio de los demás derechos individuales, no puede estar sujeta a ninguna limitación por parte del Estado.

Sin embargo, el ejercicio de la "capacidad jurídica" depende de la posesión de requisitos adicionales como la edad o la capacidad de comprender el significado de las acciones y sus consecuencias. Por ello, normalmente se adquiere con la mayoría de edad pero puede igualmente requerir otros requisitos adicionales que varían en función del acto a realizar (contraer matrimonio, poseer y administrar propiedades, contratar, litigar, etc.). Esta "capacidad de obrar" se presume en personas adultas pero puede limitarse o restringirse cuando las personas son incapaces de actuar independientemente para proteger sus propios intereses. En estos casos, la persona continúa siendo la titular de derechos sustantivos pero no puede ejercerlos sin la asistencia de un tercero nombrado de acuerdo con las garantías procesales establecidas por la ley[100].

Por todo lo expuesto detalladamente en el informe puede concluirse que dentro del término "capacidad jurídica" se engloban, en el Derecho internacional (PIDCP y CEDAW) y en parte del Derecho comparado (Ej.: España, Francia, *common law*) tanto la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones (elemento estático) como la capacidad de obrar (elemento dinámico) pudiendo, esta última, según la legislación entonces y aún vigente, ser objeto de restricción.

A la vista de todo ello, compartimos con BENAVIDES[101], que el texto final del vigente artículo 12 CNDPD –artículo 9 del Proyecto- incluye tanto la titularidad como la posibilidad de ejercicio de los derechos o, lo que es lo mismo, dentro del concepto de *capacidad jurídica* se incluye la *capacidad de obrar*[102].

Cosa distinta será si, según él mismo se cuestiona, cabría tal restricción de la capacidad desde el paradigma de la asistencia y apoyo en la toma de decisiones.

1.6. FASE FINAL DE LA NEGOCIACIÓN. LA "CAPACIDAD JURÍDICA" EN EL ARTÍCULO 12 CDPD

El séptimo período de sesiones tuvo lugar del 16 de enero al 3 de febrero de 2006 celebrándose durante el mismo treinta sesiones. Entre la documentación manejada durante el mismo se encontraba una carta fechada el 7 de octubre de

[100] NACIONES UNIDAS, 2005, *Capacidad jurídica: documento de antecedentes preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos* (A/AC.265/2005/CRP.5), Background conference document prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights *Background conference document prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights* En: un.org. Disponible en:https://lib.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/SPdocs/CRPD/DGD21102009/OHCHR_BP_Legal_Capacity.doc&action=default&DefaultItemOpen=1

[101] *Op. cit.* Nota[87]

[102] SÁNCHEZ-VENTURA MORER, 2015:595 concluye, sin embargo, que la Convención no ha querido eliminar la clásica distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

2005 dirigida por el Presidente del Comité Especial a todos sus miembros[103] en la que figuraba como Anexo I un texto elaborado por aquél para pulir el proyecto de Convención en el que se reflejaba la labor realizada hasta la fecha por el Comité que incluía sugerencias para superar los diferentes puntos de vista existentes hasta entonces.

En su carta, el Presidente explicaba que este texto había sido realizado teniendo en cuenta las notas detalladas que había extraído de los diferentes debates mantenidos hasta la fecha y que habían sido previamente contrastadas con el texto del Grupo de Trabajo, los distintos textos elaborados e incorporados como anexos en los informes previos del Comité Especial y en la propia labor de los facilitadores.

Con todo ello, la intención del Presidente era la de obtener un texto que acercase a todos los intervinientes al acuerdo general y que sirviese de base para la siguiente etapa de trabajo en las negociaciones que se iniciarían en enero precisamente con la apertura del séptimo periodo de sesiones[104].

El Presidente instaba a todos los miembros a avanzar en la negociación y rogaba, para ello, que se abstuviesen de acudir a las siguientes reuniones con propuestas nuevas o a renegociar lo ya aceptado. Les pedía expresamente que sus nuevos planteamientos se ciñesen a manifestar exclusivamente aquello que sí estuviesen de acuerdo en aceptar, pero no aquello que preferirían pues, entendía, solo de esa manera se podría avanzar con rapidez. Advertía a todos que, a fin de evitar verse envueltos en un proceso interminable, en la siguiente reunión preguntaría a los miembros por aquello que, bajo ningún concepto, estarían dispuestos a asumir. Finalmente, adjuntaba el texto propuesto en el cual figuraba una nueva estructura que implicaba el cambio de ubicación del precepto referido a la capacidad jurídica, que pasaba del artículo 9 al 12, numeración con la que llegaba a su texto definitivo.

Sobre el nuevo artículo 12, realizó diferentes observaciones. Destacaba como principal problema del precepto el de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad aludido en los anteriores debates e informes planteados en las sesiones previas. Respecto a esta cuestión alentaba a las delegaciones para que siguieran examinándolo, dejando un espacio entre corchetes en el texto propuesto para reflejarlo. Requería asimismo a las delegaciones para que

[103] NACIONES UNIDAS. 2006. Séptimo período de sesiones. A/AC.265/2006/1Carta de fecha 7 de octubre de 2005 del Presidente del Comité Especial dirigida a todos los miembros del Comité. En: un.org Disponible en: https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp

[104] Respecto al texto presentado por el Presidente del Comité Especial, los miembros de la Subcomisión de Expertos sobre la Convención de la ONU del Real Patronado de la Discapacidad compuesta por Miguel Ángel Cabra de Luna, Encarnación Blanco Egido, Antonio García Roger, Agustina Palacios, Francisco Bariffi, a los que luego se unieron José Javier Soto Ruíz y Ana Peláez Narváez, consideraron que se trataba de una versión más compacta y clara que el primer borrador de trabajo; en términos generales se estaba de acuerdo en la recolocación de algunos artículos hecha por el Sr. Mc Kay en la estructura final del texto; y consideraban que, aunque quedaban cuestiones pendientes de resolver, reflejaban avances sobre el anterior texto y contemplaba las diferentes aportaciones de gobiernos y de la sociedad civil. En la reunión mantenida de cara a la séptima reunión de trabajo del comité Especial de las Naciones Unidas sobre la Convención, el Subcomité de Expertos destacó las comunicaciones mantenidas por los Miembros de la UE con los representantes de la sociedad civil europea, agrupados en gran medida por el Foro Europeo de la Discapacidad (*European Disability Forum,* EDF), que culminaron en una reunión celebrada los días 28 y 29 de noviembre de 2005 en Bruselas. Por eso, el Subcomité prestó una especial atención a dichos documentos acordados por el EDF en relación con el borrador del Presidente del Comité Especial, ya que reflejaban en gran medida posturas consensuadas con los gobiernos de Europa. Entre las cuestiones más importantes, los miembros de la Subcomisión destacaron las relativas a los internamientos forzosos. CABRA DE LUNA, BARIFFI, & PALACIOS, 2007:29.

asistiesen a las siguientes sesiones dispuestas a superar este asunto y, aunque advertía de que era necesario tener en cuenta los diferentes sistemas jurídicos, les pedía que fueran lo más flexibles posible solicitando que tuvieran en cuenta que tradicionalmente la asignación de un tutor o la adopción de decisiones por sustitución había dado lugar a numerosas injusticias.

En su discurso, el Presidente persuadía a los miembros del Comité Especial para que se inclinasen por limitar el término "capacidad jurídica" en los mismos términos que el párrafo 2 del artículo 15 de la CEDAW, en el cual quedaban incluida tanto la capacidad jurídica de la persona como su ejercicio que podría requerir la prestación de asistencia en algunas circunstancias. Ello supondría suprimir el texto que figuraba entre corchetes en la introducción al párrafo 2 propuesto[105].

Por último, recordaba la falta de acuerdo preexistente en torno a la inclusión del apartado b) del párrafo 2 ya que algunos miembros consideraban que no era necesario pues, a la vista de lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 2 sobre el concepto de "apoyo a la adopción de decisiones", el apartado b) parecería redundante. Por ello, solicitaba a los integrantes que considerasen la posibilidad de suprimirlo y lo incluía entre corchetes para destacar esta circunstancia.

El nuevo artículo 12 según la redacción presentada por el Presidente quedaba así:

> *Artículo 12*
> *Igual reconocimiento como persona ante la ley*
> *1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho a ser reconocidas en todas partes como personas ante la ley*[106].
> *2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen [capacidad jurídica] en pie de igualdad con los demás en todos los ámbitos y se asegurarán de que, en la medida de lo posible, cuando sea necesario prestar apoyo para el ejercicio de [esa capacidad] [la capacidad de actuar]:*
> *a) La asistencia prestada sea proporcional al grado de apoyo necesario y se adapte a las circunstancias de la persona, que no afecte a los derechos jurídicos de ésta, respete su voluntad y sus preferencias y se preste sin que haya conflicto de intereses ni influencia indebida. Cuando proceda, dicho apoyo se someterá a examen periódico e independiente;*
> *[b) Cuando los Estados Partes determinen un procedimiento a seguir, que se establecerá por ley para la designación de un representante personal como último recurso, dicha ley recoja las salvaguardias apropiadas, incluido el examen periódico de la designación del representante personal y de las decisiones adoptadas por éste a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente. La designación y la conducta del representante*

[105] En los mismos términos, *vid.* Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2010:203.

[106] En relación con el párrafo primero del artículo 12 el Subcomité de Expertos sobre la Convención de la ONU del Real Patronado de la Discapacidad señalaba en la reunión mantenida de cara a la séptima reunión de trabajo del Comité Especial, que era recomendable que la redacción entonces actual reflejase de un modo más preciso el presupuesto de partida, es decir, que "todas las personas son iguales ante la ley sin distinción por motivo de discapacidad". Además, apuntaba la necesidad de que el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad incluyera la "capacidad de obrar". Indicaba que cuando el ejercicio de la capacidad de obrar de modo autónomo y personal pudiera verse dificultado a causa de la discapacidad, los Estados deberían proveer un sistema de apoyo para el ejercicio de dicha capacidad jurídica, así como garantizar la protección contra el abuso en dicho apoyo, protección que no debía presuponer el modelo de tutela actual. La postura de España estaba clara al respecto. CABRA DE LUNA, BARIFFI, & PALACIOS, 2007:36.

personal se guiarán por principios que se ajusten a la presente Convención y al derecho internacional sobre derechos humanos.]

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean adecuadas y eficaces a fin de garantizar la igualdad de derechos de las personas con discapacidad para ser propietarios y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en condiciones de igualdad a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y se asegurarán de que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Durante este séptimo periodo de sesiones se produjo, asimismo, un cambio en la propia denominación de la Convención, adoptando el nuevo nombre de Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tal como se refleja en el Anexo II adjunto al informe relativo a este periodo[107].

Siguiendo lo previsto en la organización de los trabajos propuesta[108], las discusiones sobre el artículo 12 se iniciaron el día 18 de enero de 2006 comenzando su sesión matutina con las intervenciones principalmente de los Estados intervinientes. El debate puso de manifiesto una vez más la diferencia de criterios y propuestas, en muchos casos antagónicas, en torno principalmente al repetido concepto de "capacidad jurídica" y la conveniencia de que en este se englobase la "capacidad de obrar".

Otra cuestión objeto de polémica era la relativa a la admisión dentro del nuevo paradigma, del sistema de toma de decisiones por sustitución debido, principalmente, a la diferencia de regímenes jurídicos existentes en cada uno de los Estados participantes en la negociación. Asimismo, se planteó la cuestión de la responsabilidad de las personas con discapacidad de admitirse que todas ellas poseen igual capacidad jurídica que las demás personas. Este reconocimiento no solo afectaría a la igualdad en cuanto al ejercicio de derechos, sino también la igualdad en cuanto a asunción de obligaciones. El sistema de apoyos supondría que la persona estaría dotada de los necesarios para adoptar las decisiones acordes con su voluntad; luego asimismo estaría obligada a asumir la responsabilidad de los actos realizados de acuerdo a las decisiones tomadas.

Una de las propuestas que obtuvo mayor respaldo entre los demás Estados fue la planteada por Canadá que enfatizó la necesidad de centrar la cuestión en la idea de igualdad de derechos, dignidad y autonomía de las personas con discapacidad. Consideraba que el artículo 12 debía centrarse en garantizar el apoyo necesario para que las personas con discapacidad pudieran comunicar sus propias decisiones, pero mostraba su preocupación respecto a las garantías legales en relación con las decisiones relacionadas con el ejercicio de la capacidad jurídica, explicando que la intención de su propuesta era justamente

[107] NACIONES UNIDAS. 2006. Séptimo período de sesiones. A/AC.265/2006/2 Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Séptimo período de sesiones, Nueva York, 16 de enero a 3 de febrero de 2006. Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su séptimo período de sesiones. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/240/45/pdf/N0624045.pdf?OpenElement

[108] NACIONES UNIDAS. 2006. Séptimo período de sesiones. A/AC.265/2006/L.2. Séptima Sesión del comité Especial del 6 de enero al 6 de febrero de 2006. Organización de los trabajos de propuesta. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/631/26/pdf/N0563126.pdf?OpenElement

prevenir el abuso en estas situaciones concretas. Indicaba entonces por ello que su propuesta no era una prohibición de tomar decisiones por sustitución, sino un estímulo para la toma de decisiones apoyada. En definitiva, la propuesta de Canadá priorizaba la toma de decisiones de apoyo sobre la toma de decisiones por sustitución, pero no descartaba esta última en las situaciones extremas en las que pudiera ser necesaria[109]. Con respecto al término "capacidad para actuar", finalizaba, el artículo 15 (CEDAW), articula claramente este término como la oportunidad de ejercer capacidad jurídica.

En general, la mayoría de los Estados participantes, apoyaban el cambio hacia el nuevo paradigma basado en la asistencia y apoyo en la toma de decisiones pero, al mismo tiempo, defendían la idea de mantener un régimen basado en la sustitución en la toma de decisiones si bien con carácter residual, esto es, ceñido exclusivamente a situaciones absolutamente extremas.

Finalizadas las intervenciones de los Estados, el Presidente abrió la reunión formal para escuchar a la sociedad civil. El discurso mantenido por las organizaciones no gubernamentales distaba bastante del sostenido por los Estados Parte. Mientras este ponía el énfasis sobre la discapacidad y la incompetencia, aquél se mostró absolutamente revelador al enfatizar decididamente las capacidades y competencias de las personas con discapacidad e insistir sobre los reiterados abusos[110] sufridos por éstas a lo largo de la historia bajo el recurrente pretexto, paradójicamente, de su protección[111].

El Caucus[112] manifestó que se sentía alentado por el reconocimiento de la necesidad de un cambio de paradigma. Expuso también que era importante comprender que las personas con discapacidad no habían sido consideradas personas ante la ley y habían sido excluidas de actuar como tales.

Sin embargo, expresaba que la capacidad jurídica es, según su experiencia, solo una cáscara en ausencia de la capacidad para actuar, es decir, no sirve de

---

[109] La propuesta de Canadá fue respaldada, en algunos casos con matices, entre otros por Japón, Nueva Zelanda, Costa Rica o Liechtenstein, Estado que apoyó la propuesta canadiense porque se centraba en el principio de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica. No se enfocaba en las excepciones, sino en el principio derivado del artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). La "capacidad", exponía, tiene dos elementos: que las personas pueden ser portadoras de derechos y también portadoras de obligaciones y responsabilidades. Los Estados a menudo desean proteger a las personas con respecto a estas últimas. Esto se hace en el caso de los niños y en los casos relacionados con la protección del consumidor, por ejemplo. Dicha protección no significa que la capacidad jurídica plena de esa persona esté restringida, solo que requieren protección en ciertas circunstancias. Lo mismo ocurre en el derecho penal; la persona con discapacidad, según la delegación de Liechtenstein, debía ser tratada por igual con respecto a la intención o la capacidad de entender un acto, y responsabilizarse en consecuencia.

[110] El ámbito del reconocimiento a la personalidad jurídica y de respeto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, ha sido hasta el presente una fuente abundante de discriminación y de violación a los derechos. A través de procedimientos como la curatela y la interdicción, se han cometido, y se cometen, muchos abusos y despojos a personas con discapacidad, especialmente las a personas con discapacidad psicosocial o intelectual. Gran parte del despunte que se recoge en el citado artículo (se refiere al artículo 12 CDPD), se expresa en las salvaguardas, las cuales se colocaron en función de evitar los abusos contra las personas que, en razón de su discapacidad, requieren, efectivamente, de la intervención de un representante. ASTORGA GATJER, 2008:138-139.

[111] La denegación de los derechos a decidir y a tener el control de la vida propia, a menudo, se oculta en discursos de "protección" e intereses superiores. Puede suponerse que una persona con discapacidad intelectual no puede tomar decisiones ni expresarlas. Pero bajo el prejuicio contra las personas con discapacidad intelectual hay mucho más que una actitud paternalista: hay una falta de reconocimiento de su condición humana y de persona. *Independiente pero no solo. Informe Mundial sobre el Derecho a Decidir*. INCLUSION INTERNATIONAL, 2014:19.

[112] *Vid.* nota[38] *ut supra*.

nada. Recordaba que el artículo 15-2 CEDAW se incluyó precisamente por este motivo. Consideraba que la toma de decisiones sustituida se basa en la premisa de la incompetencia y, por tanto, no debía ser legitimada. Por el contrario, la toma de decisiones con apoyo se basa en la premisa de la competencia. Afirmaba, por lo tanto, que estos dos sistemas no pueden existir juntos y lograr con éxito el cambio de paradigma deseado; como veremos, este es el parecer que posteriormente ha defendido el Comité en su Observación General Primera[113].

El representante del Caucus insistía en la necesidad de esta Convención precisamente porque otros tratados de derechos humanos no habían abordado antes los derechos de las personas con discapacidad específicamente. Asimismo, hacía ver a los intervinientes que el número de personas con discapacidades psicosociales, intelectuales y severas que se habían dirigido a aquella reunión, demostrando ser capaces de razonar, expresar opiniones, expresar aspiraciones y tomar decisiones, eran precisamente las personas que la sociedad consideraba incompetentes y que necesitaban tutores. Por ello, insistía en que este colectivo debía ser escuchado y respetado[114].

Reiteraba que la Convención debía servir para desplazar las leyes nacionales discriminatorias y no, justamente al contrario, para crear disposiciones que se hicieran de conformidad con ellas; puesto que eso dañaría, no ayudaría, a las personas con discapacidad. Para el Caucus, abordar las preocupaciones de los Estados respecto a las garantías para las tutelas y preocuparse por su implementación no promovería el cambio de paradigma, sino que, al contrario, reforzaría los sistemas abusivos tradicionales.

A pesar de su discurso, el representante de esa organización reconocía, al escuchar las preocupaciones que se habían expresado, el gran paso adelante de la propuesta de Canadá, al avanzar en el sentido de no prohibir pero, sobre todo, ya no respaldar tampoco la toma de decisiones sustitutivas.

Llegado a este punto de la reunión, el Presidente destacaba dos diferencias claras de opiniones entre los Estados participantes. Una más cercana a la visión del Caucus, que promovía una toma de decisiones de apoyo y omitía la toma de decisiones por sustitución. El Presidente del Comité *ad hoc* expresaba entonces que el cambio de paradigma, en el sentido de incidir sobre la competencia en lugar de hacerlo sobre la incompetencia, ya estaba en el artículo 12, al comenzar con una presunción de capacidad jurídica, seguida de la provisión de apoyo en la toma de decisiones cuando fuere necesario y, solo

---

[113] *Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención.* NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general Nº 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement, p.7

[114] "Teníamos el compromiso de cuestionar los límites tradicionales de la competencia e incompetencia que integran la noción de capacidad jurídica, en especial la capacidad de actuar. Al mismo tiempo, reconocimos los auténticos desafíos que enfrentan las personas con mayores necesidades de apoyo, es decir, quienes no se comunican de formas tradicionales o que, en la percepción de otras personas, no se comunican para nada, quienes están muy aislados (es posible que vivan en instituciones), quienes no disponen de una red de apoyo y quienes son vulnerables al abuso y a la explotación. Nuestro objetivo era garantizar que el artículo 12 no ignorara ni excluyera a esas personas, además de abordar suposiciones obsoletas sobre la capacidad para tomar decisiones. *Independiente pero no solo. Informe Mundial sobre el Derecho a Decidir*. INCLUSION INTERNATIONAL, 2014:54.

como una cuestión de último recurso, proceder a la sustitución en la toma de decisiones. Precisamente porque habría casos que requerirían una toma de decisiones sustitutiva, o tutela, varios Estados consideraban que sería mejor proporcionar garantías en estos casos extremos en lugar de dejarlos abiertos, posición absolutamente contraria a la del Caucus que se oponía rotundamente a mencionar la tutela en el texto.

Sobre este último aspecto en concreto, el Presidente solicitó al Caucus que le aclarase si aceptaría el hecho de que habría circunstancias en las que sería necesario tomar decisiones por sustitución, a lo que la organización mostró, en primer lugar, su esperanza de que la tutela se eliminase gradualmente. En segundo lugar, explicaba que la diferencia principal entre la toma de decisiones con apoyo y la sustitutiva es que, en una situación con apoyo, la persona con discapacidad está en el centro del discurso. La premisa de la toma de decisiones con soporte es que éste varía de cero a cien y es un concepto dinámico; a medida que aumenta la capacidad, según su visión, el apoyo disminuye, algo que para el Caucus no está permitido en la tutela. En referencia a la afirmación del Caucus de que la necesidad de apoyo varía de cero a cien, el Presidente le planteó la cuestión sobre si el 100% de apoyo no sería lo mismo que la toma de decisiones por sustitución, a lo que el Caucus respondió que el resultado sería el mismo si la persona no participa en la toma de decisiones, pero el objetivo de aquella organización no era el de legitimar la tutela sino el de ir convirtiendo la necesidad de un 100% de apoyo en un 99%, posteriormente en un 98% y así sucesivamente algo que, según su criterio, sería absolutamente inviable en una situación de tutela[115].

En todo caso, la diferencia de matiz resultaba de lo más interesante pues, con independencia del resultado final, lo importante era el camino seguido hasta llegar a él. Para la organización no gubernamental el punto crucial era que la persona, con independencia de sus necesidades, siempre se encontrase en el centro y participase en todo momento hasta el límite de sus posibilidades en la toma de decisiones que le afectasen, mientras que para los defensores de la tutela el punto de partida es la propia incapacidad de la persona para expresar o manifestar cualquier tipo de decisión y, por ello, debieran ser otros quienes decidiesen por ellos. El Caucus abogaba por un sistema dinámico que potenciase las capacidades de la persona a fin de conseguir que la necesidad de apoyo cada vez fuese menor y los partidarios de la tutela defendían un sistema más bien estático basado en la protección de la persona sobre la base de su incapacidad[116].

Durante la sesión de tarde, intervinieron otros representantes de la sociedad civil[117], que en algún caso apoyaron la posición expresada por el Caucus, reiterando que los sistemas de tutela, incluidos aquellos con un buen sistema

[115] El Presidente declaró que no estaba seguro de que esto no se pudiera hacer con la tutela.

[116] Hablando en su propio nombre, *Inclusion International* y el Caucus, el representante declaró que, como persona con discapacidad intelectual, se le había negado el reconocimiento como persona ante la ley. Había sufrido abusos sin ninguna reparación. Manifestó que representaba a muchas personas a las que no se les había permitido tomar sus propias decisiones. Por ello, consideraba que el tiempo para el nombramiento de representantes personales, incluso como último recurso, había terminado. El cambio debía ser hacia la toma de decisiones de apoyo. Alegaba que en el pasado, la tutela a menudo no había protegido a la persona con discapacidad sino que había desembocado como resultado en su institucionalización. Por tal motivo, a ninguna persona debía serle retirada su capacidad jurídica y ningún Estado debía tener el derecho de tomarla. *Vid.* nota[114] *ut supra.*

[117] Como la Unión Mundial de Ciegos, *Save the Children* o *Mental Disability Rights International.*

de protección, habían llevado al abuso y aislamiento en las instituciones de personas con discapacidad[118].

Otros representantes de la sociedad civil sugirieron también abordar el tema relativo a la responsabilidad proponiendo agregar un texto que garantizase que los Estados Parte se asegurarían de que en sus leyes relacionadas con la responsabilidad civil y penal, la discapacidad no constituyera, como tal, la base de la no atribución de responsabilidad[119]. Se trataba, de nuevo, de eliminar la discapacidad como sesgo de discriminación, aunque en este caso no fuera para atribuir derechos, sino para asumir responsabilidades en igualdad de condiciones que los demás[120].

Una postura algo alejada de las anteriores fue la defendida por *People with Disability Australia* que sí apoyó el párrafo 2-b) del artículo 12 del texto del Presidente. Para esta organización, los derechos de las personas con discapacidad no se pueden realizar sin un mecanismo legal que establezca la toma de decisiones sustitutas como último recurso. La organización consideraba que sin la tutela, los Estados no podrían garantizar, por ejemplo, la igualdad de acceso a los servicios médicos para las personas que no pueden dar su consentimiento al tratamiento, ni podrían proteger a las personas contra el abuso, el abandono y la explotación. Por ello, entendía que la Convención debía exigir la reforma y modernización de los sistemas de tutela, limitando la toma de decisiones sustitutas solo a lo absolutamente necesario y solo durante el tiempo necesario, y proporcionando estrictas garantías contra el abuso.

Las conclusiones del Presidente en torno al debate sobre el artículo 12 fueron, por un lado, que hubo un buen apoyo al texto del trabajo y, por otro, que se había avanzado mucho en el tema relativo a la capacidad jurídica, entendiendo que la CEDAW podía ser una valiosa herramienta en cuanto al lenguaje utilizado en la CDPD.

Recordaba que las diferencias en torno al precepto se mantenían respecto al apartado a) del párrafo 2 del artículo 12 y, especialmente, respecto al apartado

---

[118] En concreto la citada *Mental Disability Rights International Mental.* Se basaba para ello en una extensa investigación de campo sobre el tema y propuso que se hiciera referencia a la Declaración de Montreal sobre Discapacidades Intelectuales adoptada por la Organización Panamericana de la Salud. Aclaraba esta organización que este documento reconoce los peligros de la tutela y hace un llamado a los gobiernos para promover el cambio de paradigma que el Caucus propugnaba. Asimismo, reconoce que la tutela todavía existe en algunos sistemas y contiene medidas para la protección procesal que van mucho más allá de lo contenido en el artículo12-2-b) propuesto. *Mental Disability Rights International* consideraba que las preocupaciones expresadas acerca de no incluir una referencia explícita a la tutela o a las protecciones de procedimiento podrían mitigarse haciendo referencia a este importante documento. Para esta organización, adoptar el artículo 12-2-b) en la redacción de la Presidencia sería un paso atrás en el Derecho internacional, ya que sus protecciones son menores que las que se describen en la Declaración de Montreal.

[119] En este sentido, el artículo 2-m) de la Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con Discapacidad, Ley n.° 9379, publicada en el Alcance 153 a La Gaceta n.° 166 de 30 de agosto de 2016 de Costa Rica, ha recogido expresamente la asunción de responsabilidad de las personas con discapacidad al definir el concepto de "vida independiente" como *el principio filosófico de vida que propicia que las personas con discapacidad asuman el control de su propio proyecto de vida y tomen decisiones. Promueve el ejercicio legítimo y necesario de la autonomía y la determinación como derechos fundamentales; lo anterior implica asumir las responsabilidades que sus decisiones conlleven y el derecho a ser parte activa dentro de la comunidad que la persona elija, sin importar el grado de discapacidad que presente y si para lograr esta autonomía requiere el uso de productos y servicios de apoyo, de la asistencia personal o del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad*.

[120] *Vid.* más adelante nuestros comentarios acerca del mantenimiento de las medidas de seguridad; págs. 117 y ss.

b) de ese mismo párrafo. Indudablemente, la propuesta de Canadá había sido la más aplaudida, pero el Presidente consideraba que había que continuar realizando consultas entre los dos puntos de vista para equilibrar la promoción de un enfoque basado en el apoyo, manteniendo la sustitución como un mecanismo de último recurso con salvaguardas. Insistía, por tanto, en la necesidad de trabajar arduamente sobre el precepto ya que reconocía que el artículo era demasiado importante para todas las partes. Por ello, insistía en que el trabajo debía hacerse de manera informal e inmediata.

Al inicio de la sesión del día 3 de febrero de 2006 el Presidente señaló, antes de continuar el debate del día anterior, que en algún momento durante el día, reabriría el relativo al artículo 12[121], no incluido en el orden del día. Llegado el momento, el Presidente declaró que se habían celebrado consultas informales para discutir algunas cuestiones importantes relacionadas con el artículo sobre la igualdad de reconocimiento ante la ley. Aunque, según él, estaba claro que este problema no se resolvería en esa reunión, el Comité Especial debería evaluar si las consultas habían producido un texto que sirviera como una mejor base de discusión en la reunión de agosto. En definitiva, se trataba simplemente de conocer y fijar el texto que finalmente serviría de base para la discusión que, sobre el artículo 12, se retomaría en el mes de agosto.

Como hemos visto, Canadá fue el Estado que había facilitado el trabajo informal sobre el artículo 12, presentando un nuevo texto que, manifestó, era el resultado de un esfuerzo colectivo entre varios Estados y ONGs. Este nuevo texto no representaba un consenso completo pero sí reflejaba el mejor intento del grupo para reducir los elementos contenciosos.

De acuerdo con las opiniones de varias delegaciones, el párrafo 3 hacía especial hincapié en la toma de decisiones con apoyo y reflejaba la naturaleza crucial de la autonomía individual de las personas con discapacidad que requirieren de ese apoyo.

El párrafo 4 establecía los principios de las salvaguardas para mantener la autonomía al mismo tiempo que abordaba el riesgo de abuso que podría surgir en el contexto de la toma de decisiones sustituta.

La mayoría de los Estados intervinientes mostraron su apoyo al texto de Canadá si bien algunos como Brasil, declararon que, aunque la nueva formulación para el artículo 12 era un paso en la dirección correcta, no reflejaba adecuadamente la posición de este Estado de promover un cambio de paradigma hacia el ejercicio de la capacidad jurídica para permitir que todas las personas con discapacidad tomasen sus propias decisiones. Para eliminar la ambigüedad en este asunto, apoyó las enmiendas del Caucus que aclaraban y fortalecían el enfoque en la provisión de apoyo.

El texto de Canadá fue también apoyado por Argentina; Nueva Zelanda; la Federación Rusa que, a pesar de mostrar preocupaciones similares a las de Serbia y Montenegro a las que luego nos referiremos, mostró su preferencia por el texto de Canadá; Australia, que igualmente compartía las mismas preocupaciones de Serbia y Montenegro respecto a la cobertura de los regímenes de representación y las salvaguardas correspondientes; Jamaica

[121] NACIONES UNIDAS. 2006. Séptimo período de sesiones. Daily summary of discussion at the seventh session 17 January 2006. En: un.org Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum17jan.htm

aunque consideró que el texto canadiense podría mejorarse pues, según este Estado, la disposición debía reconocer a las personas con discapacidad como personas ante la ley, garantizar que disfrutan de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás y prever el hecho de que en algunos casos se requerirá apoyo. Este soporte podría variar desde muy poco a un soporte sustancial y serían necesarias las correspondientes salvaguardas. Jamaica destacaba la importancia de que estas salvaguardas estuvieran vinculadas al apoyo que se brinda y no a la capacidad legal de la persona. Por lo tanto, favoreció la propuesta de enmienda del Caucus para el párrafo 4 de la propuesta canadiense. Con esta enmienda incorporada, Jamaica apoyó la adopción de la propuesta de Canadá como base para futuros debates. También apoyaron el texto canadiense con más o menos reticencias México, Estados Unidos, Kenia, Austria en nombre de la Unión Europea, Costa Rica o Singapur.

A Serbia y Montenegro le preocupaba que, aunque en el nuevo texto no había ninguna prohibición sobre la adopción de decisiones sustitutivas, tampoco se reconocía la existencia de casos extremos en los que la adopción de decisiones sustitutivas es necesaria y, por lo tanto, consideraban que debía mencionarse en el texto. Por ello, apoyaban la vuelta al texto original de la Presidencia. Aunque se mostraban muy conformes con el cambio de paradigma hacia la toma de decisiones con apoyo, igualmente apoyaban la posibilidad de sustituir en casos extremos la toma de decisiones en vez de ignorarla por completo.

Kenia, en nombre del Grupo de África, aclaró que prefería el texto del Presidente al texto de Canadá.

Más reticente a la incorporación del nuevo paradigma se mostraron Estados como la República Árabe Siria o Yemen que propugnaban por el mantenimiento de los regímenes sustitutivos en la toma de decisiones para determinadas personas con ciertas discapacidades.

Japón, sin embargo, apoyó el párrafo 4 tal como estaba escrito, porque este tipo de representación no existe en Japón y socava el cambio de paradigma. En todo caso, consideraba que la representación sustitutiva ya estaba implícita en el texto.

En la sesión vespertina tomó la palabra el representante del Caucus que también apoyó la propuesta canadiense para el artículo 12, según lo refinado por Jamaica y Brasil, y señaló que aunque tenía algunas preocupaciones con partes del lenguaje de la propuesta, creía que podían abordarse en el marco del modelo de toma de decisiones respaldado reflejado en la propuesta de Canadá.

Al finalizar la sesión, el Presidente señaló que tanto el texto propuesto por Canadá como el texto de la Presidencia habían recibido altos niveles de apoyo y, por lo tanto, el texto revisado incluiría ambas versiones como enfoques alternativos o componentes potenciales para un texto combinado. Esto preservaría los problemas para la reunión de agosto y facilitaría un mayor debate en ese momento. Dado el importante debate y discrepancias sobre las cuestiones significativas de la capacidad legal y el apoyo a la toma de decisiones, el Presidente consideró que no era apropiado seleccionar un texto sobre el otro en este momento.

Con la sesión celebrada el 3 de febrero de 2006 se cerraba el séptimo periodo de sesiones del Comité Especial aprobándose el proyecto de informe sobre dicho período cuyo Anexo II incluía el nuevo texto de trabajo bajo un nuevo

título propuesto en las enmiendas presentadas por el Caucus que, a partir de entonces, se denominaría "Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: texto de trabajo"; el artículo 12 se presentaba bajo la siguiente redacción:

> *Artículo 12*
> *Igual reconocimiento como persona ante la ley*
> *1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho a ser reconocidas en todas partes como personas ante la ley.*
> *[2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen [capacidad jurídica][1] en pie de igualdad con los demás en todos los ámbitos y asegurarán que cuando sea necesario prestar apoyo para el ejercicio de esa capacidad:*
> *a) La asistencia prestada sea proporcional al grado de apoyo necesario y esté adaptada a las circunstancias de la persona, que no afecte a los derechos jurídicos de ésta, que respete su voluntad y sus preferencias y se preste sin que haya conflicto de intereses ni influencia indebida. Dicho apoyo se someterá a examen periódico e independiente;*
> *b) Cuando los Estados Partes determinen un procedimiento a seguir, que se establecerá por ley, para la designación de un representante personal como último recurso, dicha ley recoja las salvaguardias apropiadas, incluido el examen periódico de la designación del representante personal y de las decisiones adoptadas por éste a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente. La designación y la conducta del representante personal se guiarán por principios que sean compatibles con la presente Convención y el derecho internacional de los derechos humanos.]*
> *o, alternativamente:*
> *[2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica[1] en pie de igualdad con otras personas en todos los aspectos de la vida.*
> *2 bis. Los Estados Partes tomarán todas las medidas legislativas y de otro tipo apropiadas para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*
> *2 ter. Los Estados Partes asegurarán que todas las medidas legislativas o de otro tipo relativas al ejercicio de la capacidad jurídica proporcionen salvaguardias apropiadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional de los 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 judiciales periódicos, imparciales e independientes. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.]*
> *3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean adecuadas y eficaces para garantizar el derecho en pie de igualdad de las personas con discapacidad a ser propietarios y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en condiciones de igualdad a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y asegurarán que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

Cumple resaltar que la nota al pie de página decía: "[1] Véase A/AC.265/2005/2,

anexo II, párr. 20", es decir, se remitía a la nota a pie de página del Informe del Coordinador al Comité Especial que figuraba en el Anexo II del Informe correspondiente al quinto periodo de sesiones y que, textualmente decía: "En árabe, chino y ruso el término 'capacidad jurídica' se refiere a la 'capacidad jurídica para disfrutar de los derechos', en lugar de a la 'capacidad jurídica para actuar'".

En definitiva, aunque las posturas se habían aproximado entonces y comenzaba a vislumbrarse el peso del nuevo paradigma que recogía el modelo de asistencia, el consenso todavía parecía lejos[122].

El octavo periodo de sesiones tuvo lugar inicialmente del 14 al 25 de agosto de 2006 celebrándose primero veinte sesiones. Posteriormente, se celebraron dos sesiones más el día 5 de diciembre debido a que el 25 de agosto, el Comité Especial decidió crear un grupo de redacción encargado de asegurar la uniformidad de la terminología empleada en los proyectos de Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo facultativo que en esa misma sesión habían quedado aprobados. Este grupo de redacción informaría de sus resultados al Comité Especial en lo que sería la continuación del octavo periodo de sesiones y que se celebraría, como se ha mencionado, el día 5 de diciembre siguiente.

Durante este último periodo de sesiones continuaron las discusiones y debates sobre el artículo 12. Intervinieron más delegados de Estados, organizaciones de personas con discapacidad, representantes de la sociedad civil y asesores técnicos con y sin discapacidad además de representantes de entidades y organismos de la ONU aportando diferentes opiniones, preocupaciones, informes o dictámenes sobre el tema de la capacidad jurídica así como la incorporación del nuevo paradigma de asistencia frente al tradicional de sustitución. Estados como China solicitaban el mantenimiento de la nota a pie de página existente en el texto de trabajo y que hacía referencia al distinto significado entre capacidad jurídica y de obrar existente en ese y en los que también quedaban referenciados en aquella nota. Japón continuaba oponiéndose a la mención a los regímenes de sustitución absolutamente desconocidos, sin embargo, en el país nipón.

Entre las organizaciones de personas con discapacidad también persistían las

[122] De cara a la octava reunión de trabajo del Comité Especial, la Subcomisión de Expertos sobre la Convención de la ONU del Real Patronato de la Discapacidad, consideraban que el debate se encontraba centrado en torno al modelo que habría de ser adoptado a la hora de regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, especialmente en las situaciones en las que se precisase asistencia de terceros, cuando la persona tuviese limitaciones o restricciones para tomar decisiones propias. Mientras que el sistema tradicional tiende hacia un modelo de sustitución, el nuevo modelo de derechos humanos abogaba por un modelo de apoyo. En su informe correspondiente a la séptima reunión del Comité Especial, de 24 de julio de 2006, reflejaba las dos posturas existentes en el debate: una primera –de toma de decisiones asistida- en la que la intervención sería la mínima e indispensable. Al respecto, el IDC abogaba por la alternativa dos del texto, ya que el inciso b) del primero preveía la designación del representante personal y consideraba que habría que quitar las referencias al sistema anterior (modelo de sustitución); y otra segunda –que si bien lo apoya-, asumía que no se estaba en posición de adoptar un modelo de apoyo remitiendo el control y sus garantías al Derecho internacional vigente, que tampoco reconocía ese modelo, sino más bien el de sustitución. Por esto, se optaba por establecer explícitamente salvaguardias en el ejercicio de apoyo en la toma de decisiones. Ante esta situación, la Subcomisión de Expertos sobre la Convención de la ONU, exponía que, si había de decidirse por alguna de las dos opciones, consideraba que la que más se adaptaría al modelo social actual de la discapacidad sería la segunda de ellas. Sin embargo, opinaba que lo mejor sería la fusión del inciso a) de la primera propuesta, con el 2*ter* de la segunda. CABRA DE LUNA, BARIFFI, & PALACIOS, 2007:42-43.

diferencias de criterios y posiciones[123].

Por su parte, el Consejo de Europa emitió una propuesta de redacción del artículo 12 del texto en la que sugería la incorporación también de la representación personal como "último recurso" y con "las garantías adecuadas" entre las cuales incluía el derecho de la persona interesada a ser oída en persona y la revisión periódica del nombramiento del representante personal y de las decisiones tomadas por éste por un tribunal competente, imparcial e independiente. El derecho de la persona a ser escuchada en un procedimiento que pudiera afectar a su capacidad jurídica así como el requisito de un juicio justo y público quedaban bajo el paraguas del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), según se argumentaba en esta propuesta.

Fue, sin duda, el periodo de sesiones más intenso en la negociación y el más numeroso en participación. En la vigésima sesión celebrada el 25 de agosto se aprobó por ese Comité Especial finalmente el proyecto de Convención además de un proyecto de Protocolo facultativo. Fue entonces cuando se decidió establecer el grupo de redacción antes mencionado encargado de asegurar la uniformidad de la terminología empleada en ambos proyectos armonizando las versiones en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas. En el proyecto figuraba la nota al pie de carácter restrictivo introducida a instancias de Rusia, China y algunos países árabes como condición para respaldar la Convención a la que ya se ha aludido en anteriores ocasiones. La nota decía que "en árabe, chino y ruso la expresión 'capacidad jurídica' se refiere a la capacidad jurídica de ostentar derechos, no a la capacidad de obrar".

El 29 de noviembre, el Presidente remitió una carta a los miembros del Comité en la que informaba a sus colegas de que, en aquél momento y, tras las consultas informales que se venían realizando de cara a las últimas sesiones, se desprendía un muy alto grado de acuerdo en cuanto a la eliminación de la nota al pie de página. El Presidente informaba de que, incluso, la delegación que había solicitado su inclusión, ahora estaba de acuerdo con su eliminación. Por eso, alentaba a todos los miembros a que tuviesen esta circunstancia en cuenta a fin de que asistiesen a la reunión final de diciembre en condiciones de tomar una decisión por consenso respecto a la mencionada nota al pie de página.

Las dos siguientes sesiones del octavo período tuvieron lugar el día 5 de diciembre del mismo año. En la 21ª el Presidente del grupo de redacción de la Convención emitió ante el Comité un informe oral sobre los resultados de su trabajo. En la siguiente y última sesión, el Comité decidió finalmente eliminar la nota al pie del artículo 12 del proyecto de Convención después de haber tenido en cuenta sendas cartas remitidas al presidente del Comité por el

[123] Claramente, el Caucus continuaba defendiendo el modelo de asistencia y el reconocimiento de la plena capacidad para todas las personas con discapacidad presentando para ello nuevamente una detallada y justificada propuesta de enmienda al texto. El mismo modelo fue defendido por el *Japan Disability Forum* que, en concordancia, con lo igualmente sustentado por el Estado japonés y en base a las mismas razones, rechazaba cualquier mención al sistema de representación y sustitución en la toma de decisiones y, por ende, a la tutela institución absolutamente desconocida en su ordenamiento jurídico. En su lugar, abogaba decididamente por implementar el régimen de asistencia en la toma de decisiones. *Action for Mental Ilness India*, sin embargo, reclamaba el mantenimiento del sistema de toma de decisiones por sustitución y tutela por considerarlo más apropiado para la defensa de los derechos de las personas más vulnerables.

representante permanente de Iraq[124], en su calidad de Presidente del Grupo de Estados Árabes y por el representante permanente de Finlandia[125] como representante de la presidencia de la Unión Europea.
En la carta presentada por el representante iraquí se informaba de que los países árabes se sumaban al consenso relativo a la Convención manteniendo una reserva interpretativa con relación a la expresión "capacidad jurídica" que figuraba en el párrafo 2 del artículo 12.
Por su parte, el representante finlandés, indicaba en la carta presentada como representante de la Unión Europea que tanto esta como las delegaciones de Andorra, Armenia, Australia, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Canadá, Croacia, los Estados Unidos de América, la ex República Yugoslava de Macedonia, Islandia, Israel, Moldavia, Mónaco, Noruega, Rumanía, San Marino, Serbia y Suiza reafirmaban su disposición a sumarse a un consenso para aceptar los cambios en la traducción árabe del texto en el entendimiento de que el concepto de "capacidad jurídica" tiene el mismo significado en las versiones en todos los idiomas.
Finalmente, el Comité decidió en la misma sesión recomendar a la Asamblea General la aprobación de un proyecto de resolución bajo el nombre de "Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad" que integraba el proyecto de Convención y de Protocolo facultativo[126].
El 13 de diciembre de 2006 fue aprobada por consenso la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incluyendo en ella el artículo 12 con la redacción actual y, por tanto, sin ninguna nota al pie de página. En definitiva, quedó zanjada en el texto la cuestión relativa al concepto de "capacidad jurídica" que equivaldría tanto a la tradicional capacidad jurídica como a la capacidad de obrar, esto es, a la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y a la capacidad de ejercicio de los mismos.
A pesar de ello, como veremos a lo largo de este trabajo, en la actualidad todavía hay quienes, mantienen que el precepto sustenta la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar[127].

1.7. ENTRADA EN VIGOR, OBSERVACIONES Y RESERVAS PRESENTADAS

Para la entrada en vigor de la nueva Convención se necesitaba la ratificación de veinte Estados. El 30 de marzo de 2007, tanto la Convención como el Protocolo facultativo aprobados quedaban abiertos a la firma[128] y el 30 de abril de 2008, tras recibir la vigésima ratificación, se abría un nuevo plazo de treinta

[124] NACIONES UNIDAS. 2006. A/AC/265.2006/5. Continuación del octavo período de sesiones. Carta de fecha 5 de diciembre de 2006 dirigida al Presidente por el Representante Permanente del Iraq ante las Naciones Unidas
En: un.org Disponible en: https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp
[125] NACIONES UNIDAS. 2006. A/AC/265.2006/6. Continuación del octavo período de sesiones. Carta de fecha 5 de diciembre de 2006 dirigida al Presidente del Comité por el Representante Permanente de Finlandia ante las Naciones Unidas. En: un.org Disponible en: https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp
[126] ESPAÑA. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Observatorio Estatal de la Discapacidad. 2010. *Las personas con discapacidad en España. Informe Olivenza 2010.* 1ª ed. Olivenza (Badajoz): Observatorio Estatal de la Discapacidad. [consulta: enero 2018] BA-643/2010 Disponible en: https://sepad.gobex.es/documents/10421/583066/00_preliminares.pdf
[127] SÁNCHEZ-VENTURA MORER.2015:595 (*Vid.*nota[102]); PEREÑA VICENTE y PALLARÉS NEILA, 2016: 143-145, entre ellos. *Vid.* también nota[188] y PEREÑA VICENTE, 2018: 61-83.
[128] Jamaica fue el primer Estado en firmar y ratificar la CDPD y su protocolo.

días para la efectividad de la entrada en vigor de ambos documentos, lo cual se produjo efectivamente el 3 de mayo siguiente[129].

La CDPD se convirtió así en el primer tratado de Derechos Humanos del siglo XXI de cuya negociación cabe destacar su rapidez (se necesitaron solo cinco años para la negociación y entrada en vigor); la participación de la sociedad civil en su elaboración (fue la primera vez que se permitió la presencia de las organizaciones de personas afectadas por el tratado y de personas con discapacidad) y la unanimidad sobre su contenido (no solo entre los Estados, sino también entre las organizaciones defensoras de los derechos de las personas con discapacidades absolutamente diversas y diferentes entre sí).

A pesar de ello, se presentaron diferentes reservas y declaraciones interpretativas, encubriendo estas últimas en muchas ocasiones verdaderas reservas lo cual, como afirma BARIFFI[130], se presagiaba ya con anterioridad al momento de ratificar la Convención a la vista de la intensidad del debate vivido en torno a la elaboración del artículo 12 CDPD.

Atendiendo al contenido de aquellas reservas y/o declaraciones presentadas, BARIFFI realiza una clasificación de las entonces presentadas agrupándolas en tres modelos claramente diferenciados, que pasamos a relatar.

En primer lugar, el modelo que él denomina "restringido" y que se caracterizaría porque los Estados que han presentado este tipo de reservas se oponen frontalmente a interpretar el concepto de "capacidad jurídica" englobando dentro de él a la "capacidad de obrar"; son Estados[131] que se oponen a que el artículo 12 CDPD genere efectos jurídicos sobre el Derecho interno respecto al modo de abordar y regular jurídicamente las restricciones o limitaciones a la capacidad de obrar de las personas con discapacidad. Para BARIFFI, este modelo de reserva o declaración, sin perjuicio de cómo se le denomine, lleva a dejar sin efecto jurídico el cambio de paradigma que propone el artículo 12, al limitar el alcance de este artículo solo al aspecto estático de la capacidad jurídica (titularidad de derechos) pero no a la capacidad de obrar que pretenden dejar al ámbito interno de cada Estado. Se trataría de una verdadera reserva al artículo 12 y no de una simple declaración interpretativa lo que, en realidad parece incompatible con el objeto y fin del Tratado.

El segundo modelo es el que el autor citado denomina "moderado". En él, los Estados muestran su aprobación al cambio de paradigma planteado por el artículo 12, pero admitiendo que pueden existir situaciones excepcionales donde sea posible que el Estado pueda mantener algunas medidas jurídicas que, en ciertos casos excepcionales, puedan suponer la limitación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y el nombramiento de un representante legal que adoptará decisiones en nombre de aquélla[132].

---

[129] Ninguno de los tratados anteriores alcanzó un número tan alto de países signatarios en tan poco tiempo. La entrada en vigor también suma otro récord. Después de poco más de un año de que se abrieran a la firma, tanto la Convención como el Protocolo Facultativo entraron en vigor.

[130] BARIFFI, 2014: 558-559.

[131] Dentro de este grupo estarían: Siria, Egipto, Kuwait, Polonia, Estonia o Venezuela.

[132] BARIFFI incluye dentro de este grupo a las reservas presentadas por Australia, Canadá o Noruega. Como más adelante se verá, este parece haber sido el camino por el que, pese a las Observaciones que tras la entrada en vigor de la CDPD ha ido haciendo el Comité, ha seguido primero la jurisprudencia y, posteriormente, el prelegislador español, y ello pese a que España suscribió la Convención sin haber efectuado ningún tipo de reserva ni entonces ni después. No obstante, como luego se verá, la

Por último, el tercer modelo, denominado por BARIFFI como "de efectos indirectos", sería aquél en el que los Estados manifiestan su oposición, no directamente al artículo 12 sino a disposiciones de la CDPD que indirectamente se relacionan con el cambio de paradigma planteado por dicho precepto. Así, serían reservas, por ejemplo, a los artículos 14, 15, 23 o 29; el efecto indirecto viene creado desde el momento en que el objetivo de estas reservas es dejar sin efecto el derecho de las personas con discapacidad al ejercicio de su capacidad jurídica y a la provisión de apoyo en todos los aspectos de su vida[133].

El número y contenido de las reservas presentadas, algunas de ellas bajo la forma de mera declaración interpretativa, refleja nuevamente la enorme dificultad y complejidad de consenso en cuanto al propio concepto de "capacidad jurídica" y a la introducción y asunción del nuevo paradigma basado en la asistencia.

Dadas las peculiaridades de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, las reservas presentadas a la CDPD no fueron objetadas por los otros Estados, lo cual no ha de significar en modo alguno su conformidad con ellas. Por su parte, el Comité sí se pronunció en su día en contra de las efectuadas por Australia y El Salvador, pero limitándose a la luz del objeto y fin del tratado. Otros Estados como México o Reino Unido decidieron finalmente retirar sus declaraciones interpretativas.

Desde la entrada en vigor de la CDPD, los criterios interpretativos del Comité fueron quedando reflejados a través de las Observaciones y Recomendaciones que iba haciendo a los Informes presentados por los diferentes Estados a tenor de lo previsto en el art. 35 CDPD. Ya entonces se vislumbraban las pautas de interpretación que, en el año 2014 dejaría plasmadas en su Observación General Primera, y que se resumían en la recomendación a los Estados Parte de que sustituyesen los ordenamientos jurídicos internos basados en la toma de decisiones por sustitución por otros que implementasen un nuevo sistema fundado en la toma de decisiones asistida a través de los medios de apoyo de que debería proveerse a la persona con discapacidad. Además se pretendía que incluyesen el concepto de "capacidad de obrar" dentro del global de "capacidad jurídica" en todos los aspectos de la vida y, por último, que se incorporase también el concepto de "ajustes razonables".

Debemos destacar que España no presentó reserva alguna a la Convención, pero tampoco implementó el nuevo paradigma en los diez años siguientes a su entrada en vigor. En las Observaciones Finales al primero de los informes presentados por nuestro Estado, el Comité efectuó aquellas mismas recomendaciones al Estado español que, a día de hoy todavía mantiene el tradicional sistema de sustitución en la toma de decisiones; por lo que nuevamente fue requerido en el mismo sentido por el Comité en las observaciones finales emitidas por éste a los informes segundo y terceros combinados presentados por España en 2018. No obstante, como más tarde se verá, han comenzado los cambios en el ordenamiento jurídico para la incorporación del nuevo paradigma social de la discapacidad.

---

incorporación del representante legal excepcional propuesta en la reforma incorpora un importante matiz, al exigir del representante una actuación siempre acorde a la voluntad de la persona representada.

[133] Sería el caso de las formuladas por Estados como: Francia, Países Bajos, Noruega, Australia o Singapur.

1.8. PRIMEROS INFORMES TRAS LA APROBACIÓN DE LA CDPD

En su Resolución 2005/65, la Comisión de Derechos Humanos había solicitado al ACNUDH que informase a la Comisión en su sexagésimo segundo periodo de sesiones sobre los avances realizados en la aplicación de las recomendaciones que figuraban en el estudio de derechos humanos y la discapacidad y sobre la consecución de los objetivos consignados en el programa de trabajo de la Oficina del Alto Comisionado en relación con los derechos humanos de las personas con discapacidad. Recordemos que aquel estudio, realizado en el año 2002 por el ACNUDH, bajo la autoría de QUINN y DEGENER titulado "Derechos humanos y discapacidad: uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad"[134], había llegado a la conclusión de que, a pesar de sus considerables posibilidades, los Tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas no se habían utilizado plenamente en el contexto de la discapacidad. Por ello, entre otra serie de medidas, el estudio recomendaba a los Estados Partes, los órganos de los tratados, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos, las instituciones nacionales de derechos humanos y la sociedad civil la elaboración de lo que finalmente concluyó siendo la CDPD. El 17 de enero de 2007 se publicaba el Informe "Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada Consejo de Derechos Humanos" encargado a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discacapacidad.

1.8.1 El Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad

En cumplimiento del requerimiento efectuado por la Comisión de Derechos Humanos a la Oficina del ACNUDH, la Alta Comisionada de este organismo emitió el Informe interesado.

Dada la importancia de la aprobación de este Tratado, dicho informe servía a su vez para dar cuenta al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas de la nueva Convención. Como puntos destacables y a los efectos de este trabajo, nos interesa señalar las Observaciones de la Alta Comisionada respecto al concepto de "discapacidad", del cual destaca tres aspectos novedosos introducidos por la CDPD.

En primer lugar, que la "discapacidad" es un concepto que evoluciona y que resulta de las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan la participación de las personas discapacitadas en la sociedad; por tanto, la idea de "discapacidad" no es fija y puede variar, dependiendo del entorno predominante en una sociedad u otra.

[134] Ya mencionado anteriormente en este trabajo *Vid.* Notas [9] y [12] anteriores.

En segundo lugar, la discapacidad no se considera una enfermedad en sí, sino más bien el resultado de la interacción entre las actitudes negativas o un entorno poco propicio para la condición de algunas personas concretas. Al desmantelar las barreras de la actitud y del entorno, en vez de tratar a las personas "discapacitadas" (en terminología del propio dictamen) como un problema que hay que arreglar, estas personas pueden participar como miembros activos de la sociedad y disfrutar de la totalidad de sus derechos.

En tercer lugar, el campo de aplicación de la Convención no se limita a personas concretas, sino que incluye a las personas con discapacidades físicas, mentales, intelectuales y sensoriales a largo plazo. La utilización de la palabra "incluye" asegura que esta disposición no necesariamente restrinja la aplicación de la Convención y que los Estados Parte también pueden brindar protección a otros, por ejemplo, las personas "discapacitadas" –en palabras del informe- a corto plazo o a quienes se considera parte de estos grupos.

El dictamen se hacía eco de las obligaciones generales que el nuevo Tratado venía a imponer a los Estados Parte y las resumía principalmente en tres tipos: primero, obligación de respetar[135]; segundo, obligación de proteger[136]; tercero, obligación de cumplir[137].

La Alta Comisionada informaba a su vez de que el artículo 12 CDPD reafirmaba el igual reconocimiento como persona ante la ley de todas las personas con discapacidad, así como el mismo reconocimiento de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, admitiendo que aquéllas pueden adoptar decisiones que afecten a sus vidas y estableciendo la obligación de los Estados Parte de adoptar las medidas apropiadas para proporcionar acceso a la asistencia a las personas con discapacidad para que puedan tomar decisiones "en su propio nombre". Para ello, además, debían asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionasen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos[138].

1.8.2 Los informes del Comité hacia la Observación General Primera

El primer periodo de sesiones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, el Comité) tuvo lugar del 23 al 27 de

[135] Abstención de realizar actos o prácticas incompatibles con la Convención; modificación o derogación de leyes, costumbres y prácticas discriminatorias existentes; y celebración de consultas estrechas y colaboración activa con las personas con discapacidad en la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la Convención.

[136] Adopción de todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad.

[137] Incluyendo dentro de estas medidas legislativas, administrativas, de políticas o programas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad; emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes y servicios pertinentes; proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre tecnologías de apoyo, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo, y promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad.

[138] NACIONES UNIDAS, 2007. A/HRC/4/75 Consejo de Derechos Humanos. Cuarto periodo de sesiones Tema 2 del programa provisional. Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad*, pág. 12. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/103/14/pdf/G0710314.pdf?OpenElement

febrero de 2009, tras su creación según lo previsto en el artículo 34 CDPD y la elección de sus doce miembros por la Conferencia de los Estados Parte el 3 de noviembre de 2008. Entre las decisiones adoptadas durante ese primer periodo se encontraba la inclusión del Proyecto de programa del segundo período de sesiones del Comité, en cuyo punto número 5 se incluía el apartado denominado "Día de debate general sobre el artículo 12[139]".

El segundo periodo de sesiones se celebró entre el 19 y el 23 de octubre de ese mismo año. Según lo programado, el 21 de octubre tuvo lugar una jornada de debate general sobre el artículo 12 de la CDPD al que asistieron representantes de los Estados Parte, la sociedad civil y otros interesados[140].

Tras el debate general, el Comité decidió estudiar cuidadosamente las observaciones y recomendaciones formuladas y, en especial, la propuesta de formulación y aprobación de una Observación General sobre el artículo 12. También decidió seguir debatiendo dicho artículo en su tercer período de sesiones a celebrar entre el 22 y el 26 de febrero de 2010[141], en el que España participaría activamente asistiendo a la reunión mantenida entre el Comité y diferentes Estados parte y en la que aquél puso de manifiesto la obligación de estos de presentar los correspondientes informes a tenor de lo previsto en el artículo 35 CDPD.

Dentro del programa provisional correspondiente a este tercer periodo de sesiones figuraba como punto número 6 el "Seguimiento del día de debate general sobre el artículo 12 y preparación del segundo día de debate general en la sesión de otoño de 2010"[142].

En el sexto periodo de sesiones, celebrado entre los días 19 y 23 de septiembre de 2011, la Presidenta del Grupo de trabajo relativo a una observación general sobre el artículo 12 anunció que dicho grupo prepararía un esquema de proyecto de Observación General y lo volvería a distribuir. Además, según lo previsto, en dicho periodo el Comité examinó el informe inicial presentado por el Estado español al que nos referiremos más adelante.

---

[139] NACIONES UNIDAS, 2009, CRPD/C/1/2. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Primer período de sesiones. Ginebra, 23 a 27 de febrero de 2009. Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su primer período de sesiones, Anexo V, p.15. En: un.org Disponible en: https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp

[140] Tras la presentación y bienvenida por parte del Jefe de la Subdivisión de Tratados de Derechos Humanos, el entonces Presidente del Comité formuló una serie de observaciones mencionando la importancia de aquel artículo. A lo largo del día participaron con distintas presentaciones cinco organizaciones no gubernamentales a las cuales el Comité agradeció su asistencia y reconoció la valiosa contribución de la sociedad civil, expresando su esperanza de que siguieran colaborando con el Comité para seguir promoviendo la ratificación de la Convención y su Protocolo facultativo y la adhesión a ambos.

[141] NACIONES UNIDAS, 2009, CRPD/C/2/2. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Segundo período de sesiones. Ginebra, 19 a 23 de octubre de 2009. Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su segundo período de sesiones. En: un.org. Disponible en: https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp

[142] Durante este periodo, el Comité decidió establecer un grupo de trabajo que le rendiría informe en su cuarto período de sesiones, para hacer un seguimiento del día de debate general sobre dicho artículo. Grupo integrado por Edah Wangechi (Presidenta), Gyorgy Konczei y María Soledad Cisternas Reyes; NACIONES UNIDAS, 2010, CRPD/C/3/2. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Tercer período de sesiones. Ginebra,22 a 26 de febrero de 2010. Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su tercer período de sesiones. En un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/414/39/PDF/G1141439.pdf?OpenElement

1.9. La Observación General Primera sobre el artículo 12. Críticas

Las enormes dificultades durante la negociación y posterior aprobación del artículo 12 CDPD[143], hicieron que el Comité fuera adoptando ya desde el principio diferentes decisiones en torno a este precepto.

Como ya se ha visto, en el primer periodo de sesiones del Comité, se decidió como quinto punto del proyecto de programa del segundo período de sesiones del Comité, el apartado denominado "Día de debate general sobre el artículo 12"[144].

El estudio de este polémico artículo prosiguió durante el tercer periodo de sesiones en el que tuvo lugar un segundo día de debate general celebrado en otoño de 2010. Fue en ese tercer periodo cuando se constituyó el grupo de trabajo[145] -que se ampliaría en el periodo siguiente[146]- que informaría al Comité sobre el seguimiento del artículo 12, lo cual fue haciendo periódicamente hasta que, durante el noveno periodo de sesiones, aquél le solicitó que entregase en el décimo periodo de sesiones un primer proyecto de observaciones generales.

Para entonces, el órgano de supervisión ya había examinado varios informes presentados en virtud del artículo 35 CDPD y efectuado sus primeras recomendaciones a los Estados parte que los habían presentado durante los periodos quinto, sexto, séptimo y octavo[147]. Se daba la circunstancia de que en todos los informes presentados, el Comité observó que ninguno de los Estados había adaptado su legislación al artículo 12 CDPD, manteniendo vigente un sistema que continuaba negando la plena capacidad de las personas con discapacidad basándose en la sustitución en la toma de decisiones sin haber implantado el nuevo sistema de asistencia introducido por el nuevo paradigma de la Convención. Asimismo, el Comité había observado que en todos ellos, se mantenían normas que permitían el ingreso forzado de las personas con

[143] Especialmente en cuanto a la retirada de la nota a pie de página con la que inicialmente se aprobó el precepto, y, posteriormente, para su implementación e implantación en los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados parte.

[144] El cual tuvo lugar el día 21 de octubre de 2009 con la participación de representantes de los Estados Parte, la sociedad civil y otros interesados, tras el cual se decidió estudiar especialmente la propuesta de formulación y aprobación de una Observación General sobre el artículo 12. NACIONES UNIDAS, 2009, CRPD/C/1/2. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Primer período de sesiones. Ginebra, 23 a 27 de febrero de 2009. Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su primer período de sesiones, Anexo V, p.15. En: un.org Disponible en: https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp

[145] *Vid.* nota[142] *ut supra*.

[146] El grupo fue ampliado durante el cuarto periodo de sesiones con la integración en el mismo de Ronald McCallum y a Amna Ali Al Suwaid. Para más información sobre los cuatro primeros periodos de sesiones del Comité se puede consultar también NACIONES UNIDAS, 2011, A/66/55. Asamblea General. Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Primer período de sesiones (23 a 27 de febrero de 2009); Segundo período de sesiones (19 a 23 de octubre de 2009); Tercer período de sesiones (22 a 26 de febrero de 2010);Cuarto período de sesiones (4 a 8 de octubre de 2010). En un.org. Disponible en:https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=27

[147] Durante esos periodos de sesiones fueron examinados los informes de Túnez (CRPD/C/TUN/CO/1), España (CRPD/C/ESP/CO/1), Perú (CRPD/C/PER/CO/1), Argentina (CRPD/C/ARG/CO/1), China (CRPD/C/CHN/CO/1), Hong Kong (China), Macao (China) Hungría (CRPD/C/HUN/CO/1). NACIONES UNIDAS, 2013 CRPD/C/9/2, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Noveno período de sesiones. Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su noveno período de sesiones, 15 a 19 de abril de 2013. En un.org.

discapacidad en instituciones por el hecho de la discapacidad.

Durante el décimo periodo de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre el Derecho al Igual Reconocimiento como Persona ante la Ley (artículo 12) presentó la propuesta de proyecto de Observación General para que fuera examinado en sesión plenaria del Comité quien decidió adoptarlo como proyecto de Observación General y ponerlo a disposición de la sociedad civil y los asociados en la página web del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos a partir del 30 de septiembre de 2013 con el fin de que aquéllas hicieran llegar sus comentarios hasta principios de 2014[148].

La primera lectura del proyecto de Observación General sobre el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12) tuvo lugar el 8 de abril de 2014, en las sesiones 136ª y 137ª del décimo periodo de sesiones del Comité. La Observación General Nº 1 sobre el derecho a la capacidad jurídica[149] fue aprobada por consenso[150].

El Comité decidió pedir a la secretaría que asegurara una amplia difusión de esta Observación General y de la Observación General Nº 2 aprobada también ese día, así como solicitar a la secretaría que estableciera una base de datos en línea para recoger ideas sobre la aplicación de modelos de asistencia para la adopción de decisiones en virtud del artículo 12 de la Convención[151].

La Observación General Primera comienza por reconocer, en primer lugar, la enorme importancia del artículo 12, lo cual había facilitado la celebración de diferentes foros para debatir sobre el mismo, en los cuales habían participado representantes de los Estados y de diferentes representantes de la sociedad civil: expertos, organizaciones no gubernamentales, instituciones de derechos humanos, organismos de Naciones Unidas, órganos encargados de vigilar el cumplimento de los tratados, etc.

El examen de los informes presentados por los diferentes Estados tras la entrada en vigor de la CDPD evidenció, en palabras del Comité, la existencia de un "malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados parte en virtud del artículo 12 de la Convención"[152]. El Comité había observado que, en general, no se había comprendido que el cambio de paradigma introducido por el Tratado obligaba a eliminar el sistema de sustitución en la toma de decisiones reemplazándolo por el de asistencia incorporado por el nuevo enfoque social de la discapacidad. Para alcanzar este último objetivo, emitía esta primera Observación General que reflejaba la interpretación del artículo 12 a la luz de los principios generales establecidos en el artículo 3 de la Convención.

De forma genérica, el Comité declaraba que los Estados parte debían revisar

---

[148] NACIONES UNIDAS, 2014 CRPD/C/10/2, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Décimo período de sesiones. Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su décimo período de sesiones, celebrado del 2 al 13 de septiembre de 2013. En un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/028/98/PDF/G1402898.pdf?OpenElement

[149] CRPD/C/GC/1. *Vid.* nota[113]

[150] NACIONES UNIDAS, 2014, CRPD/C/11/2, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su décimo primer período de sesiones, celebrado del 31 de marzo al 11 de abril de 2014. En un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/029/45/PDF/G1402945.pdf?OpenElement párr. 6, p.3.

[151] *Ibidem,* párr. 5, p.7.

[152] *Vid*. Nota[147] referida a los primeros informes examinados por el Comité donde ninguno de los países había adaptado su legislación al artículo 12.

de forma holística todas las esferas de su legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no estuviese limitado de forma distinta al resto de las personas. Reafirmaba que el hecho de que una persona que tenga discapacidad o una deficiencia –incluidas las físicas o sensoriales- no debía ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12 y, por tanto, manifestaba que todas las prácticas cuyo propósito o efecto fuera el de violar ese precepto debían ser abolidas para que las personas con discapacidad recobrasen la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.

Durante la revisión de los informes presentados por los Estados parte, el Comité tuvo ocasión de comprobar que la mayoría tendían a mezclar dos conceptos diferentes: la "capacidad jurídica" y la "capacidad mental".

Los aspectos más relevantes de esta Observación General Primera pivotan sobre dos aspectos: el contenido normativo del artículo y las obligaciones de los Estados atendiendo a éste, cuestiones que resumimos a continuación.

Respecto al contenido normativo del artículo 12, se observa que, al referirse al apartado 2, el Comité no titubea y clara y expresamente afirma que "La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho (capacidad de obrar)"[153].

Por otra parte, aclara que el concepto de "capacidad jurídica" y el de "capacidad mental" son distintos; el primero de ellos engloba la capacidad de ejercicio de los derechos y obligaciones y la titularidad de los mismos; el segundo se define como la aptitud de la persona para adoptar decisiones; varía de una persona a otra e incluso puede ser diferente para una persona determinada en función de diferentes factores, entre los que incluía factores ambientales y sociales[154].

En tercer lugar, expone que los déficits de la capacidad mental nunca pueden servir para limitar o negar la capacidad jurídica[155].

Se añade que los Estados, deben prestar apoyo a la persona con discapacidad para ejercer su capacidad jurídica. Ese apoyo debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas, variando la intensidad de aquél en función de las necesidades de la persona.

Recoge también el reconocimiento del derecho a no hacer uso del apoyo preciso para el ejercicio de la capacidad jurídica a aquellas personas que solo busquen el reconocimiento de la capacidad jurídica pero no quieran el apoyo[156], aspecto este en el que incidiremos en la segunda parte de este trabajo.

Reconoce expresamente además que el objetivo de las salvaguardias para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica libre de conflicto de intereses e influencias indebidas exigibles a los Estados (artículo 12-4º CDPD) es el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

Para aquellos casos en que, pese a haberse hecho un esfuerzo importante a tal

[153] CRPD/C/GC/1, párr. 12, p.3.
[154] *Ibidem,* párr.13, p.4.
[155] El Comité había observado que los Estados tendían a mezclar ambos conceptos y a retirar la capacidad jurídica a la persona al comprobar la existencia de una deficiente aptitud para la toma de decisiones debido a una discapacidad intelectual o psicosocial.
[156] *Ibidem,* párr.19. p.5

fin, sea y haya sido imposible conocer la voluntad de la persona, ordena la sustitución del tradicional principio del "interés superior" de la persona por el principio de "la mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias"[157].
Explica que la "influencia indebida" existe cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. Por ello, defiende la existencia de salvaguardias contra la influencia indebida pero debiendo respetar aquí también los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores. Se produce así el reconocimiento, por tanto, de que las personas con discapacidad, al igual que todos los demás, tienen derecho también a equivocarse[158] en las decisiones que, eso sí, libremente adopten.
En cuanto a las obligaciones de los Estados para adaptar su ordenamiento jurídico interno a la CDPD, la Observación General Primera establece en primer lugar las de respetar, proteger y hacer realidad el derecho de todas las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley, impartiendo para ello capacitación a las personas apoyadas para que puedan decidir sobre la intensidad del apoyo que precisan en cada momento. En segundo lugar, consagra la obligación de dejar de negar la capacidad jurídica cuando el propósito o efecto de esa negación sea una discriminación por motivos de discapacidad. Les obliga, en tercer lugar, a examinar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona[159]. Ello exige

[157] Considera que este nuevo principio es respetuoso con los derechos, la voluntad y las preferencias de aquélla, de conformidad con lo ordenado por el artículo 12, párrafo 4º CDPD. Expresamente, manifiesta el Comité que "El principio del 'interés superior' no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de 'la voluntad y las preferencias' debe reemplazar al del 'interés superior' para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás". El principio del "interés superior" quedaría, en todo caso, limitado a la esfera de los menores de edad. Acoge así el Comité las demandas de las organizaciones defensoras de los derechos de las personas con discapacidad, que, en relación con las que denominaban "situaciones difíciles", recomendaban que en la Observación General se promoviese la noción de la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias" de modo que sustituyera la prueba del interés superior para su aplicación en estas situaciones. La prueba reconocería que la voluntad y las preferencias no siempre pueden interpretarse con certeza, sino que siempre hay mejores interpretaciones que otras. Además, serviría de guía para que los Estados partes adoptasen esa prueba a la hora de facilitar la toma de las decisiones necesarias en el caso de una persona en esa situación. En efecto, esta sería una tercera forma en que las personas podrían ejercer su capacidad jurídica cuando no dispusiesen de apoyos que pudieran permitirles dirigir con claridad la toma de decisiones. La *Canadian Association for Community Living* (CACL) había denominado a esta forma de ejercicio de la capacidad jurídica "toma de decisiones facilitada", que sentaba las bases para suprimir los regímenes de sustitución en la toma de decisiones, y, al mismo tiempo, proporciona las mayores salvaguardias que están obligados a proporcionar los Estados partes en estas situaciones *Independiente pero no solo. Informe Mundial sobre el Derecho a Decidir*. INCLUSION INTERNATIONAL, 2014:110.

[158] La organización INCLUSION INTERNATIONAL alude a "la dignidad del riesgo". *Ibidem*, pág. 89.

[159] Sobre esto mismo, el Comité aclara que los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones pueden revestir muchas formas diferentes: tutela plena, la interdicción judicial y la tutela parcial. Todos ellos, para el Comité presentan ciertas características en común: i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto, incluso contra su voluntad, que tomará las decisiones por la persona concernida; y iii) las decisiones adoptadas por el sustituto se basan en el principio del 'interés superior' objetivo de la persona concernida, en lugar de en su propia voluntad y sus preferencias. Sin embargo, autores como SÁNCHEZ-VENTURA MORER, 2015:595, defienden que los mecanismos de sustitución pueden resultar necesarios para que la persona con discapacidad intelectual pueda válidamente ejercer sus derechos en el tráfico

que se supriman los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva y se elaboren alternativas para que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones.
En cuarto lugar, declara firmemente la incompatibilidad entre la creación de sistemas de apoyo con el mantenimiento paralelo de los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva. Aclara, en quinto lugar, que todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo. En sexto lugar, indica que el modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo. Proscribe, en séptimo lugar que la prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica dependa de una evaluación de la capacidad mental.
Ordena también el establecimiento de salvaguardias para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo en el ejercicio de ella con el objetivo de garantizar el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona. Prohíbe, en noveno lugar, el uso del apoyo en la adopción de decisiones como justificación de limitación de otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad (derecho de voto, a contraer matrimonio o a establecer una unión civil, a fundar una familia, derechos reproductivos, la patria potestad, derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas, el tratamiento médico y el derecho a la libertad, especialmente). Impone el derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento. Ordena la accesibilidad al apoyo a un coste simbólico, especialmente para las personas aisladas.
Por último, prohíbe la aplicación de la "efectividad progresiva" del art. 4-2 CPDP y, en consecuencia, obliga a la adopción inmediata de medidas deliberadas, bien planificadas y adoptadas con la consulta y participación de las personas con discapacidad y sus organizaciones para la consecución de los derechos consagrados en el artículo 12.
El Comité interpretaba claramente el artículo 12 desde la versión más social de la discapacidad identificándose con las posturas mantenidas mayoritariamente por un importante sector de la sociedad civil, concretamente organizaciones de defensa de los derechos de las personas con discapacidad[160]. Su Observación General Primera no dejaba lugar a duda sobre conceptos que habían sido más que espinosos, difíciles y polémicos durante la negociación.
La interpretación del artículo 12 debía de realizarse a partir de entonces asumiendo que el concepto de capacidad jurídica incluye la de obrar; que no cabe ningún modelo de sustitución en la toma de decisiones, ni siquiera de forma parcial y ni siquiera en los casos de necesidades más intensas[161]; que el

jurídico. También MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2019:263 mantiene que las figuras de carácter sustitutivo son en todo caso necesarias si se quiere disponer de una panoplia suficientemente amplia de mecanismos capacitantes.
[160] Recuérdese la especial beligerancia del Caucus en este tema.
[161] En el artículo 12 de la Convención se ofrece una fórmula nueva de la capacidad jurídica. Se reconoce que cada persona tiene habilidades y capacidades singulares, que para algunos es simplemente la capacidad de ser reconocidos como persona plena por otros que los conocen y los aman. Las personas pueden tener una discapacidad grave o "profunda", pero sus familias y amigos valoran y comprenden su presencia y su ser. Otras pueden expresar con claridad qué les gusta y qué no, aunque no comprendan ni puedan evaluar toda la información y las consecuencias que puedan derivarse de las diferentes elecciones. Quienes están con ellos comprenden sus deseos con claridad. *Independiente pero no solo.*

principio de mayor interés objetivo no es ninguna salvaguardia y, por tanto, no es de aplicación en el caso de las personas adultas con discapacidad debiendo ser sustituido por el de mejor interpretación posible de su voluntad; que la persona tiene derecho a rechazar el apoyo; y que la capacidad mental no puede servir de base para limitar la capacidad jurídica.

Este tajante y contundente posicionamiento del Comité, que algunos han tildado de radical, como iremos viendo a lo largo de este trabajo, ha sido objeto de más de una crítica y continúa sin haber sido asumido del todo por la mayoría de los Estados a la hora de armonizar su legislación con el artículo 12 de la CDPD según la interpretación de su órgano de supervisión.

En este sentido, una primera lectura sobre el planteamiento de España en el reciente Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica[162], sobre el que volveremos, podría llevarnos a concluir que tampoco ha asumido del todo las directrices marcadas por la Observación General Primera pues, entre otras cosas, mantiene el régimen de sustitución en la toma de decisiones, si bien con carácter excepcional[163]. Sin embargo, su lectura de conjunto y, particularmente, de las obligaciones derivadas del párrafo final del artículo 248 proyectado nos llevarán a emitir conclusiones más matizadas, como más tarde se expondrá.

Como hemos dicho, algunos autores que discrepan de la interpretación reflejada en la Observación General Primera, califican esta de extrema o radical y alegan para ello los argumentos resumidos a continuación.

CANIMAS BRUGUÉ[164] reconoce expresamente que no comparte la principal instrucción de la Observación General referida a que en el ámbito de la discapacidad no hay lugar para ninguna decisión sustitutiva basada en el mejor

---

Informe Mundial sobre el Derecho a Decidir. INCLUSION INTERNATIONAL, 2014:26. Todas las personas tienen un deseo que se puede discernir con la ayuda adecuada. *Ibidem*, pág. 132. Sin embargo, en contra de esta opinión, en la actualidad MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2019:264, mantiene que "…hay discapacitados psíquicos que no tienen capacidad natural para tomar ninguna decisión, o que pueden tomar únicamente las más sencillas, siendo incapaces de tomar otras más complejas, o corriendo un grave riesgo de tomar decisiones no ya equivocadas, sino directamente perjudiciales para ellos mismos o también para terceros. A partir de un determinado umbral de afección de la capacidad natural de tomar decisiones, es preciso incluir entre esos sistemas capacitantes mecanismos de sustitución de la capacidad (representativos), porque si no o las decisiones no se tomarían (porque el discapacitaodo no podría tomarlas y no habría nadie que pudiera tomarlas por él), o perjudicarían al discapacitado que las ha tomado".

[162] Inicialmente denominado Anteproyecto de Reforma del Código Civil y otras normas complementarias en materia de discapacidad. Ministerio de Justicia, Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, 2018, Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. En: mjusticia.gob.es Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900403?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL__por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_e n_materia_de_discapacidad.PDF

[163] En realidad, el nuevo sistema Anteproyectado mantiene el régimen de representación plena (aunque no de sustitución de la voluntad) en la toma de decisiones si bien con carácter excepcional al referirse expresamente a la figura de la curatela con facultades de representación. Sin embargo, como explica la profesora GARCÍA RUBIO, 2018-II: 55, el carácter excepcional de la figura implica que solo pueda ser utilizada en los casos más extremos, como un coma permanente, por ejemplo e incluso, en estos casos límite, es muy difícil que un juez conocedor de la existencia de una medida voluntaria establecida por una persona que a la postre quedó en coma *sine die*, nombre un curador, *tout court*, y lo haga prescindiendo de la voluntad del interesado y, porque no es nada difícil suponer que dentro de esos casos límite la persona encargada del apoyo en virtud del negocio preventivo sea además quien a la postre sea nombrado curador integral. En todo caso, sí conviene advertir que, a pesar de la ubicación, la norma debe ser la misma para todas las medidas preventivas; también, de la misma autora 2018-I: 182-193.

[164] CANIMAS BRUGUÉ, 2016: 12-31.

interés de la persona y, por lo tanto, tampoco para ninguna medida legal que la ampare. Para este autor, uno de los conceptos que genera mayor confusión en el texto de la Observación General es el propio concepto de "persona con discapacidad" debido a su heterogeneidad, al agrupar dentro del mismo a un elenco de personas de lo más variado (personas con discapacidad sensorial, física, mental…). Considera que una Convención dirigida a tal variedad de situaciones, tipos y grados de deficiencias sólo podrá decir cosas genéricas porque cualquier tipo de concreción puede dejar fuera a parte del colectivo incluido en ese agrupamiento. Según su criterio, los por él denominados "activistas del movimiento social" encuentran un punto de unión dentro de toda esa heterogeneidad: la discriminación. Ese uso social del concepto "personas con discapacidad" se refiere a una identidad comparable a la de otros conceptos como los de "mujer" o "negros" utilizados en contextos de combate social; es lo que él denomina "modelo social identitario". Frente a este modelo, se encuentran las identidades biológicas discriminadas, utilizadas y combatidas como identidades sociales de liberación que identifica como "modelo médico y psicológico". En el modelo social identitario "se es una persona con discapacidad"; en el modelo médico "se tiene una deficiencia".

Para el autor que venimos citando, el texto de la Observación General es confuso[165].

Para él, el hecho de que a veces sean necesarias decisiones sustitutivas en aras del mejor interés de la persona, no significa, en absoluto, renunciar a los principios de respeto a la libertad de las personas y a darles los apoyos necesarios para poder tomar decisiones y realizar acciones, y al revés. La respuesta al paternalismo, afirma, no es el liberal abandono, sino el cuidado de la libertad. Por eso, para CANIMAS BRUGUÉ, la propuesta de la Observación General supone el abandono de una responsabilidad ética fundamental: la de ayuda y protección del prójimo en algunas circunstancias y aún en contra de su voluntad[166]. La renuncia incondicional a las decisiones sustitutivas que la Observación General propone supone, según él, además una inmoralidad, pues el respetar siempre y en todas las circunstancias las decisiones de algunas personas con "diversidad funcional" o del desarrollo o con enfermedad mental, hasta el punto de erradicar completamente la decisión sustitutiva, tal como propone la Observación General, conllevaría la desprotección de muchísimas de esas personas, que hoy viven una vida digna, defiende, gracias a decisiones sustitutivas.

Asimismo, el abandono del modelo proteccionista y su sustitución por el

[165] Podría hacerse una lectura amable de la misma, e interpretarla en el sentido de que, en realidad, no niega la posibilidad de tomar una decisión de carácter sustitutivo basada en aras al mejor interés de la persona que no tiene capacidad de decisión, sino que lo que niega es que se tomen ese tipo de decisiones en base a que la persona sustituida es una persona con discapacidad, es decir que mientras que para las personas adultas en general imperaría el principio de respeto a su voluntad y las decisiones sustitutivas son excepcionales a este principio, para las personas adultas con discapacidad imperaría justo lo contrario, las decisiones sustitutivas y, excepcionalmente, el respeto a su voluntad, lo cual resulta inaceptable. Sin embargo, considera que, si realmente la intención de la Observación General hubiera sido ésta, así lo habría dicho claramente sin crear ningún tipo de confusión.

[166] Sin embargo, según el informe *Independiente pero no solo. Informe Mundial sobre el Derecho a Decidir*. INCLUSION INTERNATIONAL, 2014:19, "La denegación de esos derechos, a menudo, se oculta en discursos de "protección" e intereses superiores. Puede suponerse que una persona con discapacidad intelectual no puede tomar decisiones ni expresarlas. Pero bajo el prejuicio contra las personas con discapacidad intelectual hay mucho más que una actitud paternalista: hay una falta de reconocimiento de su condición humana y de persona".

liberacionista, conllevaría la abolición de la inimputabilidad jurídica que se fundamenta precisamente en la protección de aquellas personas que, a causa de una anomalía o alteración mental, no pueden comprender la ilicitud del hecho delictivo que han cometido[167].

CANIMAS BRUGUÉ finaliza su crítica a la Observación General por cuanto ésta niega la posibilidad de limitación de la capacidad de obrar absolutamente. Aunque el autor defiende la necesidad de un sistema garantista mejor, cree que mientras esto no se dé, el actual modelo es necesario pese a lo que él considera su deficiente articulación jurídica y el mal uso que hacen de él jueces, tutores y profesionales. No obstante, aboga porque se lleve a cabo una profunda reforma no solo legal sino también cultural y profesional. Admitiendo la necesidad de adopción de decisiones por sustitución en algunos casos, reconoce que ello podría suponer también la limitación del derecho a la libertad que solo podría ser llevada a cabo mediante una preceptiva autorización judicial.

Pero además, afirma que hay personas con "diversidad funcional mental" que requieren decisiones sustitutivas frecuentemente, por lo que es imposible e improcedente acudir al juez en cada ocasión para solicitar apoyo. Por ello, justifica como mejor medida garantista una sentencia judicial temporal que, tras analizar correctamente la situación concreta, autorice a una o más personas "que ofrecen garantías de buena praxis", a poder limitar algunas acciones de una persona o a poder actuar en su nombre en algunos supuestos, les recuerde las obligaciones y responsabilidades que contraen, las someta al escrutinio del Ministerio Fiscal y las emplace a una nueva revisión de la situación.

En definitiva, discrepa de la Observación General por cuanto considera que existen personas que, por su propia discapacidad, no pueden tomar decisiones por sí mismas ni pueden conocer el alcance de sus decisiones. No menciona la posibilidad de otorgar un apoyo para ello en función de la intensidad de las necesidades de la persona. Directamente niega la posibilidad de entendimiento bajo cualquier circunstancia y, por ello, defiende que solo cabe en esas circunstancias la sustitución en la toma de decisiones porque, lo contrario, supondría colocarlas en una situación de desamparo que podría suponerles daños o perjuicios indeseados. Constituye, dice, no solo una irresponsabilidad sino una inmoralidad impedir en esos casos la toma de decisiones sustitutiva.

---

[167] Repárese en que justamente esto es lo que defiende el modelo social de la discapacidad: que la persona sea dueña de sus propias decisiones, para lo cual ha de prestársele el apoyo necesario para conocer el alcande de las mismas y, por lo tanto, ser igualmente dueñas de sus obligaciones y responsabilidades. Este mismo modelo defendería la inimputabilidad jurídica cuando la persona no pueda comprender la ilicitud del hecho delicitivo ni hubiera podido conocerlo pudiendo encontrarse la causa de ello en la enfermedad o no. Es decir, en nuestra opinión, el nuevo paradigma se aparta de la visión paternalista tradicional en el sentido de negar que el simple hecho de tener una discapacidad intelectual o psicosocial sea causa y motivo suficiente para mantener la inimputabilidad jurídica pues, puede haber casos –y de hecho los hay- que esa circunstancia o condición no implica el desconocimiento absoluto de la ilicitud referida. Países como Costa Rica han recogido de forma expresa este aspecto del nuevo paradigma, como se puede observar en el artículo 2-c) de la Ley n.° 9379, publicada en el Alcance 153 a La Gaceta n.° 166 de 30 de agosto de 2016, que define el *(P)aradigma de abordaje de la discapacidad desde los derechos humanos: el nuevo modelo de abordaje de la discapacidad regulado en la Ley N.° 8661, Aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 19 de agosto de 2008, que se centra en la dignidad intrínseca del ser humano, valorando las diferencias. La persona con discapacidad es sujeto de derechos y obligaciones, y no objeto de sobreprotección y/o lástima.*

Otro de los críticos abiertamente con la Observación General es ALEMANY[168] quien recoge y sigue la línea del autor anterior. Este autor comienza su crítica defendiendo el concepto pro paternalismo aplicable a los menores, no tanto por el hecho de ser menores como por el hecho de presentar alguna característica que les impide o dificulta la adopción de decisiones autónomas. Entiende que, por aplicación de la regla de justicia formal según la cual ha de tratarse de forma semejante los casos semejantes y de forma diferente los diferentes, si un adulto presentase la misma característica, entonces cabría concluir igualmente que puede o debe ser tratado con igual paternalismo. Para ALEMANY, la justificación del paternalismo en los menores[169] es tan evidente que, por analogía y, tomando como base que la justificación del mismo no se encuentra tanto en la minoridad cuanto en la incapacidad, debe ser aplicado a aquellos adultos que presenten la misma o similar "incapacidad". Sin embargo, adivina que este argumento no sería válido para los miembros del Comité e incluso que verían en su argumentación un peligroso sesgo discriminatorio en contra de las personas con discapacidad. Para el Comité, la analogía pertinente no se da entre las personas con discapacidad y la minoridad, sino entre la discapacidad y el género o la raza[170]; de manera que, según explica, la pretensión de ejercer el paternalismo con personas con discapacidad es análoga a la pretensión machista o racista de ejercerlo con las mujeres o los individuos de otra raza[171].

ALEMANY considera que la interpretación correcta del artículo 12 a la luz de los conceptos de discapacidad y discriminación de la Convención genera muchas dudas y pone como ejemplo las aclaraciones, reservas y declaraciones de algunos de los países miembros a la firma de aquélla, como Francia, Holanda, Australia, Canadá, Noruega o México, entre otros. Recuerda que España no efectuó ningún tipo de declaración o reserva y que asumió el concepto de discapacidad de la Convención en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con Discapacidad, al menos en lo referido al modelo social y al tratamiento unitario de todo tipo de discapacidad.

Al igual que hiciera anteriormente CANIMAS BRUGUÉ, ALEMANY critica el tratamiento indiferenciado de todas las situaciones de discapacidad pues, para ambos autores, la diversidad de situaciones englobadas en el propio concepto de persona con discapacidad no pueden ser entendidas como un rasgo personal similar al de género o raza. Ambos consideran que no se da la misma homogeneidad entre los que comparten género o raza y los que comparten la condición de discapacidad, puesto que la principal característica de ésta es precisamente la heterogeneidad y, además, existe una diferencia radical entre aquellas personas con discapacidad física y con discapacidad mental; opina que no ocurre nada similar en cuanto al género o la raza puesto que no se dan dos formas tan heterogéneas de ser mujer o ser miembro de una raza.

ALEMANY también considera que los problemas que se derivan de la condición de ser mujer o de pertenecer a alguna minoría racial se basan exclusivamente

[168] ALEMANY, 2018: 201-222.
[169] En términos similares, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2019:262.
[170] Tal como así afirmaba igualmente CANIMAS BRUGUÉ.
[171] ALEMANY, 2018:204.

en el hecho de la discriminación, así que la especial protección que requieren nace exclusivamente, según su criterio, de la prohibición de discriminación. Sin embargo, las personas con discapacidad se enfrentan no sólo al problema de la discriminación sino que, además hay que añadírsele los derivados de las "deficiencias" del propio sujeto por lo que la especial protección que requieren no se debe centrar solo en la prohibición de discriminación. A modo de ejemplo, ALEMANY dice que no es lo mismo que a una mujer no se le permita arbitrar un partido de liga por ser mujer, lo cual es una cuestión de discriminación, que el hecho de que no se le permita por ser ciega, con independencia de ser hombre o mujer. Para él, el error ya no de la Observación General Primera, sino de la propia CDPD, reforzado por aquélla, es el de tratar del mismo modo a discapacidades que son diferentes. Además, a su juicio, se ha producido una desconsideración sobre la relevancia de las discapacidades mentales o intelectuales abusando, según dice, de la analogía con el género al tiempo que se ignora la tradicional analogía con la minoridad lo cual, para él es un grave error. Entiende que so pretexto de luchar contra discriminaciones que sufren especialmente las personas con discapacidad se termina por desconsiderar totalmente los intereses de importantes grupos de personas con discapacidad mental.

Considera que la categoría apartada es la de "incapacidad" vinculada a la dificultad o imposibilidad para desempeñar una tarea y, en los contextos jurídicos, con la dificultad o imposibilidad para enfrentar la tarea de adoptar decisiones racionales[172]. ALEMANY reconoce que la incapacidad es relativa, de modo que todos somos incapaces en relación con algunas tareas pero cuando la incapacidad se manifiesta respecto de las tareas básicas, mínimas e imprescindibles para llevar una vida autónoma, entonces afirma que nos encontramos ante una incapacidad básica, una dificultad general para el autogobierno. Reconoce que, con frecuencia se ha tratado como incapaces a las personas con discapacidad física o sensorial lo cual califica sin titubeos como discriminación y violación de derechos. Sin embargo, para él la discapacidad mental o intelectual no responde a un prejuicio del mismo modo, ya que considera que existe vinculación entre éstas y la noción de incapacidad y aprovecha para señalar lo que en su opinión constituye la paradoja de que el Comité esté constituido mayoritariamente por personas con discapacidad, todas ellas física o sensorial pero no mental ni intelectual, que hablan y dicen representar a personas con estos últimos tipos de discapacidades quienes, a su juicio, deberían hablar en nombre propio.

Para ALEMANY, el modelo social proviene del llamado constructivismo social y el núcleo de la ideología del modelo social de la discapacidad se basaría en exagerar y deformar el componente social de la discapacidad, es decir, que la gravedad de ésta está en función de las circunstancias sociales de la persona hasta el punto de concluir que la discapacidad es siempre y ante todo el resultado de la discriminación, ya sea por acción u omisión, y al margen de las circunstancias biomédicas de la persona, es decir, de lo que tradicionalmente se ha considerado enfermedad o discapacidad.

Este jurista entiende que este modelo social de la discapacidad se ha ido

[172] Lo cual recuerda bastante a la idea de capacidad mental mencionada por el Comité como concepto diferenciado del de capacidad jurídica e identificado con la aptitud para adoptar decisiones.

construyendo siempre sobre las imposiciones de lo políticamente correcto[173] y que en el trasfondo de lo que él insiste en denominar ideología del modelo social hay un "activismo radical"[174] "que asume que en toda lucha hay víctimas inocentes y que la situación actual, o histórica, también ha tenido sus costes. Si se consigue mejorar en el respeto de los derechos de las personas con discapacidad en general, el problema de qué hacer con las personas con discapacidad mental que, no pudiendo gobernarse a sí mismas pueden ser abandonas a su suerte, se posterga; primero el cambio de paradigma, la revolución"[175].

Discrepa también ALEMANY del concepto de dignidad defendido por el Comité para el que, según dice, queda reducido a la autonomía individual y para el que la incapacitación judicial es un atentado a la dignidad. Asimismo, carga duramente de nuevo contra el Comité en esta crítica afirmando sin ambages que "El movimiento de vida independiente, el modelo social libertario, la Convención, el Comité, etc., están promovidos y protagonizados por discapacitados capaces, personas con deficiencias físicas y sensoriales, que han extendido sus conclusiones a los discapacitados incapaces, personas con deficiencias graves mentales, desconsiderando la especificidad de estos últimos[176] y, a mi juicio, promoviendo un marco jurídico en el que el respeto por su dignidad e igualdad están menos asegurados".

Por último, ALEMANY acoge con beneplácito la propuesta efectuada por ATIENZA para alcanzar lo que considera una interpretación razonable del artículo 12 de la CDPD[177], que consistiría en que los principios de la Convención y, particularmente, los de este precepto no se interpreten en sentido literal sino añadiéndole la cláusula "en la mayor medida posible", así, por ejemplo el art. 12-2 habría que leerlo: "Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen, en la mayor medida posible, capacidad

[173] También años antes LAFUENTE TORRALVA, 2012:124 se lamentaba de que lo que él denominaba "modo de la corrección política" hubiese incurrido en el ámbito de la discapacidad y afirmaba "muchos no necesitamos salpicar un discurso, documento o texto legal con la palabra "persona" para saber que un discapacitado lo es y como tal ha de ser tratado. Lo que no explicaba es cómo debe ser tratada una persona con discapacidad a su modo de ver.

[174] Expresión también acuñada anteriormente por CANIMAS BRUGUÉ.

[175] ALEMANY, 2018: 217. Crítica que igualmente dejaba entrever CANIMAS BRUGUÉ, 2016: 23, cuando señala "Ahí, los cínicos pueden responder que si la Observación General sirve para liberar a los millones de personas con diversidad funcional sometidos a un paternalismo esclavista, el abandono de cientos de miles es el precio que toda revolución debe pagar".

[176] Parece desconocer este autor la intervención directa de las personas con discapacidad intelectual y mental durante las negociaciones de la CDPD, al margen de la participación activa también de las organizaciones que representan la defensa de sus derechos. Sobre este particular, recuérdese lo expuesto anteriormente en este trabajo, *Vid. notas* [114] y [116] Además, puede recordarse el *Independiente pero no solo. Informe Mundial sobre el Derecho a Decidir*. INCLUSION INTERNATIONAL, 2014:54 "Teníamos el compromiso de cuestionar los límites tradicionales de la competencia e incompetencia que integran la noción de capacidad jurídica, en especial la capacidad de actuar. Al mismo tiempo, reconocimos los auténticos desafíos que enfrentan las personas con mayores necesidades de apoyo, es decir, quienes no se comunican de formas tradicionales o que, en la percepción de otras personas, no se comunican para nada, quienes están muy aislados (es posible que vivan en instituciones), quienes no disponen de una red de apoyo y quienes son vulnerables al abuso y a la explotación. Nuestro objetivo era garantizar que el artículo 12 no ignorara ni excluyera a esas personas, además de abordar suposiciones obsoletas sobre la capacidad para tomar decisiones. Por otra parte, hemos de recordar no solo el papel preponderante que tuvo durante la negociación de la CDPD, entre otras, la WNUSP, cuya Presidenta, abogada y autocalificada también como superviviente de la Psiquiatría, participó activamente como miembro del Grupo de Trabajo que presentaron al Comité Especial el primer texto de propuestas sobre el que negociar la CDPD. *Vid*. página 15 nota[53] y nota [1030].

[177] ATIENZA:2016:265.

jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida". Y así sucesivamente[178].

De lo hasta aquí expuesto, podemos deducir el enorme paralelismo existente entre las críticas efectuadas a la Observación General por CANIMAS BRUGUÉ por ALEMANY que coinciden principalmente en los siguientes aspectos: 1) Heterogeneidad del concepto de discapacidad. Modelo identitario. Equiparación del concepto de discapacidad con el de mujeres o negros con el mismo punto de unión: la discriminación. 2) Modelo construido bajo lo políticamente correcto negando las circunstancias biomédicas de la discapacidad. La discapacidad proviene solo de causas sociales (constructivismo social). 3) Exclusión de la incapacidad como paralelismo entre la discapacidad y la minoridad. 4) Irresponsabilidad del Comité al inadmitir formas sustitutorias de la voluntad abandonando así a las personas con discapacidad mental o intelectual. 5) Radicalismo del Comité: la mejora de los derechos de las personas con discapacidad en general justifica el abandono de las personas con discapacidad mental o intelectual. Respecto a estos puntos en común expresados por ambos autores formularemos brevemente algunas observaciones que mostrarán nuestras discrepancias con sus críticas.

En primer lugar, la pretendida heterogeneidad solo existe si se atiende a uno de los componentes de la discapacidad, según la nueva definición otorgada por la CDPD: el relativo a la deficiencia o condición específica de la persona; así, se puede hablar de personas con discapacidades físicas, psíquicas, sensoriales, etc. Pero, con arreglo a la CDPD, este elemento por sí solo no implica la existencia de discapacidad, pues para ello se exige que entre en juego el segundo: la existencia de barreras externas que impidan el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás: barreras físicas, estructurales, ambientales, etc.; solo entonces se puede hablar de discapacidad en los términos de la CDPD y solo entonces se puede "homogeneizar" al colectivo. La existencia de barreras que impidan el libre ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad con los demás da lugar a la discriminación. La negación de apoyos para superar tales barreras incapacita y discrimina a la persona para el ejercicio de su capacidad. La negación de apoyos supone, por tanto, la negación de su capacidad. Y la discriminación, claramente, viene por el hecho de su discapacidad al igual que, anteriormente, la discriminación contra la mujer o los negros, venía por el hecho de tener tal condición.

El argumento de la heterogeneidad del concepto de discapacidad podría ser igualmente empleado para estos dos colectivos porque tampoco se podrá negar que existen tantas mujeres o negros como condiciones individuales reúnan cada uno de ellos. Sin embargo, igualmente el elemento en común que todos tienen es la discriminación por negársele a todos en determinados momentos de la historia –incluso en la actualidad en algunos lugares- su capacidad

[178] Olvidan ambos autores que dicha coletilla figuraba en las primeras redacciones de lo que luego terminó siendo el artículo 12 y fue durante las negociaciones donde se eliminó, a instancias precisamente de las organizaciones de defensa de los derechos de las personas con discapacidad, para que no quedase duda alguna del reconocimiento pleno de la capacidad jurídica de éstas y de la prohibición de establecimiento de cualquier tipo de límite o restricción a la misma pues, aunque entonces se aclaró que la expresión "en la medida de lo posible" no se refería a la capacidad jurídica de la persona, sino a los recursos de que dispusiesen los estados para implementar las medidas de apoyo, la expresión ya daba lugar a equívocos.

jurídica precisamente por su condición: *ser* negro, *ser* mujer o *ser* persona con discapacidad. A las personas con discapacidad, particularmente discapacidad intelectual o mental pero también –todavía hoy en día - física o sensorial, por tener discapacidad y, presuponer que por ello carecen de capacidad de entender o de expresar su voluntad. Pero a las mujeres y a los negros, por entender que por la única razón de ser mujeres o negros carecían –o carecen todavía en algunos países- de capacidad de entender. Se presuponía esa falta de capacidad partiendo del mismo prejuicio que el que todavía se tiene con las personas con discapacidad. Y para muestra, las propias críticas mencionadas que presuponen decididamente la falta total de entendimiento de las personas con discapacidad mental o intelectual (al menos algunas de ellas) y, ni siquiera se cuestionan que el mismo se pueda alcanzar con apoyos más o menos intensos.

En segundo lugar, la propia definición de discapacidad[179] según el artículo 1 CDPD engloba la condición de la persona (deficiencia) y los elementos sociales. La discapacidad surge de su interactuación, como se ha visto. Por tanto, ambos factores están presentes. La alusión al nacimiento bajo "lo políticamente correcto" o a lo que autores como CARRASCO PERERA han venido a denominar "pensamiento único" de la discapacidad[180], parece una frivolidad cuando no una verdadera falta de respeto a todo el movimiento social integrado por una enorme cantidad de personas con discapacidad que han sufrido a lo largo de años y años la discriminación en sus propias carnes o en la de sus allegados. No parece muy acertado calificar de "políticamente correcto" o de "pensamiento único" de la discapacidad la reivindicación del cumplimiento de los derechos humanos para todas las personas por igual y para este colectivo tan maltratado, en particular. Una simple lectura de las actas e intervenciones de las propias personas con discapacidad o de sus representantes durante toda la negociación de la CDPD, a las que aquí se ha aludido someramente, debiera ser suficiente para retirar tal afirmación. El crecimiento de entidades participantes[181] y la diversidad de las mismas tanto durante la negociación como tras su entrada en vigor[182] pone en evidencia que

[179] Como explica, ASTORGA GATJES, 2008:139, fundador del CAUCUS, Otro elemento que vale examinar es que esta Convención requiere de una descripción de las personas beneficiarias de los derechos que reconoce y busca proteger. A diferencia de otros tratados, el tema de las personas beneficiarias fue motivo de un intenso debate. Esta situación se debió a que en el mundo existe una amplia gama de definiciones acerca de "una persona con discapacidad". No es casual, por ello, que haya países como los escandinavos, en los que el porcentaje de discapacidad supera el 20%. Mientras tanto, otros países, como el mismo México, donde no alcanza ni siquiera el 2%. Este acordeón estadístico se buscó superar en el nuevo tratado con la siguiente descripción, fijada en su primer artículo: "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".

[180] CARRASCO PERERA, 2018:1.

[181] Setenta asociaciones en el último periodo de sesiones.

[182] "Desde la primera reunión del Comité Especial hubo presencia de personas con discapacidad, quienes representaban a organizaciones internacionales y regionales, en su gran mayoría procedentes de países desarrollados. La sede de la ONU mostró todas sus debilidades en accesibilidad ante un contingente diverso que incluía las variadas formas de discapacidad. Igualmente, para muchos funcionarios de la ONU era la primera ocasión en que se encontraban con un grupo, reflejo directo de la diversidad humana, que en vez de presentarse sufriente aparecía con energía, reclamando sus postergados derechos. Fue durante la segunda reunión del Comité Especial que, con la participación de 25 organizaciones internacionales, regionales y nacionales, fue creado el caucus Internacional sobre Discapacidad (IDC, su sigla en inglés).

Desde ese momento y hasta lograrse la aprobación del tratado y aun después, ese Caucus desempeñaría

son las propias personas con discapacidad, incluidas aquellas con discapacidad intelectual o mental también representadas, las que demuestran que el modelo social no nace de un simple "postureo" políticamente correcto, si se nos permite la expresión, sino de una situación de desigualdad social a la que hay que dar respuesta.

Lo tercero que queremos destacar es que, efectivamente, el nuevo modelo evita el paralelismo con la minoridad por considerar que ambas son situaciones completamente diferentes. El pensamiento contrario ha llevado precisamente a la infantilización de las personas con discapacidad y, por ende, a la vulneración de su dignidad. Equiparar a un adulto con un niño supone negarle su experiencia, madurez, etc., que van definiendo sus capacidades, gustos, preferencias y voluntad. El modelo social aboga por resaltar y potenciar las capacidades al máximo y apoyar a la persona para que pueda desarrollarse. La infantilización supone justamente su negación[183].

En cuarto lugar, también los críticos han tachado al Comité de irresponsable por considerar que niegan en todos los casos la adopción de decisiones sustitutivas de la voluntad de la persona. El Comité no niega radicalmente la adopción de decisiones por representación y, de hecho, reconoce expresamente en la Observación General que ésta pueda existir, pero las limita a aquellas situaciones en que, a pesar de haber hecho un importante esfuerzo, no haya sido posible conocer la voluntad de la persona. En estos casos sí cabe la adopción de la representación en la toma de decisiones, si bien la persona que sustituya deberá tomar una decisión teniendo en cuenta la mejor interpretación posible de la voluntad de la sustituida. Los críticos niegan esta posibilidad porque consideran que ello podría suponer que la persona tomase decisiones que le pudieran perjudicar debido a que, precisamente, su falta de conciencia de enfermedad les impide entender el riesgo y critican que, según el modelo social, el derecho a la libertad prevalece por encima de otros pertenecientes también a la persona como la dignidad o la seguridad. Sin embargo, frente a esto cabe decir que el Comité lo que pretende es equiparar a todas las personas también en el derecho a equivocarse. Solo si queda claro que la persona consiente en perjudicarse, y ahí es donde está la clave, la decisión deberá ajustarse a su voluntad pero no si no queda claro que su voluntad sea esa; por

---

un papel estelar de incidencia para contribuir, con su sello, a darle cuerpo a la Convención. Ese grupo fue creciendo tanto cualitativa como cuantitativamente. En la octava reunión del Comité Ad Hoc, 70 organizaciones ya lo integraban. Es oportuno señalar aquí que gracias al Proyecto Sur, iniciativa impulsada por el IID, Red Latinoamericana de Organizaciones No Gubernamentales de Personas con Discapacidad y sus Familias (RIADIS) y *Handicap International*, ese Caucus se llenó de líderes de países en desarrollo, especialmente de Latinoamérica, en los dos últimos y decisivos períodos de sesiones del Comité Especial. Esta iniciativa le permitió alcanzar una mayor legitimidad política y una visión más amplia y diversa. Efectivamente, la influencia de este grupo de la sociedad civil se fue acrecentando por su carácter unitario, por la pertinencia de sus criterios técnicos relacionados con el universo de la discapacidad y por su capacidad política de penetrar ese mundo de vericuetos y códigos, el cual caracteriza al sistema diplomático de Naciones Unidas. Es por esa razón que se puede concluir que sin la madura intervención y los fundamentados aportes de la sociedad civil, particularmente del IDC, no se hubiera desarrollado un proceso tan abierto y participativo ni se hubiera logrado el texto de Convención que se aprobó en diciembre de 2006. De manera tan acertada como generosa lo ha resumido el presidente MacKay, al expresar que el 70% del texto aprobado fue gracias al aporte de la sociedad civil". ASTORGA GATJES, 2008:137.

[183] Precisamente, se observa en estas voces críticas que el paralelismo o punto de unión entre la minoridad y la discapacidad se encuentra en la incapacidad partiendo de la base de que las personas que presentan una discapacidad mental o intelectual carecen de voluntad, gustos o preferencias o capacidad para expresarlas, por lo que deberían ser sustituidas en vez de ser apoyadas para ello.

tanto, si la enfermedad o deficiencia impide que la persona la exprese y, por tanto, que se conozca, se nombrará a un apoyo que aplicará la mejor interpretación de su voluntad. Se reconoce el derecho a decidir por sí mismas[184] igual que a los demás pero dejando claro que la persona tiene voluntad de decidir lo que decide aunque sea en su perjuicio; igual que todo el mundo. Lo contrario sería imponer nuestra voluntad sobre la suya otorgando a ésta menos valor que a aquélla[185].

Como se ha expuesto anteriormente, las organizaciones no gubernamentales, entre las que se encontraron muchas representando a las personas con discapacidad mental o intelectual, tuvieron un papel decisivo en la negociación de la Convención[186] y fueron ellas las que precisamente dieron un impulso decisivo al modelo social. Esta ingente, histórica e insólita participación de las personas con discapacidad en el proceso del Tratado que regularía de forma unánime su nuevo *estatus* jurídico y que, como se ha repetido, consiguió una aprobación unánime de la Convención ("nada para nosotras sin nosotras") supuso ese cambio de visión de la discapacidad que explica, sin duda, lo que con cierto desprecio CARRASCO PERERA denomina "pensamiento único" y, efectivamente, es lo que guía el nuevo paradigma de la discapacidad porque ellas, las personas a quienes se dirige este nuevo modelo, así lo han querido. En la actualidad, ellas siguen siendo escuchadas. El propio Comité modificó el sistema de participación para permitir e incluir precisamente la de éstas en la presentación de los informes de los Estados miembros en virtud de lo previsto en el artículo 35, pudiendo no sólo presentar los suyos propios y así unirlos a toda la documentación que el Comité tiene delante mientras examina los informes periódicos, sino también permitiendo su participación y presencia en las reuniones periódicas que, con motivo de la presentación de tales informes, mantiene con los Estados parte; así como para permitir su participación en la elaboración de las Observaciones Generales y otros trabajos del propio Comité[187].

---

[184] El derecho a decidir supone tener el control y elegir en nuestra vida, así como tener apoyo para hacer elecciones que reflejen nuestra voluntad y nuestras preferencias. Para ejercer el derecho a tener el control de la vida propia, se somete a las personas con discapacidad intelectual a preguntas acerca de si son "humanos" y a actitudes y conceptos erróneos sobre sus habilidades (capacidades). Al rechazar estas suposiciones de *larga data*, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) de las Naciones Unidas marca un cambio fundamental en el reconocimiento social, jurídico y político de las personas con discapacidad, así como en la manera en la que tomamos decisiones en la vida. *Independiente pero no solo. Informe Mundial sobre el Derecho a Decidir*. INCLUSION INTERNATIONAL, 2014:19.

[185] Se cuestiona LEGEREN MOLINA:2019, 197-198 si el derecho a equivocarse puede ser susceptible de limitación. Al respecto, considera que el límite al mismo debe encontrarse en el "peligro objetivo" hacia su persona o patrimonio, concepto distinto al "mero perjuicio"; si bien el propio autor, reconoce la dificultad de dotar de contenido a estos conceptos jurídicos indeterminados, función que recaerá sobre la autoridad judicial.

[186] *Vid.* Notas[176] y [182]

[187] NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/11/2. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su 11º período de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014). En: un.org, Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/029/45/PDF/G1402945.pdf?OpenElement . Por lo tanto, todas las personas con discapacidad, independientemente de la condición individual, continúan teniendo presencia en el Comité. Los miembros de éste son personas con y sin discapacidad cuyos puestos son rotatorios. El Comité está abierto a todo tipo de personas y sexos por lo que, el hecho de que, en la actualidad no se incluyan en el mismo personas con discapacidad mental o intelectual no implica que no puedan estar en el futuro ni tampoco que no se les tenga en cuenta. El mismo argumento podría emplearse contra los discrepantes lo cual reflejaría una enorme pobreza crítica.

Otra de las voces que se viene escuchando contra algunas de las tesis del Comité es la de la PEREÑA VICENTE[188], quien defiende que la CDPD no suprime la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar sino que tal distinción se mantiene y se desprende de la propia literalidad del artículo 12. Según la profesora, la CDPD no da el mismo tratamiento a la capacidad jurídica (la titularidad de derechos igual para todos) que a la capacidad de ejercicio (capacidad de obrar) y en consecuencia, no confunde ambos conceptos. Por ello, la interpretación justamente contraria del Comité ha forzado al máximo la interpretación del párrafo 2 del artículo 12 al aunar dentro del concepto de capacidad jurídica el de obrar, lo cual resulta, en sus palabras, deshonesto.

Sin embargo, esta cuestión ya había quedado zanjada en la propia negociación de la CDPD[189].

Por tanto, el Comité no fuerza su significado sino que se limita a reproducir lo que, en su momento, se acordó en la negociación por los Estados firmantes, entre ellos España que, como se ha reiterado, no formuló reserva ni declaración interpretativa alguna y que, sin duda alguna, ha acatado el concepto amplio defendido por el Comité y por el propio Estado durante la negociación de la Convención[190]. Prueba de ello es el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, anteriormente mencionado, sobre el que volveremos detenidamente más adelante, que claramente expone que el concepto de capacidad jurídica tradicional de nuestro ordenamiento jurídico ha sido ampliado por la CDPD ratificada por España y que el significado que hay que darle es el interpretado por el Comité[191].

Discrepa también PEREÑA VICENTE de la interpretación del Comité respecto al párrafo 3 del mismo artículo, relativo a la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas necesarias para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Para ella, la interpretación de la Observación General Primera pretende suprimir la tutela y cualquier sistema de representación y sustituirlo por un modelo de apoyos. Estima que este modelo prohíbe la sustitución total

---

[188] PEREÑA VICENTE, 2016: 141-173; conclusión a la que antes de los primeros pronunciamientos del Comité ya había llegado MAYOR FERNÁNDEZ, 2011:8-9, siguiendo a su vez a otros autores como GORDILLO CAÑAS,1986:51 Y 77 O GARCÍA PONS, 2008:45-47.

[189] Concretamente, como ya hemos visto anteriormente, fue durante la última sesión del octavo periodo de sesiones celebrada el 5 de diciembre de 2006 cuando finalmente se decidió suprimir la nota a pie de página impuesta por China, Rusia y los Países árabes que decía que en dichos países la capacidad jurídica no incluye a la capacidad de obrar. La decisión de aceptar su retirada vino, como también se ha expuesto, después de recibir la carta del Presidente del Comité así como otra de los representantes de la Unión Europea. Además, también lo puso de relevancia el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad.

[190] Lo cual se desprende de los informes emitidos por la Subcomisión de Expertos sobre la Convención de la ONU de Real Patronato de la Discapacidad de cara a las reuniones que mantendría el Comité Especial en su séptimo y octavos periodos de negociación. *Vid.* notas[104] y [122].

[191] La Exposición de Motivos del Anteproyecto, literalmente indica que *ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos, como la legitimación para ejercitarlos.* Así lo ha recogido igualmente la doctrina mayoritaria. *Vid.* GARCÍA RUBIO, 2018-I; TORRES COSTAS, 2018; DE LORENZO GARCÍA, PALACIOS, DE MIGUEL VIJANDI Y PÉREZ BUENO, 2016; CISTERNAS REYES, 2015; ALCAÍN MARTÍNEZ, 2011; O CUENCA GÓMEZ, 2010, entre otros.

que implica la tutela y, por tanto, no admite la representación; sin embargo, añade que si se admite que las medidas pertinentes deben ser proporcionales habrá casos en los que sea precisa la representación para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica y, por tanto, de los derechos de las personas. En su opinión, el objetivo del artículo 12 es la adopción, por parte de los Estados, de las medidas pertinentes para proporcionar el apoyo que necesiten en el ejercicio de la capacidad jurídica; de ahí concluye que la finalidad perseguida es el apoyo, no la medida en sí. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la finalidad perseguida por el artículo 12 no es ni el apoyo ni la medida, sino el ejercicio de la capacidad jurídica. Ese apoyo exigirá a veces una mínima intervención, pero en otras ocasiones consistirá en representar a la persona, si ésta es la única vía para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Para la autora citada, el rechazo a la representación se deriva de dos motivos: de la heterogeneidad de destinatarios de la Convención [192] y del desconocimiento de ciertas realidades muy complejas que exigen la representación; añade que el representante, al igual que en la representación voluntaria, actúa en interés de su representado y por ello entiende que la tutela cabría como medida de apoyo dentro del artículo 12 de la Convención. Para ella, solo si se admite la representación se colocaría a la persona en condiciones de igualdad con los demás.

Sin embargo, como ya hemos anticipado, no es cierto que el Comité rechace como medida de apoyo la representación; lo que el Comité rechaza es la sustitución. No es lo mismo tomar decisiones "en nombre de" otro (representación) que tomar decisiones "por" otro (sustitución) [193] . Efectivamente, la representación puede ser voluntaria o legal pero al igual que en aquélla, en ésta también puede haber representación de acuerdo con la voluntad de la persona; esto es, actuar en nombre del representado no se ha de equiparar a no seguir su voluntad porque esta no sea conveniente para sus intereses[194].

[192] Nuevamente aparece esta crítica, a la que ya hemos dado respuesta.

[193] LACRUZ BERDEJO, 1974:274-275, distingue entre el representante y el *nuntius*. Haciéndose eco de lo aceptado por la doctrina dominante, indica que para que haya verdadera representación es preciso que el representante manifieste una voluntad propia: que no se presente como mero correo (*nuntius*) de una voluntad ajena totalmente formada, limitándose a declararla como tal voluntad ajena, incluso con las palabras exactas que le han ordenado pronunciar o que corresponden al negocio a celebrar. Este, por ejemplo, sería el caso de quien representa al novio o novia en un matrimonio por poder. Sin embargo, continúa explicando que el verdadero representante declara una voluntad que no está descrita exactamente en el poder, decidiendo con cierta libertad dentro de los límites marcados por el poderdante. Pero en la relación interna éste puede haber señalado al representante en los términos literales de su manifestación, y aun el mero correo o *nuntius* está dotado de un *poder* y tiene siempre la posibilidad de negarse a concluir el negocio; con lo que la trascendencia de la distinción se reduce a una llamada de atención sobre la necesidad de tener en cuenta el grado de intervención de representante y representado en la formación de la voluntad negocial. Parafraseando a Savigny, indica que "la distinción radical entre mensajero (*nuntius*) y el representante se hace injustificadamente: habra diferencia entre cantidad de poder, no de cualidad;…; en todo caso, el mensajero o el representante será siempre *el portador de mi voluntad*". Por tanto, resulta evidente que entre un mero transmisor de la voluntad (*nuntius*) y un representante que manifieste una voluntad propia según lo indicado por su representado, caben infinidad de posibilidades o, como indicaba Savigny, una cantidad distinta de poder otorgado. En toda esta zona intermedia es donde encontraría su lugar el representante y, particularmente el curador con facultades de representación, que incorpora el Anteproyecto de ley de reforma del Código Civil que se comentará en este trabajo.

[194] Que es lo que sí dice el Comité porque así se decidió previamente por los agentes negociadores de la Convención y porque la atención a los deseos, preferencias y voluntades de la persona es el principio que impregna toda la Convención y lo que caracteriza precisamente el nuevo paradigma.

El Comité lo que sí matiza es que, en el caso en que haya de recurrirse a la representación en aquellos casos excepcionales en que no se haya podido averiguar la voluntad actual, el representante no ha de actuar movido por el "superior interés"[195], sino igualmente por el interés "preferido"[196] por la persona representada o sustituida y, para ello, el representante deberá hacer el esfuerzo de atender a la mejor interpretación posible de la voluntad de aquélla. Se rechaza, sí, el criterio del "mejor interés" o del "interés superior" porque la sustitución había evidenciado los enormes abusos a los que se habían visto sometidas, en nombre de tal principio[197]; aún así, no se niega, ni en la Convención ni por el Comité, que el apoyo no pueda ser de una muy elevada intensidad[198].

Por último, queremos señalar que se advierten en los tres autores críticos aludidos una nota en común: estiman que esta postura del Comité y de quienes la apoyan, además de ser "radical"[199], no es atacada por quienes no la comparten por el riesgo a ser criticados como retrógrados o anti-derechos humanos y no defender lo que denominan solo "postulados autoritarios"[200] colocados dentro de lo "políticamente correcto"[201], habiéndose convertido en una suerte de "mordaza contra el pensamiento crítico, ya sea porque no permite decir lo que se piensa o porque no permite pensar siquiera"[202].

Desde nuestro punto de vista, la postura del Comité es sencillamente el fruto de lo que las personas con discapacidad han querido y siguen queriendo. Ya nos hemos detenido suficientemente en las primeras páginas de este trabajo sobre las razones invocadas por las más heterogéneas asociaciones representantes de las personas con discapacidad para alcanzar el cambio de paradigma basado en el enfoque de derechos humanos. Todas ellas se pueden resumir en la constatación de la vulneración reiterada de los derechos

---

[195] Como pone de manifiesto GARCÍA RUBIO, Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, donde se ha elaborado el Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil y otras leyes en esta materia, no se reconoce en ningún lugar del texto prelegislativo que los encargados de prestar el apoyo hayan de actuar en el mejor interés (o interés superior) de la persona con discapacidad. La profesora se hace eco de la enorme controversia que ha existido y existe todavía en torno a esta cuestión, particularmente, si ese principio ha de regir en relación con las personas adultas con discapacidad y evidencia las discrepancias al respecto entre la CDPD y su Comité, y la doctrina jurisprudencial seguida todavía hasta la fecha por el TEDH, problemática, por otra parte, no exclusiva de nuestro ordenamiento jurídico interno, sino existente también en otras legislaciones. En este sentido, como señala, la opción del Anteproyecto de Ley se sitúa en la línea indicada por la ya citada Observación General nº 1 del Comité de Expertos de la ONU de 2014, que coloca la voluntad, deseos y preferencias de la persona por encima de cualquier consideración relativa a su mejor interés. Este planteamiento de base se hace en la inteligencia de que, como regla general, es la persona con discapacidad y sólo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su interés, incluso aunque se equivoque pues las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás. GARCÍA RUBIO, 2018-II: 32-33.

[196] TORRES COSTAS, 2018:3.

[197] Como las propias asociaciones de personas con discapacidad, especialmente aquellas que representan a las personas con discapacidades mentales o intelectuales, pusieron de manifiesto. Por todas, INCLUSION INTERNATIONAL, 2014:19. *Vid.* nota[111].

[198] No ha de olvidarse que, a preguntas del Presidente del Comité Especial, en su día, el representante del Caucus reconoció que admitirían que en una escala de 1 a 100 el apoyo pudiera llegar a ser de 100 pero una de las diferencias con el régimen de tutela estaría precisamente en que en el modelo social la persona siempre estaría en el centro participando de la toma de decisiones que le afectasen hasta donde fuera posible lo que, a criterio del Caucus, no cabía en el régimen de tutela donde la persona no participa de la toma de decisiones sino que es otro quien las toma por ella.

[199] CANIMAS BRUGUÉ, 2016: 15.

[200] PEREÑA VICENTE, 2016: 153.

[201] ALEMANY, 2018: 15-17.

[202] ALEMANY, 2018: 22.

fundamentales de las personas con discapacidad bajo el argumento paternalista de su protección y la salvaguarda de su mejor interés. Este es el mismo razonamiento que en tiempos pretéritos se hacía valer para negar igualmente la capacidad jurídica de las mujeres, por ejemplo. Afortunadamente esto se ha superado y, con la CDPD, ha llegado el tiempo también de superar un paradigma que ha dejado al margen a un colectivo importante de nuestra sociedad que se ha hecho escuchar y continúa haciéndolo reclamando ser ellos mismos quienes decidan cómo quieren vivir. Recordemos su lema de nuevo: "nada para nosotras sin nosotras". Las personas con discapacidad que intervinieron en la negociación fueron muy diversas y muy numerosas. Representaron al colectivo a nivel mundial y reivindicaron la aprobación de esta Convención como un clamor.

Desde nuestro punto de vista tachar de "pensamiento único", "postulados autoritarios" o de "mordaza contra el pensamiento crítico, ya sea porque no permite decir lo que se piensa o porque no permite pensar siquiera" demuestra un enorme desconocimiento o desprecio por todas las personas que reclamaron y continúan reclamando sencillamente ser iguales a las demás[203].

Quienes no estén de acuerdo con sus argumentos o razones son libres de expresarlo al igual que lo han hecho quienes se atreven a decir que aquéllos temen ir en contra de lo que denominan "políticamente correcto". Lo que no parece muy apropiado es acusar a quienes se han atrevido a alzar la voz a favor de sus derechos de ponerles una mordaza para ello. Quizá lo que realmente ocurra es que los que callan carecen de argumentos para defender su postura.

1.10. EL CARÁCTER DE LOS INFORMES Y OBSERVACIONES DEL COMITÉ

Mediante el artículo 34 de la CDPD se crea y regula el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (el Comité), como órgano de supervisión e interpretación de la Convención. Entre las obligaciones que le fueron encomendadas, figura en el apartado 10 la de adopción de su propio reglamento. Siguiendo este mandato, durante el tercer periodo de sesiones celebrado del 22 al 26 de febrero de 2010 el reglamento fue aprobado[204]. Su segunda parte se refiere a las funciones del Comité reguladas entre los artículos 39 y 91. Dentro de ellas, se le otorgan las relativas a la elaboración de directrices para la realización de los informes previstos en virtud de lo establecido en los artículos 35 y 36 de la CDPD[205], así como la supervisión y

[203] Recordemos que en la octava sesión estuvieron representadas más de 70 asociaciones a nivel mundial en nombre de personas con discapacidades de todo tipo, incluidas las discapacidades mentales e intelectuales, y que las propias personas con estas mismas discapacidades participaron activamente y fueron escuchadas durante las reuniones celebradas, reclamando su derecho a autogobernarse con apoyos, solo si fuera preciso y así lo deseasen; recordemos, por último, que su voz sigue estando presente en las reuniones periódicas del Comité para la revisión de la adaptación de la CDPD en los distintos Estados.

[204] NACIONES UNIDAS, 2010, CRPD/C/4/2. Reglamento del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, En: refworld.org, Disponible en: http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4eeefe632

[205] En su 16º período de sesiones, el Comité estableció en el artículo 48 ter de su Reglamento un procedimiento facultativo consistente en la preparación y aprobación de una lista de cuestiones previas que se habrían de transmitir al Estado parte interesado antes de que presentase su informe periódico. Las respuestas a esta lista de cuestiones constituirían el informe que el Estado parte debería presentar en virtud del artículo 35 de la Convención.

examen de estos, la elaboración de observaciones y recomendaciones generales y el examen de las comunicaciones presentadas en virtud del procedimiento del protocolo facultativo.

Se trata, pues, del órgano creado por la CDPD para interpretación y supervisión del grado de cumplimiento e implantación de aquella en cada uno de los Estados Parte. Su protocolo facultativo será de aplicación exclusivamente respecto de aquellos Estados Parte que lo hayan ratificado.

Llegados a este punto, nos planteamos la cuestión relativa a la eficacia, validez o utilidad de estos dictámenes que periódicamente habrá de emitir el Comité en relación con los informes que, a tenor de lo previsto en los mencionados artículos 35 y 36 de la CDPD, habrán de presentar a este órgano de supervisión. El interés de esta cuestión es evidente: han pasado más de diez años desde que este Tratado entró en vigor en España. El Comité ha tenido oportunidad de pronunciarse ya sobre la situación en nuestro país, dejando claro que nuestro ordenamiento jurídico está todavía muy lejos de la plena adaptación a la Convención, especialmente en lo relativo al igual reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, cuestión clave del propio Tratado. A pesar de las contundentes recomendaciones del órgano supervisor, España no se ha dado prisa en armonizar su legislación con la CDPD y ello, en la práctica, se traduce en que, de acuerdo con el texto de ésta y, sobre todo, con los informes, observaciones y recomendaciones efectuadas a España en el año 2011, reiteradas recientemente en 2019, a las que luego nos referiremos, y con la Observación General Primera del Comité, el Estado español mantiene un sistema que vulnera los derechos de las personas con discapacidad.

En efecto, todavía se mantiene el viejo sistema de tutela que permite la sustitución de la voluntad de la persona legalmente "incapacitada" o con su capacidad "modificada" en la toma de decisiones, incluidas las decisiones que afectan a su derecho a la libertad, permitiendo los ingresos involuntarios, o a la integridad, manteniendo la prestación del consentimiento médico por representación, por ejemplo. El Comité ha recomendado a España que derogue las leyes que permiten esto y cambie el sistema de sustitución por uno de apoyos. Asimismo, ha recomendado que expulse el principio de "mejor interés" en relación con las personas adultas con discapacidad y, en su lugar, promueva el de respeto a su voluntad.

Como hemos visto, la postura del Comité ha sido ya duramente criticada en nuestro propio país. El Anteproyecto de reforma del Código civil y de la legislación procesal actualmente en trámite permitirá, como hemos visto, la representación plena en situaciones excepcionales. La práctica nos ha demostrado, y más adelante se profundizará sobre esta cuestión, que, a pesar de que nuestro ordenamiento obligaba desde el año 1983 a la graduación de las sentencias sobre capacidad, elaborando lo que común y doctrinalmente se ha venido en llamar un "traje a medida" para cada caso particular, la mayoría de las sentencias dictadas en este tipo de procedimientos son muy similares optando, entre las diferentes posibilidades, por la incapacitación total de la persona con nombramiento de tutor, si bien, esta tendencia se ha suavizado en los últimos años con una cierta tendencia ahora a la "modificación parcial de la capacidad" con nombramiento de curador. Esta situación, constatada a lo largo del tiempo, nos hace intuir cierto riesgo en la "excepcionalidad" prevista

en la reforma pues, a través de esa pequeña puerta podría ocurrir, como ha ocurrido antes según se ha expuesto, que lo que debiera ser *ultima ratio* termine por convertirse en la norma.

Además, al día de la fecha, como hemos dicho, el procedimiento de ingreso involuntario, por ejemplo, permanece inalterado.

Ante esta situación, podría darse el caso de que personas con discapacidad sobre las que se hubiesen acordado medidas que considerasen contrarias a la CDPD y a las recomendaciones del Comité, presentasen, tras los cauces de rigor, la oportuna queja ante éste que, finalmente, de ser admitida a trámite, emitiría un informe sobre si, con arreglo a lo establecido en el Tratado, el Estado en cuestión ha vulnerado los derechos de las reclamantes y, en caso afirmativo, concretaría las medidas que dicho Estado debiera adoptar para cesar en tal vulneración, y fijaría incluso, si procediera, medidas de carácter indemnizatorio para las personas afectadas. En un principio, todo parecería indicar que el valor del informe emitido por el Comité sería vinculante para el Estado infractor y la persona perjudicada podría interesar sin problemas su ejecución. Dicha vinculación derivaría de las obligaciones a las que el propio Estado se habría comprometido con la firma y ratificación de la Convención y de su Protocolo Facultativo.

Hay quienes defienden que dichos informes, observaciones, recomendaciones, etc., deben tener carácter vinculante para quienes han suscrito y ratificado la Convención y, en su caso, el Protocolo Facultativo, y sus dictámenes han de ser ejecutables en esos Estados Parte[206]. Sin embargo, este asunto no ha sido pacífico ni entre la doctrina[207] ni en la jurisprudencia[208].

Sobre la cuestión relativa a la relevancia interpretativa de los diferentes tipos de decisiones adoptadas por los Comités *ad hoc*[209] creados para la garantía de los Tratados pertenecientes al sistema universal de protección de los derechos humanos, como es la CDPD, se ha pronunciado la profesora PATRICIA CUENCA GÓMEZ[210], como ya hemos recordado en otros trabajos[211].

Estos Comités desarrollan un importante papel en la interpretación de los Tratados que los crean aclarando, en caso de duda, el sentido y alcance de los derechos en ellos reconocidos y, por ende, las obligaciones de los Estados parte al respecto. Suelen emitir observaciones en relación con los informes que, periódicamente, les remiten los Estados pero también observaciones generales sobre cuestiones concretas del Tratado. Por esta razón, se dice que estas observaciones generales operan, en la práctica, como un dictamen jurídico general que expresa cómo el Comité entiende conceptualmente alguna

[206] FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, 2009: 179-198; GUTIÉRREZ ESPADA, 2018: 836-851; TRINIDAD NÚÑEZ, 2009: 329-349.

[207] En opinión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2019:257, coincidiendo con DE SALAS MURILLO, 2018:1-6, no existe a cargo de los Estados signatarios una obligación, en sentido estricto, de cumplir con las recomendaciones y opiniones del Comité, de forma que "un Estado Parte debe comprometerse con la interpretación y reconocerle el correspondiente valor", pero que en última instancia tiene el derecho de rechazar tales conclusiones si encuentra la base argumental necesaria.

[208] *Vid.* notas[217], [222] y [224].

[209] Como recuerda, GUTIÉRREZ ESPADA 2018: 836-851, este tipo de Comités se configuran normalmente con órganos técnicos integrados por expertos independientes, designados a título individual, que no pueden recibir instrucciones de ningún gobierno ni otro órgano u organización nacional o internacional a fin de garantizar su independencia e imparcialidad.

[210] CUENCA GÓMEZ, 2012:1-21.

[211] TORRES COSTAS, 2018: 12-13.

disposición particular[212]. Por ello, se afirma que estas observaciones generales han de ser empleadas como criterio interpretativo por los jueces y tribunales nacionales, a tenor de lo previsto en el artículo 10-2 CE.

También se reconoce relevancia a los dictámenes emitidos por estos Comités en la resolución de quejas individuales presentadas cuando el Tratado en cuestión permite este tipo de mecanismos, como sería el caso del procedimiento previsto en el Protocolo Facultativo aplicable a aquellos Estados parte que lo hubieran ratificado, actuando así como órganos cuasi-judiciales creando una especie de jurisprudencia que constituye igualmente un interesante punto de referencia e interpretación de los tratados[213]. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, va todavía más allá al afirmar categóricamente, refiriéndose al Estado español, que la ejecución de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos cuya competencia ha sido aceptada por España[214], constituye una obligación tanto desde la perspectiva del Derecho interno español como del Derecho Internacional[215].

Partiendo de esa base, entendemos que tanto el legislador como los tribunales españoles deberían seguir el paradigma impuesto por la CDPD en el sentido matizado por el Comité no solo en sus observaciones y recomendaciones relativas al informe presentado por el Estado español en el año 2011, que luego se comentará, sino también en la Observación General Primera emitida en el año 2014 en relación al concepto de capacidad jurídica del artículo 12 de la CDPD. Lo han de hacer en todo aquello que es de aplicación al ejercicio de dicha capacidad y específicamente en cuanto al disfrute del derecho a la libertad reconocido en los artículos 14 y 19 de la misma.

Sin embargo, respecto al valor interpretativo de los dictámenes de estos Comités, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, CUENCA GÓMEZ o, más recientemente, GUTIÉRREZ ESPADA, se hacen eco también del cuestionamiento que, desde hace ya algún tiempo, venían haciendo el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional españoles respecto de su relevancia interpretativa. Concretamente, CUENCA GÓMEZ menciona el caso del Comité de Derechos Humanos respecto al cual, debido a la controversia surgida en relación con los informes que éste emitió condenando a España por la vulneración del artículo 14-5 del Pacto de Derechos civiles y políticos, ambos tribunales mantuvieron una posición más que cuestionable en relación con el valor interpretativo de sus dictámenes que, de extenderse o generalizarse, podrían limitar injustificadamente el artículo 10-2 CE[216].

Así, el Tribunal Supremo mantenía que el Comité de Derechos Humanos es un órgano político de orden internacional y no de carácter jurisdiccional[217], por lo

[212] CUENCA GÓMEZ, 2012-II: 1-21

[213] *Ibidem*

[214] Entre las que podemos incluir sin ningún género de dudas a las del Comité de Derechos para las Personas con Discapacidad.

[215] FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, 2009: 179-198

[216] CUENCA GÓMEZ -II: 1-21

[217] Así, la STS 141/2015, de 11 de febrero, de la Sala 2ª de lo Penal, respecto del Comité de Derechos Humanos, que ha visto en él un órgano "político", "no jurisdiccional", afirmaba que: "el mencionado Comité de Derechos Humanos de la ONU no tiene carácter jurisdiccional de modo que sus resoluciones o dictámenes carecen de aptitud para crear una doctrina o precedente que pudiera vincular a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo". Otras sentencias que también niegan el carácter vinculante de este tipo de informes son las de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2011 (recurso de casación

que sus resoluciones o dictámenes carecen de aptitud para crear una doctrina o precedentes que pudieran ser vinculantes para los tribunales españoles. En la misma línea, recuerda que en la STC116/2006 de 24 de abril, el Tribunal Constitucional llegó a negar al Comité la facultad de interpretar el Pacto porque, según afirmaba, la norma internacional no le otorga tal competencia[218].

Son varios los autores críticos[219] con estas sentencias; reconocen que los Comités son órganos de garantía de los Tratados internacionales de derechos humanos de la ONU, pero no son órganos jurisdiccionales, lo cual significa que sus decisiones no tienen fuerza ejecutiva, sin embargo, su labor interpretativa no puede ser calificada de irrelevante en la medida en que son órganos comunes de algunos Tratados en los que son Estado parte la mayoría de los miembros de la comunidad internacional. Es más, el que no tengan un carácter judicial no implica que sus decisiones no sean obligatorias para los Estados que han manifestado su consentimiento para obligarse por los Convenios de Derechos Humanos que aquellos Comités supervisan y por los procedimientos de supervisión y control que establecen. Por ello, no se puede negar que la interpretación que realizan estos Comités es una interpretación autorizada[220] del Tratado, que ha de ser tenida en cuenta por los poderes nacionales y, en el caso español, por las autoridades normativas sobre las que recae el mandato de interpretación conforme a lo establecido en el apartado 2 del artículo 10 de la CE[221].

A nivel jurisprudencial la cuestión también se ha mostrado claramente controvertida y prueba de ello es la reciente STS de 17 de julio de 2018[222], en la que se repasan las diferentes tesis jurisprudenciales acerca del carácter vinculante de los dictámenes emitidos por los Comités creados al amparo de los diferentes Tratados sobre Derechos Humanos y se resuelve acerca del cauce procesal adecuado para solicitar del Estado español su cumplimiento cuando, como en el caso del Comité creado por la CDPD o el creado por la CEDAW sobre el que directamente versa la sentencia, el ordenamiento jurídico español no prevé un procedimiento *ad hoc* para ello[223].

3862/2009), de la Sala Segunda de 25 de julio de 2002 (recurso de revisión 69/2001), y de la sala Quinta de 9 de noviembre de 2001 /recurso de casación 28/2001),entre otras, citadas por la STS 1263/2018, de 17 de julio de 2018.Roj: STS 2747/2018-ECLI:ES:TS:2018:2747, que luego comentaremos.

[218] Pese a ello, y en relación con el TEDH, la misma Sentencia del Tribunal Constitucional reconocía que, aunque los dictámenes del Comité "no sean resoluciones judiciales, no tengan fuerza ejecutoria directa y no resulte posible su equiparación con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no implica que carezcan de todo efecto interno en la medida en que las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10-2), interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales".

[219] FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, 2009:179-198; CUENCA GÓMEZ, 2012-II:1-21 y el propio GUTIÉRREZ ESPADA, 2018:836-851, ya citados, entre otros.

[220] TRINIDAD NÚÑEZ, 2009:329-349, literalmente se plantea: "Y si estos Comités no pueden interpretar "auténticamente" dichos tratados. ¿a quién correspondería entonces esa facultad?"

[221] *Íbidem*, pp. 23-24.

[222] STS 1263/2018, de 17 de julio de 2018. Roj: STS 2747/2018-ECLI:ES:TS:2018:2747. Disponible también en: https://www.womenslinkworldwide.org/files/3045/sentencia-angela-tribunal-supremo.pdf

[223] En referencia a este caso concreto, el magistrado LOSADA AROCHENA, 2015: 6-15, consideraba que, al no existir en nuestro ordenamiento jurídico interno un procedimiento que permitiera dar validez a los dictámenes del CEDAW, la situación excedía de lo jurídico, y entraba en el campo de una decisión política que, a través de las oportunas modificaciones legales diese eficacia en el Derecho interno a los

Esta sentencia resuelve el caso de una mujer que presentó demanda contra el Estado español sobre responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia alegando que existió un funcionamiento inadecuado que propició que su hija fuese asesinada por su ex pareja, entendiendo que dicha muerte podría haberse evitado si la Administración de Justicia hubiese actuado adecuadamente. La pretensión fue desestimada en todas sus instancias, primero en vía administrativa y, posteriormente, en las diferentes instancias judiciales, Audiencia Nacional primero y Tribunal Supremo después. Frente a estas resoluciones judiciales, la actora presentó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue inadmitido por no apreciar éste relevancia constitucional.

Agotadas todas las instancias, la demandante recurrió entonces al procedimiento previsto en la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer y su Protocolo facultativo, ratificados ambos por España. Este Comité dictaminó que España había incumplido esa Convención y, con ello, vulnerado ciertos artículos recogidos en la misma, además de la recomendación general 19. En consonancia con lo anterior, el CEDAW formuló diferentes recomendaciones al Estado español, entre las que se encontraba la de otorgar a la actora una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos; y la de tomar medidas efectivas y adecuadas para que los antecedentes de violencia doméstica fueran tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visitas relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no pusieran en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, entre otras.

A fin de hacer efectivo el dictamen emitido por el CEDAW, la actora formuló inicialmente un recurso extraordinario de revisión que fue desestimado por lo que, posteriormente, planteó otra nueva reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la justicia, en la que solicitaba se dictase una resolución estimatoria de la declaración por la que se procediera a cumplir con los dispositivos del Dictamen del Comité de la CEDAW y se le otorgase una reparación integral que incluyera medidas de garantía y no repetición por los daños causados.

Se trataba de conseguir el cumplimiento por parte del Estado español de las recomendaciones emitidas por el Comité de la Convención a la que España se había obligado. En definitiva, de otorgar al Dictamen del Comité (y por ende, a lo dictámenes de los Comités creados por los Tratados internacionales en general) no solo carácter vinculante sino, además, ejecutivo y ello aunque el ordenamiento jurídico español careciese de un procedimiento autónomo interno y específico para instar el cumplimiento de los Dictámenes del Comité. Sobre este aspecto ya se habían pronunciado en anteriores ocasiones nuestros Tribunales, tanto el Constitucional como el Supremo[224]. La STC 70/2002, de 7 de abril, reconocía la competencia del Comité exclusivamente para recibir y

dictámenes del CEDAW permitiendo, en su caso, la revisión de las sentencias firmes y que, además, lo hiciese con carácter retroactivo para dar cabida a lo que se había decidido a favor de la demandante.

[224] La STS de 17 de julio de 2018 se hace eco de ello al recoger la alegaciones de una y otra parte al invocar las STC 70/2002; STC 116/2006 (citando, entre otros, el ATS de 14 de diciembre de 2001) y 13/2017, el ATC 260/2000, de 13 de noviembre, éste con cita a su vez de las STC 245/1991, de 16 de diciembre y 91/2000, de 30 de marzo y la STC 175/2005, de 4 de julio; o las SSTS de 9 de marzo de 2011; de 25 de julio de 2002 y de 9 de noviembre de 2001.

examinar comunicaciones y presentar observaciones al Estado parte y al individuo haciendo constar, en su caso la existencia de una violación de derechos. Declaraba que las observaciones emitidas en forma de Dictamen por el Comité no son resoluciones judiciales ya que éste no tiene facultades jurisdiccionales y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto[225] ya que, en ningún momento ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia.

En el mismo sentido, el Auto de 14 de diciembre de 2001 dictado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que, además, sostenía que el art. 2-3 a) del Pacto [226] no daba lugar a un recurso particular que pudiera afectar a resoluciones judiciales firmes. Si bien reconocía que los Estados estaban obligados a prever un recurso contra las decisiones que pudieran vulnerar los derechos reconocidos en aquél, también determinaba que en modo alguno estaban obligados a establecer un recurso basado en una decisión del Comité de Derechos Humanos.

Señalaba, además, que no cabría la utilización del recurso de revisión, considerando el Dictamen de la Comisión como un hecho nuevo, en el sentido del art. 954-4 LECrim, porque, no se trataría de un hecho normativo que obligase al Gobierno o los Tribunales del Estado parte y negaba al Comité facultades jurisdiccionales que le permitiesen otorgar al dictamen el carácter de título ejecutivo legítimo para solicitar la revisión de la sentencia firme dictada por la Sala.

Por su parte y en la misma línea, la STC 116/2006, de 26 de mayo[227] continuaba negando el carácter de resolución judicial a los Dictámenes del Comité y su fuerza ejecutoria directa así como su equiparación con las Sentencias del TEDH, pero avanzaba al declarar que ello no implicaba que carecieran de todo efecto interno en la medida en que declaraban la infracción de un derecho reconocido en el Pacto el cual, de conformidad con lo previsto en la CE, no solo formaba parte de nuestro Derecho interno por mor de lo previsto en el artículo 96 CE, sino que, a tenor de lo previsto en el artículo 10-2 CE las normas relativas a los derechos fundamentales debían ser interpretadas según lo previsto en los Tratados internacionales ratificados por España sin que dicha interpretación pudiese prescindir de la que, a su vez llevasen a cabo los órganos de interpretación previstos en aquéllos[228].

Hasta aquí, como vemos, todas las resoluciones comentadas niegan unánimemente la fuerza ejecutiva de las resoluciones de los Comités con lo cual, declarada la vulneración de derechos parece que, de no existir procedimiento autónomo y específico para la obtención de su ejecución, el reclamante individual poco podría hacer para obtener la satisfacción del Dictamen dictado a su favor, salvo esperar a que el Estado español, de buena voluntad, decidiese seguir las recomendaciones del informe.

La STS de 17 de julio de 2018 viene a dar un giro copernicano a todas las interpretaciones anteriores al admitir, por primera vez, que la vinculación de los dictámenes de los Comités va más allá de su valor interpretativo. Así,

[225] Se refería al Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos.
[226] *Íbidem*
[227] BOE nº 125, de 26 de mayo de 2006, pp. 12-22.
[228] En la misma línea, entre otras, la STC 81/1989, de 8 de mayo, o el ATC 260/2000, de 13 de noviembre.

declara que el valor vinculante de dichos Dictámenes se extiende también a su fuerza ejecutiva y ello con independencia de que en el Estado Parte, en este caso España, exista un procedimiento autónomo y específico para ello o no. En primer lugar y, a diferencia de lo establecido en el antes citado Auto de 14 de diciembre de 2001, esta sentencia determina expresamente que el Dictamen del Comité de la CEDAW, por su propia naturaleza, puede ser, en sentido amplio, el presupuesto que permita formular esa reclamación de responsabilidad patrimonial[229].

En segundo lugar, el Tribunal Supremo en esta ocasión, a diferencia de las anteriores admite expresamente que aunque ni la Convención ni el Protocolo regulan el carácter ejecutivo de los Dictámenes del Comité de la CEDAW, no puede dudarse que tendrán carácter vinculante/obligatorio para el Estado parte que reconoció la Convención y el Protocolo, fundamentando dicha afirmación en el artículo 24 de la CEDAW[230].

El tribunal constata en esta sentencia que el Dictamen emana de un órgano creado en el ámbito de una normativa internacional que por imperativo del artículo 96 CE[231] forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno y que, las normas relativas a los derechos fundamentales han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Continúa explicando que esto tiene una especial relevancia porque nos encontramos ante la vulneración de derechos fundamentales que ha sido declarada por un órgano internacional reconocido por España afirmando que la infracción de los concretos derechos que la recurrente tenía, al amparo de la Convención, ha sido producida por el Estado español y que dicha declaración se ha dictado en el marco de un procedimiento regulado en el que España ha sido parte. Además, invocando los principios de legalidad y jerarquía normativa recogidos en el artículo 9-3 CE, declara que las obligaciones internacionales relativas a la ejecución de las decisiones de los órganos internacionales de control cuya competencia ha aceptado España forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, una vez cumplidos los requisitos establecidos por el artículo 96 CE y gozan de la jerarquía que tanto este artículo –rango supra legal- como el artículo 95 CE[232] –rango infra

[229] Así, advierte que la CEDAW no introdujo en el orden jurídico interno una instancia supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de las desviaciones que el Comité pudiera llegar a apreciar. Eso mismo es perfectamente trasladable al Comité de la CDPD.

[230] Equiparable al artículo 1 CDPD, especialmente en sus apartados a), b), d) e i), y en el artículo 7-4 del Protocolo de la CEDAW equiparable a su vez a los artículos 6-4 y 7 CDPD, reforzado por el reconocimiento expreso de la competencia del Comité de la CEDAW del artículo 1 del propio Protocolo Facultativo, voluntariamente ratificado por España, equiparable también al artículo 1 del Protocolo Facultativo de la CDPD.

[231] Artículo 96 CE. *1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.*

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.

[232] Artículo 95 CE. *1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.*

constitucional- les confieren[233].
Aludiendo a las SSTC 245/1991, de 16 de diciembre, y 91/2000, de 30 de marzo, considera que no existe obstáculo para que la lesión de los derechos reconocidos en la Convención declarada en un Dictamen de su Comité, sea un elemento determinante para acreditar la vulneración de derechos fundamentales de la persona lesionada porque el contenido de aquéllos constituye parte de estos formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de la persona en el ordenamiento jurídico interno haciendo hincapié en la circunstancia de que los tratados y acuerdos internacionales que ampara ese Comité, además de ser derecho interno con la jerarquía expuesta, son también instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales según reconoce nuestra CE en su artículo 10-2.
Por último, el caso estudiado hace mención a que la vulneración de derechos se produce precisamente porque el Estado español no ha adoptado las medidas recomendadas en el Dictamen del Comité, perpetuando de este modo la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Convención. Esta violación constituye una infracción especialmente cualificada y se refiere a un principio jurídico universal reconocido por diversos textos internacionales además de la Convención: la Declaración Universal de Derechos Humanos o el Pacto de Roma para la Protección de lo Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
El Tribunal Supremo manifiesta, además, que el Derecho internacional y las obligaciones internacionales contraídas por España son Derecho que el Estado, como Estado democrático de Derecho, debe no solo respetar sino también aplicar efectivamente de manera que los derechos y libertades que la Constitución y los Tratados internacionales ratificados por España proclaman, sean reales y efectivos. Por ello, declara que, ante la inexistencia de un procedimiento específico de ejecución de los dictámenes del Comité de la CEDAW[234], el hecho de que se pueda disponer de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de sus derechos fundamentales ante los órganos judiciales españoles atañe directamente al respeto y observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales de quien recurre.
Por ello, declara que es posible admitir en ese caso que el Dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de

[233] Lo cual implica que el tratado concluido válidamente y publicado tiene, en todo caso, valor superior al de la ley aunque inferior a la Constitución, por lo que podrá ser objeto del recurso de inconstitucionalidad en el caso de violar un precepto de la norma fundamental. Podría entenderse que todos los tratados, en principio, incluso los que no necesitan autorización de las Cortes, tienen rango superior a las leyes porque sólo se pueden modificar o derogar en la forma prevista en el propio tratado, con lo cual una ley posterior no podría modificar un tratado, incluso en aquellos casos en que no se exija autorización parlamentaria. Sin embargo, la cuestión ha de ser entendida de otra forma; ya que los tratados que no exigen autorización parlamentaria no afectan a la materia de la reserva de ley, pues si contuvieran materia legislativa serían inconstitucionales y si no la contienen, su rango es inferior a la ley. Ésta es la doctrina que mantiene el Consejo de Estado (Dictamen 46.901 de 7 de marzo de 1985). Además, las normas dictadas en ejecución de un tratado autorizadas por las Cortes se contagian de su rango supralegal. SERRANO ALBERCA:2003 [en línea], "Sinopsis del artículo 96 CE". Disponible en: http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=96&tipo=2
[234] Que, según expone, es en sí mismo un incumplimiento de un mandato legal y constitucional por parte de España.

Justicia como último cauce para obtener la reparación y ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso e incluso de la posible procedencia de otros en los supuestos de hecho que puedan llegar a plantearse[235].

A la luz de esta última decisión del Tribunal Supremo que venimos comentando, cabe concluir que el carácter de los informes de los Comités de los Tratados es hermenéutico, pero también vinculante, y además ejecutivo, con independencia de que en el Estado Parte que hubiera firmado el Tratado y, en su caso, el Protocolo facultativo, exista o no un procedimiento autónomo y específico para reclamar la ejecución de los Dictámenes que, a su favor, hubiese dictado el Comité. Además, los Dictámenes emitidos por estos órganos que declaren la vulneración de derechos fundamentales pueden constituir el presupuesto necesario para apoyar e interponer una demanda de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Trasladada esta observación a la materia que nos ocupa, podríamos concluir que, de dictarse un informe por el Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad que considerase que el Estado español ha vulnerado los derechos contenidos en la CDPD de una persona con discapacidad que hubiese presentado la oportuna queja o reclamación siguiendo el procedimiento establecido en el Protocolo facultativo ratificado por España, el Estado podría verse obligado, no solo a poner remedio a la situación de infracción a fin de garantizar que no se volviese a producir, sino también a resarcir a la perjudicada de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de tal vulneración y ello, pese a la inexistencia de un procedimiento específico en nuestro ordenamiento jurídico destinado a ello.

La reforma proyectada deberá tener en cuenta, por lo tanto, esta nueva posición jurisprudencial a la hora de adaptar su normativa a la marcada no solo por la literalidad de la CPDP sino también por los criterios interpretativos del Comité expresados a través de sus recomendaciones y observaciones, particularmente, las de carácter general.

2. EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA. AVANCES PRODUCIDOS

2.1. INFORME INICIAL. OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES DEL COMITÉ

Prevé el artículo 35 de la CDPD, que los Estados Parte deberán presentar al Comité un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir las obligaciones impuestas por la CDPD y sobre los progresos

[235] En el caso concreto, el Tribunal Supremo declaró que la Administración vulneró derechos fundamentales de la reclamante por no asumir la demanda de reclamación de responsabilidad patrimonial y poner fin a los efectos de una declaración de lesión de derechos de la reclamante por haber sufrido un acto de discriminación, que le vinculaba en los términos de la Convención.

realizados al respecto. El plazo de presentación del informe inicial será de dos años desde la entrada en vigor de la Convención en el Estado del que se trate. Para los informes siguientes, el precepto establece un plazo mínimo de al menos cada cuatro años o cuando el Comité lo requiera.

El 3 de mayo de 2010, justo al cumplirse dos años de la entrada en vigor de la Convención, España envió al Comité su informe inicial[236], siendo el primer Estado parte en presentarlo. Durante el quinto periodo de sesiones, el Comité le envió un listado de cuestiones previas[237] y decidió que en el siguiente examinaría su informe inicial[238].

En el transcurso de las sesiones 56ª y 57ª del sexto periodo de sesiones[239], el Comité efectivamente examinó el informe inicial de España en virtud del artículo 35 de la Convención y en su 63ª sesión aprobó las observaciones finales sobre dicho informe[240].

Entre el listado de cuestiones previas que debían abordarse a la hora de examinar el informe y, respecto al artículo 12, "Igual reconocimiento como persona ante la ley", el Comité le solicitaba que le facilitase datos sobre el número de personas con discapacidad que hubieran sido puestas bajo tutela para poder ejercer su capacidad jurídica y, en su caso, sobre el número de resoluciones por las que se había modificado la capacidad de obrar de alguien. Además interesaba que explicase cómo se velaba en nuestro país porque las funciones tutelares se ejerciesen en beneficio del tutelado, ya que observaban que la legislación vigente no establecía salvaguardias explícitas contra la influencia indebida o el conflicto de intereses y, por último, que facilitasen información sobre las medidas adoptadas o previstas para que las personas con discapacidad, en lugar de verse sustituidas en la adopción de sus decisiones, consecuencia directa del establecimiento de la tutela, recibiesen apoyo para la toma de decisiones en el ejercicio de su capacidad jurídica, según lo ordenado por el artículo 12 CDPD.

Asimismo, sobre el artículo 14 de la Convención, el Comité solicitaba que España le aclarase cómo se ejecutaba el todavía vigente artículo 763 LEC que permite el internamiento no voluntario por razón del trastorno psíquico y a qué tipos de trastorno psíquico se aplicaba. Pedía información también sobre los

[236] NACIONES UNIDAS, 2010, CRPD/C/ESP/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Informes iniciales presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 35 de la Convención España. En un.org. Disponible en: https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp

[237] NACIONES UNIDAS, 2011. CRPD/C/ESP/Q/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Quinto período de sesiones 11 a 15 de abril de 2011. Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el informe inicial de España (CRPD/C/ESP/1) en relación con los artículos 1 a 33 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/436/21/pdf/G1143621.pdf?OpenElement

[238] NACIONES UNIDAS, 2012, CRPD/C/5/5. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Quinto período de sesiones. Ginebra, 11 a 15 de abril de 2011. Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su quinto período de sesiones. En un.org. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2f5%2f5&Lang=en

[239] Celebradas el 20 de septiembre de 2011.

[240] NACIONES UNIDAS, 2011. CRPD/C/ESP/CO/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con DiscapacidadSexto período de sesiones 19 a 23 de septiembre de 2011. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En: un.org. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/ESP/CO/1&Lang=En

criterios y procesos para el internamiento forzoso de una persona con discapacidad, particularmente, intelectual, mental o psicosocial y sobre los modos de impugnación de la decisión de internamiento. El Comité quería conocer además, entre otras cuestiones, detalles sobre el proceso de revisión de la legislación española en relación con la hospitalización y el tratamiento de las personas con problemas de salud mental.

En el mes de Julio de 2011 España remitió al Comité sus respuestas a las cuestiones previas planteadas[241] facilitando una serie de datos recogidos de las estadísticas de la Fiscalía General del Estado correspondientes al año 2010 e informando sobre el régimen de incompatibilidad del tutor con el desempeño de su cargo en caso de conflicto de intereses con su pupilo y las consecuencias de su actuación en este caso. Someramente explicó el funcionamiento del régimen de tutela en el Código Civil español, así como de los mecanismos de vigilancia previstos principalmente para el Ministerio Fiscal en las Instrucciones sobre vigilancia de las tutelas de las personas con discapacidad.

Por último, el Estado español aludía a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (conocida como Ley del Patrimonio Protegido), haciendo referencia a la constitución del patrimonio protegido y a la posibilidad de establecer en el documento de constitución del mismo, las reglas de administración o de fiscalización, en su caso, pero sin hacer mención expresa a la figura de la autotutela introducida en el ordenamiento jurídico español precisamente a través de dicha ley. Ninguna referencia se hacía, por tanto, a una eventual modificación normativa que facilitase el cambio de paradigma y el acceso a la toma de decisiones asistida por parte de la persona tutelada.

Respecto a las cuestiones planteadas en torno al artículo 14 de la CDPD, el Estado español respondió aludiendo principalmente al carácter protector y garantista del precepto respecto a los derechos de los afectados por la medida de internamiento involuntario. Para ello aludía concretamente a las garantías previas, coetáneas y posteriores al ingreso. Las primeras, en tanto en cuanto se requiere para su adopción una autorización judicial previa, excepto en los casos de urgencia, que deberá procederse a la ratificación judicial inmediata al ingreso; garantías durante el procedimiento de ingreso por cuanto la persona afectada debe ser oída[242], al igual que el Ministerio fiscal preceptivamente y, además aquélla debe ser examinada por el juez, que también ha de contar con el dictamen de un facultativo designado por él[243]. Por último, España mencionaba las salvaguardias tras el ingreso, consistentes en el envío periódico al juzgado de informes por parte de los facultativos encargados de la atención médica de la persona ingresada, en los que se han de pronunciar sobre la necesidad o no de mantenimiento de la medida, debiendo el juzgado resolver sin perjuicio de que los médicos den el alta a la persona de considerar innecesario el mantenimiento del internamiento, estando obligados a

[241] NACIONES UNIDAS, 2011. CRPD/C/ESP/Q/1/Add.1 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sexto período de sesiones. Ginebra, 19 a 23 de septiembre de 2011. Respuestas del Gobierno de España a la lista de cuestiones (CRPD/C/ESP/Q/1) que deben abordarse al examinar el informe inicial de España (CRPD/C/ESP/1). En: un.org. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/445/41/pdf/G1144541.pdf?OpenElement

[242] Lo cual, en la práctica, no siempre ocurre.

[243] Otra garantía dentro del procedimiento, según el Estado español se encontraba en la posibilidad de representación y defensa letrada durante el procedimiento si la persona afectada así lo interesaba.

comunicarlo de inmediato al juzgado.
Reconocía que el artículo 763 LEC posibilitaba el internamiento involuntario basado en la enfermedad mental justificándolo en el beneficio del afectado que no puede valerse por sí mismo para ser tratado en un centro sobre su enfermedad. Más adelante, sin embargo, en respuesta a las cuestiones planteadas en relación con el artículo 19 CDPD, España aseguraba que "Nadie es confinado de forma obligatoria, la persona con discapacidad firma su solicitud de ingreso y si ha sido incapacitado judicialmente, lo hace su tutor legal o guardador de hecho (que suelen ser los padres), si bien excepcionalmente cuando la persona que ingresa lo hace por orden judicial (generalmente para cumplimiento de condena en establecimiento alternativo), los gestores de los centros advierten a los jueces que los centros son abiertos y no impiden a nadie su libre deambulación por el centro y entorno"[244].
En resumidas cuentas, España avalaba así el modelo de sustitución al otorgar pleno valor al consentimiento prestado por el tutor legal o incluso guardador de hecho en nombre de la persona ingresada, al margen completamente de su voluntad.
Para el Estado español la protección del derecho a la libertad quedaba salvaguardada en el procedimiento judicial del 763 LEC por la exigencia de las pruebas mencionadas: audiencia y examen de la persona, intervención de perito médico y necesaria autorización judicial.
Sobre el precepto, el Estado español también informó de la declaración de inconstitucionalidad a finales del año 2010 de dos incisos de su párrafo primero, por motivos de rango normativo, si bien no se fijaba como efecto de aquella declaración el de la nulidad de la norma, debido, según el Estado español, a que la sentencia no cuestionaba el contenido material del artículo, es decir, la posibilidad de realizar el internamiento, sino que obligaba a regular la medida mediante ley orgánica[245].
La falta de alternativas distintas a la institucionalización curiosamente también era expresamente reconocida por el legislador español al responder a las cuestiones previas planteadas por el Comité, en relación con el artículo 19 de la CDPD; así, contestó expresamente que "Las personas que están en Centros Residenciales generalmente no tienen alternativas a la institucionalización"[246].
Hay que destacar que en las respuestas al listado de cuestiones previas las referencias a la legislación de las Comunidades Autónomas fueron, en general, anecdóticas y las relativas específicamente a su legislación civil, absolutamente nulas. Así, en relación al artículo 12, el Estado español obvió cualquier referencia a legislaciones autonómicas que regulaban o regulan esa materia, como el Derecho catalán, el gallego, el navarro o el aragonés, por ejemplo. Con ello, eludía cualquier referencia a figuras de apoyo existentes en

[244] NACIONES UNIDAS, 2011. CRPD/C/ESP/Q/1/Add.1…párrafo 92, p. 19.
[245] Respecto de esta decisión del Tribunal Constitucional, tenemos que decir que (*Vid.* nota[1038] *ut infra*) no fue correcta la información facilitada al Comité por el Estado español ya que, la STC 132/2010, de 2 de diciembre, sí declaró la nulidad del precepto, pero con los efectos de "nulidad diferida", esto es, sin que la norma dejase de tener efecto y, por tanto, pudiese seguir aplicándose, pero no tanto porque no se cuestionase su contenido, sino más bien porque el Tribunal entraba a valorar las consecuencias de llevar a efecto de forma inmediata la nulidad declarada, con la consiguiente obligación de dejar en libertad a miles de personas judicialmente ingresadas sin otra alternativa más beneficiosa para ellas, lo que supondría un enorme problema social. No obstante, instaba al legislador a subsanar la cuestión jurídica cuanto antes lo cual no ocurrió hasta años después, como se verá más adelante.
[246] *Idem*…párrafo 93, p. 19.

alguno de esos ordenamientos, como la asistencia del Derecho catalán o aragonés, aunque fueran desconocidas en el Código civil español.
Respecto a otros preceptos de la CDPD sobre los que fue preguntado, el Estado español se limitó a efectuar someras referencias a la existencia de regulación en algunas Comunidades Autonómas, sin especificar ni detallar ninguno de sus aspectos en relación con las cuestiones relativas al derecho a la vida (artículo 10 CDPD), al derecho a vivir en comunidad (artículo 19 CDPD), al derecho a la salud (artículo 25 CDPD), al derecho a la habilitación y rehabilitación (artículo 26 CDPD) o al derecho a la participación en la vida política y pública (artículo 30 CDPD). En todo caso, insistimos en que las alusiones efectuadas se limitaban a poner en conocimiento de la existencia de legislación en algunas CCAA, pero sin mayores detalles.
Para examinar el informe presentado por España, el Comité se reunió con la delegación de este Estado durante las dos sesiones celebradas el día 20 de septiembre de 2011. Tras alabar la iniciativa de nuestro país como primero en presentar su dictamen y mostrar su compromiso con la Convención, se fue solicitando una información mucho más detallada sobre diferentes aspectos de la legislación española en relación con su armonización con la Convención. Los aspectos objeto de interés más destacables fueron los relativos principalmente a la adecuación al ordenamiento interno de los artículos 12, 14, 19 y 29, relativos al ejercicio de la capacidad jurídica, el derecho a la libertad, el derecho a elegir dónde vivir y el derecho al voto.
Como avances relativos a la adaptación de la normativa española con el artículo 12, España destacó, en primer lugar, la publicación el 30 de marzo de 2010 del informe que el Consejo de Ministros había encomendado en 2009 a un grupo de trabajo interministerial encargado de señalar las modificaciones que convendría introducir en la legislación española para adaptarla a la Convención al que había hecho mención en el documento de informe inicial remitido en mayo de 2010 al Comité[247]. Asimismo, aludió a la entonces recientísima publicación de la Ley 26/2011[248], elaborada con la participación activa de la sociedad civil, y que supuso la adaptación de una veintena de leyes que afectaban a la vida cotidiana de las personas con discapacidad[249].
Durante esa reunión los miembros del Comité comenzaron a efectuar diferentes observaciones y críticas sobre el régimen de tutela vigente en España, al tiempo que solicitaron más información sobre algunas de las cuestiones ya informadas. Preocupaban al Comité la incorporación de las salvaguardias previstas en el apartado 4 del artículo 12, así como conocer de qué manera se preveía incorporar el modelo social al ordenamiento jurídico para garantizar la participación de las personas con discapacidad.
Respecto a la primera cuestión, el fiscal GANZENMÜLLER, participante en la reunión en calidad de miembro de la delegación española, informó de que los mecanismos de control de la tutela judicial estaban suficientemente garantizados por la LEC, tanto en la esfera personal como en la patrimonial debido a la obligación de rendición de cuentas del tutor. Aludía

[247] Nota[237], párrafo 3, p.3.
[248] Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. BOE núm. 184, de 02 de agosto de 2011.
[249] Esta ley, sin embargo, no abordaba la modificación del sistema de incapacitación y tutela vigente en España.

GANZENMÜLLER a una Instrucción emitida por la Fiscalía General del Estado (FGE) sobre el control y vigilancia de la tutela de las personas con discapacidad dirigida a todo el Ministerio Fiscal[250] y se refería igualmente al Manual de Buenas Prácticas[251], dirigido igualmente al Ministerio Público. Citaba entre otras garantías la obligación del tutor de presentar inventario de bienes del pupilo y la necesidad de solicitar autorización judicial para la realización de determinados actos. Además, trasladaba al Comité la preocupación del Gobierno español por las dificultades que planteaba la aplicación directa de la CDPD y la necesidad de elaborar una ley que estableciera el procedimiento que, por aquel entonces comenzaba a denominarse de "modificación de la capacidad de obrar[252]", por mor de lo previsto en la Ley 1/2009 de modificación de la Ley del Registro Civil[253], y previera mecanismos de apoyo para las personas con discapacidad según las previsiones de la Convención.

Ya por entonces la Fiscalía se había dirigido al Tribunal Supremo para asegurar la conformidad jurídica del procedimiento español con la Convención, dictando aquél la conocida STS de 29 de abril de 2009[254], en la que recordaba que el procedimiento de modificación de la capacidad consistía en proteger los derechos de las personas con discapacidad y en que la modificación de la capacidad fuera graduada procediendo definir un mecanismo de apoyo basado en las capacidades naturales de las personas con discapacidad. El Tribunal Supremo reconocía la conformidad del derecho interno con la CDPD, pero aún así hacía hincapié en la necesidad de actuar en interés exclusivo de la persona con discapacidad en todos los procedimientos. Varias sentencias dictadas a partir de ésta por distintas Audiencias provinciales o Juzgados han tenido en cuenta el criterio del Tribunal Supremo en la sentencia mencionada[255].

El Fiscal General propuso también convertir la curatela en la institución básica en España.

En el Ministerio Fiscal, la aplicación de la Convención dio lugar a tres Instrucciones[256] sobre las funciones y responsabilidades del tutor respecto de

[250] Instrucción 4/2008, 30 de julio de 2008, sobre el control y vigilancia por el ministerio fiscal de las tutelas de personas discapaces. En fiscal.es Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/

[251] ALCÁNTARA BARBANY, *et al.*, 2011.

[252] Algunos autores como MAYOR FERNÁNDEZ, 2011:11, consideraban más apropiada la denominación de procedimiento de "determinaciónd de la capacidad".

[253] *Disposición final primera. Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar. El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006*. Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad. BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2009, I. Disposiciones generales, Jefatura del Estado.

[254] STS 282/2009, de 29 de abril (ROJ: STS 2362/2009).

[255] Entre otras, las SSTS 504/2012; 421/2013; 341/2014; 244/2015; 298/2017.

[256] Además de la ya citada, *vid.* nota[250], la Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas, y la Instrucción 4/2009, de 29 de diciembre, sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de

la ayuda dada por el Fiscal General para que las personas con discapacidad y sus familiares pudieran asistir a los procedimientos y sobre las personas con discapacidad privadas de protección.

Con todo, el Comité dejaba patente su disconformidad con la visión que desde el Estado parte se tenía acerca de la concordancia de su ordenamiento jurídico interno con la Convención.

Una de las críticas más firme vino de la presidenta del grupo de trabajo[257] para el seguimiento del día de debate general sobre el artículo 12 quien, a la vista del informe y alegaciones efectuadas por la delegación española, subrayó que la declaración de discapacidad que se mencionaba en el dictamen constituía una violación del artículo 12 de la Convención, y que la colocación de una persona con discapacidad bajo un régimen de tutela o amparo de cualquier tipo vulneraba su derecho a vivir de forma autónoma en familia o en una comunidad. Además, advertía de que la tutela se derivaba de las sentencias judiciales y no se había establecido ningún mecanismo o proceso para garantizar que las personas con discapacidad habían de dar el consentimiento a su colocación bajo tutela o a la elección del tutor[258]. Además, resaltaba que en el informe presentado por España no existían datos suficientes para poder determinar que las instituciones en las que se internaba a las personas con discapacidad fuesen centros especializados. Por todo ello, preguntaba al Ministerio de Justicia sobre las medidas para reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y establecer mecanismos que garantizasen el apoyo a aquéllas en la toma de decisiones, requiriendo igualmente información sobre el plazo fijado para prohibir toda práctica contraria al artículo 12 de la CDPD entre la que incluía la declaración de discapacidad y la sustitución en la adopción de decisiones. Es decir, ya desde esa primera reunión el Comité se oponía tajantemente al régimen de incapacitación y tutela previsto en el ordenamiento jurídico español por considerarlo totalmente contrario e incompatible con la Convención.

Se solicitó también información a la delegación española sobre el número de personas adultas sometidas a tutela del Estado; sobre la eventual utilización como tratamiento de medidas de coerción, descargas eléctricas, medidas de aislamiento y psicocirugía y sobre, si en los centros psiquiátricos las personas con discapacidad eran sometidas a tratamiento sin su previo consentimiento. El Comité quiso conocer los casos en que el tutor estaba facultado para decidir la retirada de alimentación o cualquier otro medio de sustento vital a la persona tutelada y los mecanismos de vigilancia de la tutela y nuevamente sobre las salvaguardias existentes en caso de conflictos de interés.

Además, se preguntó sobre las razones por las cuales los internamientos involuntarios habían aumentado en más de un 26% durante el año 2010. En esa misma sesión, el Comité advirtió de que "la detención de personas debido a 'crisis psiquiátricas' es incompatible con el artículo 14 de la Convención"[259].

---

personas con discapacidad y tutela. En fiscal.es Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/

[257] Sra. Maina.

[258] NACIONES UNIDAS. 2011. CRPD/C/6/SR.3. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Sexto período de sesiones Acta resumida de la tercera sesión. En un.org Disponible en: https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp, párr. 57, pp. 11-12

[259] NACIONES UNIDAS. 2011. CRPD/C/6/SR.4. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Sexto período de sesiones Acta resumida de la tercera sesión. En un.org Disponible en:

El Comité quiso conocer, por último, los criterios marcados por el ordenamiento jurídico para permitir la retirada del derecho al voto de las personas con discapacidad.
Sobre las cuestiones planteadas en la reunión, la delegación española informó de que no cabía la aplicación de tratamientos como medidas de coerción, descargas eléctricas, aislamiento, etc., ya que los tratamientos solo eran aplicados por prescripción facultativa. También reconoció que no existían datos sobre el número de tutelas y, respecto al derecho al voto, se informó de que su privación solo podía declararse mediante sentencia judicial.
Con todos los datos obtenidos, el Comité dictó su Observaciones finales al Informe presentado por el estado Español; tras observar que la Ley 26/2011 establecía un año desde su entrada en vigor para la presentación de un Proyecto de ley que regulase el alcance y la interpretación del artículo 12 CDPD, mostraba su preocupación porque todavía no se hubiesen adoptado las medidas necesarias para reemplazar el vigente modelo de sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica. Por ello, recomendaba ya al Estado español que revisase las leyes que regulaban la guarda y la tutela y que tomase medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplazasen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respetase la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona, tal como ordenaba el nuevo paradigma social de la discapacidad incorporado por la Convención. Se le recomendaba, además, que se proporcionase formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes[260].
Respecto a la compatibilidad del ordenamiento jurídico español con el derecho a la libertad y seguridad de la persona según la redacción y el espíritu del artículo 14 CDPD, el Comité tomaba nota del régimen jurídico que permitía el internamiento de las personas con discapacidad, incluidas las personas con discapacidad intelectual y psicosocial (enfermedad mental) en establecimientos especiales y mostraba su preocupación sobre la tendencia a recurrir a medidas urgentes de internamiento que contienen solo salvaguardias

---

https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/458/16/pdf/G1145816.pdf?OpenElement párr.4, p.2

[260] El Comité formuló en sus Observaciones finales tras el examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención en el sexto período de sesiones que tuvieron lugar del 19 al 23 de septiembre de 2.011, la siguiente observación y recomendación: *Igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12) 33. El Comité observa que la Ley Nº 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*. NACIONES UNIDAS, 2011, CRPD/C/ESP/CO/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sexto período de sesiones19 a 23 de septiembre de 2011. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En un.org. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/ layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/ESP/CO/1&Lang=En párrs. 33 y 34, pp. 5 y 6.

ex post facto para las personas afectadas. Asimismo, dejaba ver su inquietud sobre los malos tratos de que, según se informaba, eran objeto las personas con discapacidad internadas en centros residenciales o en hospitales psiquiátricos.

Por todo ello, recomendaba entonces a España que revisase las disposiciones legislativas de su ordenamiento que autorizaban la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogase las disposiciones que autorizaban el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adoptase medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basasen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado[261].

Sobre el derecho a elegir dónde vivir, propugnado por el artículo 19, el Comité mostró igualmente su preocupación porque las personas institucionalizadas permaneciesen en los centros residenciales por carecer de otras alternativas[262]; y en relación al derecho al voto se mostraba igualmente preocupado por el hecho de que las personas con discapacidad, especialmente intelectual o psicosocial, pudiesen ser privadas del derecho al voto en el momento en el que han sido privadas de su capacidad jurídica o han sido institucionalizadas.

Sobre este particular, el Comité fue bastante contundente al recomendar expresamente a España "que revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás. El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar. Además, se recomienda que todas las personas con discapacidad que sean elegidas para desempeñar un cargo público dispongan de toda la asistencia necesaria, incluso asistentes personales"[263].

2.2. ESPAÑA: SEGUNDO Y TERCER INFORME PERIÓDICO COMBINADOS

Como consecuencia del primer informe presentado por España en el año 2011, el Comité había efectuado las observaciones comentadas, entre ellas que España procediese a revisar su ordenamiento jurídico y tomase medidas para cambiar su sistema de tutela adoptando nuevas leyes y políticas por las que reemplazasen los regímenes de sustitución en la toma de decisiones por otro basado en la asistencia en la toma de las mismas teniendo en cuenta la voluntad y preferencias de la persona[264].

---

[261] *Íbidem*, párrs. 36 y 36, p.6
[262] *Íbidem*, párr.39, p.6
[263] *Íbidem*, párrs. 47, 48, p.8
[264] En el mismo sentido, el Comisario del Consejo de Europa para los Derechos Humanos exhortó a España para que completase el proceso de reforma legislativa en relación con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. Consejo de Derechos Humanos, Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Resumen preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con arreglo al párrafo 15 c) del anexo de la Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos y al párrafo 5 del anexo de la Resolución 16/21 del Consejo relativo a España, UN Doc. A/HRC/WG.6/21/ESP/3, de 27 de octubre de 2014, par. 74.

Desde la emisión del primer informe y de las observaciones y recomendaciones efectuadas por el Comité, se han ido elaborado diferentes normas con el fin de ir adaptando y armonizando el ordenamiento jurídico español a los principios establecidos en la CDPD; entre otras, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[265], el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad[266] o el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad[267]. Sin embargo, pese a que se han cumplido ya diez años desde la entrada en vigor de la CDPD, al día de la fecha España todavía no ha cumplido debida y completamente con el mandato del artículo 12 de la CDPD, ni con el requerimiento efectuado en el año 2011 por el propio Comité.

Aunque se están produciendo importantes avances en los últimos tiempos, todavía se mantiene el viejo sistema de limitación total o parcial de la capacidad basado en el hecho de la discapacidad y, por ende, el tradicional sistema de tutela justificativo de la sustitución en la toma de decisiones de las personas "con capacidad judicialmente modificada" tras el cambio, eso sí, de nomenclatura[268].

Siguiendo este procedimiento establecido en el artículo 48 ter de su Reglamento, con la antelación mínima de un año requerida por el mismo

[265] BOE nº 184 Secc. 1 Págs. 87478 a 87494, de 2 de agosto de 2011.
[266] BOE nº 224 Secc. 1 Págs. 98872 a 98879, de 17 de septiembre de 2011.
[267] BOE nº 289 Secc. 1, Págs. 95635 a 95673, de 3 de diciembre de 2013.
[268] La Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo de reforma de la Ley 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil , de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad ordenó literalmente la (*R)eforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar. El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006*. Pese a que el proyecto no fue presentado en plazo, esta terminología es la que se ha venido utilizando mayoritariamente aunque posteriormente, la ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad introdujo la siguiente Disposición adicional séptima: *Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones. 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*, terminología que parece más acorde con el espíritu del artículo 12 y que podría imponerse de prosperar la reciente propuesta presentada por la Comisión General de Codificación al Ministerio de Justicia. Finalmente, ha sido la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, la que ha adoptado la ordenada en su día por la Disposición Final Primera de la Ley 1/2009. Su Exposición de Motivos explicaba que con ello se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente.

precepto, el Comité remitió a España un listado de cuestiones previas[269] para que este Estado le diese respuesta y, de esta manera, confeccionar sus informes combinados segundo y tercero.

España procedió igualmente a responder en plazo y remitir al Comité sus informes combinados segundo y tercero[270] fruto de la cumplimentación del listado de cuestiones previas remitido por ese organismo. Nuevamente fue el primer Estado en presentar un segundo informe periódico[271].

La cuestión nº 13 planteada por el Comité se refería al artículo 12 de la CDPD. En ella, se requería al Estado español para que informase sobre las medidas adoptadas para el reconocimiento explícito de la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad, así como sobre las leyes y políticas aprobadas para garantizar el reemplazo de los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por el de asistencia basado en el respeto a la autonomía, voluntad y preferencias de la persona, tal como se había recomendado a España tras la presentación de su informe inicial en el año 2011. Asimismo, interesaba el Comité que indicase el sistema que España habría contemplado para dar seguimiento y revisión a las decisiones de guarda y tutela así como un posible calendario de revisión de las sentencias de "incapacitación" dictadas hasta la fecha de promulgación de esa eventual ley[272].

En respuesta a dicha cuestión, España aludía, en primer lugar, a las diferentes normas dictadas hasta la fecha para adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención. Además de las citadas al comienzo de este epígrafe, informaba de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal; de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de modificación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria la cual dedica tres capítulos del título II a la discapacidad; citaba asimismo la reforma aprobada de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, con el fin de garantizar la participación de las personas con discapacidad; daba cuenta de las novedades que introducirá la Ley 20/2011, de 21 junio, del Registro Civil, que debía entrar en vigor en junio de 2018[273] y que supondría la puesta en marcha de un registro único para toda

---

[269] NACIONES UNIDAS. 2017. CRPD/C/ESP/QPR/2-3 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Lista de cuestiones previas a la presentación del segundo y tercero informes periódicos combinados de España. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/107/98/pdf/G1710798.pdf?OpenElement y disponible también en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=800&Lang=sp

[270] Ministerio de Justicia, Servicios Sociales e Igualdad. 2018. II y III Informe periódico combinados de España acerca del cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En: un.org. Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=800&Lang=sp

[271] Y por ello fue felicitado por el Sr. Ruskus, relator del país, en la reunión mantenida entre la Delegación española y el Comité el día 18 de marzo de 2019 para la toma en consideración de sus informes segundo y tercero combinados.

[272] Literalmente: *Igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12): 13. Sírvanse informar sobre las medidas para reconocer explícitamente la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad, y adoptar leyes y políticas que 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 (véase CRPD/ESP/CO/1, párr. 34). Entretanto, indiquen qué sistema se ha contemplado para dar seguimiento y revisión oportunos a las decisiones de guarda y tutela, así como un calendario de revisión de las sentencias de incapacitación dictadas hasta la fecha de promulgación de la ley*. NACIONES UNIDAS. 2017. CRPD/C/ESP/QPR/2-3…

[273] Sin embargo, la entrada en vigor de la Ley 20/2011, del Registro Civil, tampoco se produjo en la fecha esperada al haberse pospuesto nuevamente, esta vez hasta el 30 de junio de 2020, por la Disposición Final 1ª de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas que literalmente estableció:

España, informatizado y accesible donde se inscribiría la modificación de la capacidad y su revocación, etc. Pero lo cierto es que, en respuesta a la concreta cuestión 13 planteada, nuevamente el Estado español tuvo que informar al Comité de que diez años después de la entrada en vigor de la CDPD todavía se está "trabajando en el seno del Ministerio de Justicia en un texto para la adaptación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil"[274].

Consecuencia de esta falta de adaptación legislativa, es que han tenido que ser los Tribunales españoles quienes han debido dictar sentencias interpretando las normas vigentes a la luz de la Convención. Así, se mencionan, entre otras, la STS de 29 de abril de 2009[275] y las dictadas a partir de ella, todas las cuales vienen efectuando una "interpretación reiterada de las normas legales sobre modificación de capacidad y el régimen de guarda legal para adaptarlas a la Convención, generándose una jurisprudencia muy completa –en palabras del Estado español- conforme a la cual el régimen legal de modificación de capacidad (incapacitación) y guarda legal (tutela y curatela) es compatible con la Convención siempre que se interprete como un sistema de protección de la persona con discapacidad y en función de sus necesidades e intereses".

En nuestra opinión, no resulta acorde este criterio con las Observaciones emitidas por el Comité, especialmente con la Observación General Primera relativa al artículo 12 de la CDPD, sobre la que ya nos hemos detenido y sobre la que, más tarde se volverá. A la vista de las observaciones efectuadas por el órgano de interpretación de la Convención y, teniendo en cuenta su valor, según lo anteriormente expuesto, consideramos que la interpretación de nuestro Tribunal Supremo no sirve para ajustar nuestro sistema al verdadero espíritu de la Convención, por cuanto, por una parte, mantiene el vigente sistema de incapacitación[276]; en segundo lugar, mantiene que la tutela es compatible con la Convención, lo cual asimismo resulta contrario a lo afirmado por el Comité que, justamente recomienda abolir y derogar todos los

---

...Se modifica la disposición final décima de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que pasará a tener la siguiente redacción: «Disposición final décima. Entrada en vigor. La presente ley entrará en vigor el 30 de junio de 2020, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta, que entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y excepto los artículos 49.2 y 53 del mismo texto legal, que entrarán en vigor el día 30 de junio de 2017.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la entrada en vigor el 15 de octubre de 2015 de los artículos 44, 45, 46, 47, 49.1 y 4, 64, 66, 67.3 y disposición adicional novena, en la redacción dada por el artículo segundo de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

Hasta la completa entrada en vigor de esta ley, el Gobierno adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles.» LEY 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas. BOE nº 142, de 12 de junio de 2018.

[273] La Exposición de Motivos de la *Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil* indica en el párrafo 7 del apartado I del Preámbulo que (*A)asimismo, en la presente Ley se incorpora tanto la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, como la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007.* BOE nº 175, de 22 de julio de 2011. La entrada en vigor de la nueva Ley del Registro Civil, sin embargo, fue aplazada de nuevo por lo que en junio no llegó a entrar en vigor plenamente.

[274] *Vid.* nota[270], p. 13.

[275] *Vid.* nota[254]

[276] Lo cual supone una privación de la capacidad jurídica de la persona incompatible con la CDPD, según lo manifestado por su Comité.

regímenes que se basen en la sustitución en la toma de decisiones, rasgo principal y característico de la tutela; además, en tercer lugar, defiende la compatibilidad siempre que se interprete como una medida de protección teniendo en cuenta el "mejor interés" de la persona, principio que, siguiendo las directrices del Comité, ha de ser expulsado de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las personas adultas con discapacidad, debiendo ser sustituido por el principio de respeto a su voluntad, gustos y preferencias; por último, porque ni siquiera la figura de la curatela, tal como está concebida en nuestro sistema jurídico vigente[277], es compatible con la CDPD, toda vez que igualmente supone una limitación, siquiera parcial, de la capacidad jurídica de la persona[278].

Termina por informar que, en esta línea de actuación acorde con la Convención, los tribunales están optando por la figura de la curatela con funciones de asistencia y cuidado obviando que en nuestro ordenamiento jurídico actual la curatela continúa siendo un complemento de la capacidad previa y parcialmente restringida.

El segundo y tercer informe combinados de 2018, se extiende mucho más que el primero a la hora de informar sobre los avances producidos en el ámbito de los ordenamientos jurídicos autonómicos. Asegura aquél que en el ámbito de las CCAA, el proceso normativo durante este periodo ha ido a la par que el estatal, con la aprobación de leyes en las que se recogen y concretan las medidas para hacer efectiva la igualdad y los derechos de las personas con discapacidad[279].

En un segundo plano de concreción expone que la realización efectiva de los principios del artículo 3 CDPD, tanto en el Estado como en las CCAA, se encuentra en la aprobación de los planes estratégicos plurianuales, algunos de los cuales citaremos más adelante. Por último, hace referencia a los "informes de impacto de la discapacidad" de los anteproyectos de ley, los proyectos de disposiciones normativas de carácter general y los planes que afectan a las personas con discapacidad.

Aunque lo largo de todo el informe, el estado Español efectúa numerosas referencias a la evolución normativa en las CCAA, lo cierto es que las normas que cita se sitúan fuera del ámbito del Derecho civil autonómico y, por tanto, de nuevo obvia las figuras de apoyo que en ese área existen; España deja así de facilitar, datos que pudieran servir para que el Comité pudiese analizar el grado de cumplimiento de los sistemas existentes en materia de capacidad jurídica en las CCAA y su eventual compatibilidad con la CDPD. Omite, por tanto, cualquier referencia al régimen de tutela regulado extensamente en el Libro II del Código Civil Catalán[280], cuyos artículos 22 y siguientes, regulan materias que habrían de ser armonizadas con el artículo 12 CDPD como la capacidad, manteniendo el artículo 211-3 dedicado específicamente y por separado al concepto de "capacidad de obrar"; admite también diferentes tipos de internamientos involuntarios en sus artículos 212-4, 212-5 y 212-6, lo cual

[277] *Vid.* nota[533].

[278] En el informe español se citan entre otras sentencias, la STS de 24 de junio de 2003, de interpretación de la Ley Electoral General, adaptándola, dice, a los criterios de la Convención lo cual, igualmente resulta más que dudoso de seguir la ya expuesta interpretación dada por el Comité.

[279] *Vid.* Nota[270], p. 2.

[280] Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, BOE nº 203, de 21 de agosto de 2010.

resulta igualmente contrario a lo previsto en el artículo 14 CDPD y a las recomendaciones del Comité a España sobre esta materia; y mantiene, además, la figura de la "potestad parental" en su artículo 221-1, lo cual tampoco parece acorde ni con las previsiones de la CDPD, ni con la propia reforma planteada en el Anteproyecto de reforma del CC común, actualmente en trámite, sobre el que más adelante nos detendremos. Tampoco menciona el Informe, la figura de la asistencia existente en el ordenamiento jurídico catalán pero desconocida en el Derecho común.

El Informe del Estado español omite también cualquier referencia al Código de Derecho Foral de Aragón[281], en el que se establece una regulación específica sobre "Incapacidad e Incapacitación" en el Capítulo II del Título I del Libro Primero, artículos 34 a 45. Como su propio nombre indica, el texto aragonés mantiene el régimen de sustitución proscrito por la CDPD, resultando, por ello, claramente incompatible con ella. Igualmente, regula en el artículo 36 el internamiento involuntario de forma contraria al artículo 14 CDPD, y también conserva las figuras de patria potestad y patria potestad prorrogada, igualmente contrarias a la CDPD.

Por supuesto, el Informe español obvia cualquier referencia a la Ley de Derecho Civil de Galicia[282] que, en sus artículos 42 a 45 regulaba la figura de la autotutela, preceptos que, en el momento de emitir el informe se hallaban pendientes de un recurso de inconstitucionalidad y que, finalmente, fueron anulados al haber sido declarados inconstitucionales por razones competenciales, por la STC 133/2017, de 16 de noviembre[283]. Al respecto recordamos que para el Alto Tribunal, haciendo gala de un exceso de rigor interpretativo y dando un giro a sus propia doctrina, en esta ocasión la Comunidad Autónoma de Galicia carecía de competencia, en virtud de lo previsto en el artículo 149.1.8 CE por considerar que las instituciones de adopción y autotutela que regulaba la Ley de Derecho Civil de Galicia no eran instituciones propias del Derecho civil especial gallego ni regulaban *ex novo* instituciones que tuvieran conexión con figuras análogas del mismo. Al no ser así, según el Tribunal Constitucional, carecía de competencias para regular esa materia de derecho civil que quedaba atribuida en exclusiva al Estado. El fallo de esta Sentencia fue duramente criticado no solo por la doctrina científica[284]

[281] Aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 22 de marzo.

[282] Ley de Derecho Civil de Galicia, de 29 de junio de 2006, BOE nº 191, de 11 de agosto de 2006.

[283] BOE nº 308, de 20 de diciembre de 2017.

[284] GARCÍA RUBIO, 2018-III:9-40 considera que esta es la sentencia más centralista o, al menos, menos autonomista de todas las dictadas en relación con el artículo 149-1-8 CE. Desde su punto de vista, se dicta en un momento temporal en que se está produciendo un giro centralizador pilotado desde el propio Tribunal Constitucional, especialmente a raíz de las tres sentencias valencianas -según ella las denomina- dictadas en 2016. Se refiere la autora a la STC 82/2016, de 28 de abril, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano; a la STC 110/2016, de 9 de junio que resuelve el recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana; y, finalmente, a la Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre, que da respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. En los tres casos, se declaró la inconstitucionalidad interesada por el Abogado del Estado, al entender que el legislador autonómico se había excedido en sus competencias al regular materias que correspondían en exclusiva al Estado, por no encontrarse dentro del ámbito establecido en el artículo 149-1-8. El Tribunal Constitucional no consideró superviviente en ninguno de los tres casos las instituciones del régimen consuetudinario valenciano al que se hacía referencia, dejando apenas sin posibilidad de desarrollo al

derecho especial valenciano, situación que se repite con el derecho civil gallego, tras el fallo de la STC 133/2017. Las tres sentencias valencianas han servido para que el Tribunal Constitucional interprete con mayor rigor, hecho que igualmente se repite en el caso gallego comentado, el concepto de "conexión suficiente" que había asumido en la STC 88/1993, de 12 de marzo, en relación con la equiparación de los hijos adoptivos en la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Se evidencia, por tanto, la diferencia de criterio respecto a la coletilla final del artículo 149-1-8 CE, "allí donde existan", que habría de interpretarse en el sentido de que la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas, según lo indicado en el Fundamento Jurídico tercero de la STC 88/1993 recién citada. Pese a lo resuelto en esta Sentencia, el Tribunal Constitucional se muestra mucho más riguroso y restrictivo en la meritada STC 133/2017, especialmente en su FJ 5, al seguir la tesis según la cual sólo las instituciones (y no el ordenamiento foral o especial en su conjunto) ya existentes en el Derecho civil foral o especial del que se trate, son susceptibles de desarrollo.

La tesis más amplia y autonomista de la STC 88/1993 es reiterada por el propio Tribunal Constitucional en STC 95/2017, en relación con el ordenamiento jurídico catalán, y mantenida igualmente en sentencias posteriores a la STC 133/2017, concretamente, en la STC 40/2018 y STC 41/2018, las dos del 26 de abril, referidas respectivamente al ordenamiento jurídico de Navarra y al de Aragón. La rigurosa y restrictiva interpretación del concepto hace despreciar al Tribunal Constitucional la conexión entre la adopción y la autotutela reguladas en los preceptos ahora declarados inconstitucionales y otras figuras preexistentes en el derecho civil gallego. La interpretación mucho más abierta y flexible ha permitido, sin embargo, que otros derechos forales, como el aragonés o el catalán sí pudieran desarrollar su derecho civil propio preexistente o incluso innovarlo admitiendo la conexión negada en el caso valenciano o en el gallego. En este último supuesto, el Tribunal Constitucional niega la necesaria conexión, en primer lugar, por tratar de vincularla a una institución concreta y no en el conjunto del derecho civil propio preexistente; en segundo lugar, porque trata de conectar la figura de la adopción y también la de la autotutela con el derecho consuetudinario gallego, a pesar de que el propio Preámbulo de la Ley de Derecho Civil Gallego de 2006, que las introducía, negase expresamente la existencia de dicha costumbre. (En esta ocasión, el Tribunal Constitucional también fue excesivamente riguroso en la exigencia de la acreditación de la citada costumbre, lo cual fue también objeto de crítica por el Magistrado Conde Pompidu quien argumentaba que la prueba de la costumbre al legislador gallego no es equiparable en absoluto a la prueba de la costumbre exigida a un particular que la invoca en juicio. En una vuelta de tuerca más, el rigor en este aspecto se manifiesta al obviar que la legislación gallega permite omitir la prueba de aquélla cuando se refiere a usos y costumbres notorios). En tercer lugar, niega también la conexión alegada por la Comunidad Autónoma respecto a las figuras del Derecho civil gallego con las que, a criterio del legislador autonómico, se vinculan, haciendo hincapié en algunos casos, en el carácter patrimonial de las instituciones gallegas, pero obviando completamente la estrecha vinculación con el carácter familiar de las mismas. Además niega la conexión por entender las figuras o instituciones tradicionales gallegas con las que el legislador gallego establece la conexión con la adopción, están, según el Tribunal Constitucional vinculadas con el derecho público (asistencia social) pero no con el civil. En el caso de la autotutela, también se niega por considerarla una materia propia de la legislación sanitaria y no civil, cuestión duramente criticada por GARCÍA RUBIO, que recuerda que las instituciones jurídicas son lo que son, en función de su estructura y función y no en razón de la concreta ley donde se inserten. Sobre esa base defiende que la autotutela, al igual que los poderes preventivos para el cuidado de la salud son instrumentos preventivos basados en la autonomía de la voluntad y en su capacidad para decidir. Resulta evidente que pertenecen al Derecho de la Persona, por lo tanto al ámbito del derecho privado, del derecho civil y no del derecho público, con independencia de cuál sea la norma en la que el legislador las quiera incluir.

Otro de los motivos de discrepancia de la autora es el relacionado con la coordenada temporal establecida por el Tribunal Constitucional, esto es, la entrada en vigor de la Constitución Española, a fin de considerar acreditada la previa existencia de normas civiles propias con las que pueda darse una conexión suficiente, preexistencia que debe darse al tiempo de entrar en vigor la Constitución Española, según lo fundamentado, en las STCS 121/1992, de 28 de septiembre (FJ1), STC 88/1993 (FJ1), de 12 de marzo, y STC 31/2010, de 28 de junio (FJ76), mencionadas por la autora, entre otras, sin que sea lícito remontarse a otro momento anterior. Estas sentencias son invocadas en el FJ5 de la STC 133/2017 que comentamos, que reitera posteriormente esa misma idea invocado las SSTC 121/1992, de 28 de septiembre (FJ1) y 82/2016, cuando dice "La validez de la ley civil autonómica, depende de que la Comunidad Autónoma acredite la pervivencia de reglas consuetudinarias (…) que estuvieran en vigor al aprobarse la Constitución Española" añadiendo a continuación sin matices, como explica la autora, "Por tanto, de no poder hacerlo así en este caso la Comunidad Autónoma de Galicia, la norma civil gallega deberá reputarse inconstitucional y nula por falta de competencia". Para GARCÍA RUBIO no cabe duda de que el Tribunal Constitucional realiza una vez más una "lectura selectiva" de párrafos de las sentencias que cita como precedentes indiscutibles, cuando en realidad no lo son. Como prueba de esta afirmación, la autora muestra un pasaje concreto de la citada STC 121/1992, que dice: *El artículo 149.1.8 CE atribuye a las instituciones generales del Estado competencia exclusiva sobre la "legislación civil", sin*

sino por los propios Magistrados del Tribunal Constitucional que emitieron cada uno de los dos votos particulares a la sentencia y por los que se adhirieron a ellos[285].

---

perjuicio "de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan". Para la autora, no hay duda de que el amplio enunciado de esta última salvedad ("derechos civiles forales o especiales") permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución, por más que fueran aquellos derechos ya legislados los que se situaron como referencia principal para el constituyente a la hora de articular, en este punto, las competencias del Estado y las que pudieran ser asumidas por las Comunidades Autónomas en los Estatutos respectivos. El párrafo reproducido, leído en su integridad, trata de aclarar, según la misma autora, qué Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia civil y cuáles no, sin entrar a considerar en ningún momento qué instituciones específicas perviven o dejan de hacerlo. Aludiendo de nuevo al caso valenciano y a las sentencias mencionadas, explica que, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita, el único Derecho civil que aquella Comunidad Autónoma podía conservar, modificar y desarrollar es el consuetudinario, que es el único derecho propio existente en ella al momento de entrar en vigor la Constitución Española; pero, como explica también esta autora, de ello no se deriva que ese mismo razonamiento sea aplicable al caso gallego por la sencilla razón de que Galicia sí tenía más derecho que el consuetudinario. Por eso, concluye que esta Comunidad Autónoma es destinataria indiscutible del artículo 149-1-8, ya que no solo tenía Compilación a la entrada en vigor de la Constitución Española. Por esa razón, podía desarrollar su derecho propio sin más, esto es, sin necesidad de probar ninguna costumbre. Además, tenía más derecho que el reconocido en dicha Compilación. Por tanto, la conexión suficiente podía hacerse a las instituciones recogidas en la Compilación o a cualquier otra que, siendo derecho propio estuvieren en vigor a la entrada de la Constitución Española, aunque no figurasen en aquella. En el caso gallego, el Tribunal Constitucional insistió en la necesidad, no de establecer la conexión entre la institución a regular y el ordenamiento jurídico propio en su conjunto, sino que la remisión la hacía a la existencia previa de dicha institución concreta en el derecho civil gallego, criterio opuesto al seguido en la STC 95/2017, en relación con el Derecho catalán, según el cual es suficiente que la remisión se haga al ordenamiento jurídico en su conjunto. A lo largo de su pormenorizado estudio, la jurista analiza la diferencia de criterio y de uniformidad en el Tribunal Constitucional, lo que, en la práctica, ha llevado a que algunas Comunidades Autónomas puedan desarrollar su derecho civil propio, pero otras quedan, en la práctica inhabilitadas para ello. Esta diferencia de criterios ha hecho que incluso uno de los Magistrados, Conde Pumpido, autor de uno de los votos particulares en la sentencia relativa al caso gallego se haya atrevido a afirmar que "puede, por tanto, generar la impresión de que este Tribunal aplica distintas varas de medir cuando examina las conexiones de las legislaciones autonómicas en materia civil con las instituciones consuetudinarias de los territorios con Derecho civil foral o especial".

[285] Presentaron Votos particulares el Magistrado gallego Conde Pompidu y el catalán Xiol Ríos. Conde Pompidu, considera que la sentencia realiza una interpretación asistemática de la regulación impugnada, ya que el legislador no estaba innovando sino desarrollando su propio derecho. Critica también que se le hubiera exigido al legislador autonómico el mismo estándar probatorio que a un particular que pretende la aplicación judicial de una norma consuetudinaria en litigio (artículo 1-3 CC) *Vid.* Nota[284]. La conexión de la adopción se haría respecto a dos instituciones consuetudinarias gallegas: los usos seguidos en relación con las inclusas y las casas cuna. Además, se vincularían con el prohijamiento (*afillamento)*, que para este Magistrado sería una modalidad de la adopción, y la perfiliación y, sobre todo, con la casa y la compañía familiar, que implicarían siempre el acogimiento de alguien ajeno a la familia, asumiendo las obligaciones inherentes a las relaciones familiares y conformando la más amplia gama de estructuras personales y familiares, institutos todos ellos ya disciplinados en el ordenamiento civil gallego.

Por su parte, el otro Magistrado discrepante, Xiol Ríos considera que la Sentencia muestra una actitud formalista en la interpretación del artículo 149-1-8º CE. Para este Magistrado, el Derecho civil foral no puede ser concebido como una serie más o menos residual de normas e instituciones aisladas y asistemáticas, sino como un sistema normativo dotado de la sistematización y conexión interna y de la completitud propias de un ordenamiento que tiene además constitucionalmente reconocida la posibilidad de determinar sus específicas fuentes de producción normativa. Entiende que la finalidad de la norma constitucional competencial es la promoción e impulso de un ejercicio dinámico a las comunidades autónomas con Derecho civil propio de la competencia legislativa civil reconocida en el artículo 149-1-8. Por ello argumenta que la aplicación de este artículo no ha de hacerse desde su interpretación literal sino que ha de tenerse en cuenta también la observación de la realidad social jurídicamente relevante.

Destaca que la sentencia contribuye a la falta de uniformidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de legislación civil, pues en la STC 88/1993, antes citada, dijo que la Constitución permite que los derechos civiles forales o especiales puedan ser objeto de conservación y modificación pero también de una acción legislativa que permita su crecimiento orgánico y reconoce así

Resulta evidente, pues, que en España conviven diferentes ordenamientos jurídicos, algunos de los cuales no se verán modificados por la reforma proyectada en el Anteproyecto de ley que luego se comentará y que, de mantener su regulación actual, resultan y resultarán incompatibles con la CDPD[286]; nada de esto fue objeto de comentario alguno en el informe remitido por el Estado español, del que no se desprendía en absoluto la diversidad legislativa que en esta materia existe en nuestro país.

Sin embargo, la Delegación española ante el Comité, tuvo oportunidad de profundizar en los aspectos expuestos en el informe segundo y tercero presentados. La Ministra de Sanidad, Consumo y Bienestar Social[287], se pronunció sobre este aspecto concreto, reconociendo que en nuestra legislación predomina la sustitución por orden judicial en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad. Por ello, en cumplimiento del art. 12 de la Convención y de las recomendaciones emitidas por el Comité en 2011, particularmente la reflejada en su párrafo 34, el Consejo de Ministros español había informado en primera vuelta del Anteproyecto de Ley que implica la reforma del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la Ley Hipotecaria y la del Registro Civil, al que antes hemos aludido. En su discurso de apertura de la sesión celebrada el 18 de marzo de 2019 ante el Comité, la Ministra informaba de que este Anteproyecto sienta las bases para el cambio de paradigma, mutando el sistema vigente en nuestra legislación, por otro basado en el respeto a la voluntad y preferencias de estas personas que, como regla general, serán las encargadas de tomar sus propias decisiones. Explicaba resumidamente cuál

---

no solo su historicidad y actual vigencia, sino también la viabilidad hacia el futuro de tales ordenamientos constitucionales (interpretación confirmada por la STC 156/1993, de 6 de mayo).

Además, para este Magistrado, en Galicia sí existe una figura análoga a la adopción: el *afillamento*; pero también la casa petrucial y la compañía familiar gallega, destacando que una de las garantías de su perdurabilidad sería el *prohijamiento*. Por tanto, resulta evidente el cumplimiento sobrado del requisito de la "conexión suficiente". Estos mismos argumentos serían aplicables también respecto a la autotutela, la cual ubica dentro del ámbito del Derecho de la Persona y vincula con la situación de ausencia no declarada judicialmente, regulada ya en el Derecho Civil de Galicia de 1995, pues ambas figuras tienen por objeto ofrecer una adecuada protección patrimonial a las personas que no están en situación de procurársela por sí mismas.

[286] Una de las pruebas más recientes de que esto será así la encontramos en la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil de Navarra o Fuero Nuevo que parece desconocer no sólo las reiteradas recomendaciones del Comité sino la propia CDPD, a los que ni siquiera menciona en todo el texto. Ese desconocimiento u olvido intencionado se refleja, por una parte, en el mantenimiento de una terminología absolutamente caduca y, en ocasiones, peyorativa hacia las personas con discapacidad (personas con "disminución" sensorial, por ejemplo, en el apartado IV. Libro segundo. 2) por una parte; y, por otra, en el mantenimiento o remisión a las instituciones propias de los tradicionales sistemas de sustitución de la voluntad como la modificación de la capacidad de obrar, la responsabilidad parental prorrogada o la rehabilitada. En concordancia con lo anterior, el texto omite cualquier referencia al nuevo paradigma basado en el enfoque de Derechos Humanos propugnado por la CDPD y, por lo tanto, al nuevo sistema de apoyos o asistencia en la toma de decisiones. Tampoco avanza en el establecimiento de nuevas obligaciones a los Notarios para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad y, por tanto, en absoluto se refiere a la obligatoriedad de contar con los medios técnicos precisos para el otorgamiento de documentos notariales para personas con discapacidad cuando fuera necesario. En fin, esa nueva Ley, perpetúa el viejo paradigma y se mantiene anclado en un pasado que debió ser cambiado hace ya más de diez años. A pesar de ello, queremos ver cierta luz en el Preámbulo de esta Compilación Navarra que parece estar previendo una regulación futura de la capacidad de las personas que hasta ahora se contempla en el Fuero tan solo en relación con la edad, al mencionar expresamente que la regulación de esta Compilación se realiza "*… sin perjuicio de una futura legislación especial que regule de manera completa la capacidad y contemple todas las figuras de apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente…".*

[287] Cargo ocupado entonces por María Luisa Carcedo.

sería la idea central de este nuevo modelo, el apoyo a la persona que pueda tener alguna dificultad en el ejercicio de su capacidad jurídica; dentro de este apoyo se incluirían: el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Anunciaba, además, que se regularían en él las instituciones de la curatela y el defensor judicial (olvidándose de la nueva institución de la guarda de hecho).

Como veremos más adelante, explicaba también que en este Anteproyecto, se reserva la tutela a los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad. Aludía al número ingente de normas a las que afectaría la reforma y a los principios inspiradores de la misma, siguiendo lo ordenado en el artículo 10 CE, esto es, el respeto a la dignidad y libre voluntad de la persona, la tutela de sus derechos fundamentales, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

Finalizaba su discurso la Ministra resaltando que, aunque la reforma no está concluida, tanto la Fiscalía como la Judicatura están aplicando ya directamente la Convención que entienden que es Derecho aplicable, subrayando que se ha consolidado una jurisprudencia inspirada por la Convención en materia de capacidad jurídica y apoyos, con la que nosotros, como hemos reflejado en los párrafos precedentes, no estamos totalmente de acuerdo.

En todo caso y, en definitiva, resulta innegable que se han dado pasos en los últimos años para tratar de adaptar nuestra legislación a los parámetros marcados por la Convención, pero resulta igualmente innegable que la tarea más urgente y más difícil también -modificar nuestras leyes para garantizar la plena igualdad jurídica- está todavía por hacer.

La toma en consideración por parte del Comité del II y III Informes combinados presentados por España tuvo lugar en sus sesiones 445ª y 446ª, celebradas los días 18 y 19 de marzo de 2019, respectivamente. Como resultado de las mismas el Comité aprobó sus Observaciones Finales en su 463ª sesión celebrada el 29 de marzo siguiente[288]. El Comité acogió con satisfacción los informes periódicos segundo y tercero combinados de España. En esta ocasión nuevamente el Comité apreciaba el fructífero diálogo mantenido con la delegación de alto nivel del Estado parte y encomiaba al Estado parte por la fuerza de su delegación, dentro de la cual había incluido a muchos representantes de los ministerios gubernamentales pertinentes[289].

[288] NACIONES UNIDAS, 2019. CRPD/C/ESP/CO/2-3. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España. Adoptadas por el Comité en su sesión veintiuna (11 de marzo a 5 de abril de 2019). Avance de versión inédita. En: un.org. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f2-3&Lang=en

[289] La Delegación española estaba conformada por: Jefes de la Delegación: Ministra de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, Sra. María Luisa Carcedo y el Embajador Representante Permanente de España ante la Oficina de Naciones Unidas, Sr. Cristóbal González-Aller; Delegación: Consejo General del Poder Judicial: Sr. Juan Manuel Fernández Martínez , Magistrado, Vocal del Consejo y Presidente del Foro Justicia y Discapacidad, Sr. Francisco Javier Forcada Miranda, Magistrado, Jefe de Sección del Servicio de Relaciones Internacionales.; Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social: Sr. Jesús Celada Pérez, Director General de Políticas de Discapacidad, Sra. Eloísa Del Pino Matute, Directora del Gabinete de la Ministra, Sra. Mercedes Jaraba Sánchez, Subdirectora General de Políticas de Discapacidad, Sra. Mª Luisa Peña Roldán, Directora de la Oficina de Atención a la Discapacidad, Sra.

Como aspectos positivos, en esta ocasión el Comité destacó la adopción de varias medidas legislativas. En primer lugar, la Ley Orgánica 2/2018, que modifica la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen General Electoral, como primer paso para garantizar el derecho de todas las personas con discapacidad a votar sin discriminación. En segundo lugar, la Ley sobre los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (Real Decreto 1/2013), cuyo objetivo es aumentar la tasa de actividad, ocupación e inserción de personas con discapacidad, entre otras cosas, mejorando la disponibilidad de trabajo decente y lucha contra la discriminación. También, en tercer lugar, las enmiendas al Texto Revisado de la Ley 9/2017 sobre Contratos en el Sector Público que establecen la obligación legal de establecer cuotas de empleo para las personas con discapacidad. En cuarto lugar, la LO 13/2015, que modifica la Ley de procedimiento penal con miras a reforzar las garantías procesales, regular los métodos de investigación tecnológica y fortalecer los derechos de las personas con discapacidad que han sido acusadas o detenidas por un delito. Por último citó la LO 1/2015 que modifica el Código Penal tomando en consideración la Convención.

Para el Comité también fue encomiable la adopción por el Estado parte, dentro de las medidas de política, el Plan de Acción para la implementación de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020 a nivel nacional y otros planes relacionados desarrollados por las diferentes comunidades autónomas; y la LO 1/2017 que garantiza que las personas con discapacidad no sean excluidas de los jurados de los tribunales.

Sin embargo, permanecen bastantes motivos de preocupación para el Comité al no haberse adaptado nuestro ordenamiento jurídico plenamente a las directrices marcadas por la CDPD, ni haberse ajustado a lo previsto en las

---

Pilar Pasarón Polo, Subdirectora General Relaciones Internacionales; Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación (Coordinación General): Sra. Susana González López, Jefe de Servicio en la Oficina de Derechos Humanos; Ministerio de Justicia: Sr. Jacobo Fernández Álvarez, Subdirector General de Política Legislativa, Sra. Irene Fuentetaja Cobas, Subdirectora Adjunta para Asuntos de Justicia en la ÜE y OOII; Ministerio de Interior: Sr. Enrique Jesús Caracuel González, Consejero técnico en el Gabinete de la Subsecretaría de Interior, Sr. Ángel García Navarro, Jefe de Servicio en la Subdirección General de Relaciones Internacionales, Inmigración *i* Extranjería; Ministerio de Fomento: Sra. Ángela De La Cruz Mera, Subdirectora General de Políticas Urbanas, Sra. Cristina Valero Megía, Consejera Técnica de la Subdirección General de Ordenación y Normativa de Transporte Terrestre; Ministerio de Educación y Formación Profesional: Sra. Consuelo Vélaz De Medrano, Directora General de Evaluación y Cooperación Territorial, Sra. Elena Martín Ortega, Vocal Asesora en el Gabinete de la Ministra, Sra. Nuria Manzano Soto, Directora del Centro Nacional de Innovación e Investigación Educativa Ministerio de Política Territorial y Fundón Pública; Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social: Sra. Mª José Martín Bernavé, Subdirectora General de políticas activas de empleo, Servicio Público de Empleo Estatal, Sra. Laura Focaya López, Subdirección General de Gestión de Incapacidad temporal y otras Prestaciones a Corto Plazo, Sra. Mª Macarena Montalbán Gordon, Jefa de Equipo del Organismo Estatal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Sr. Francisco Javier Marco Cuevas, Consejero Técnico en la Subdirección General de Relaciones Internacionales Sociolaborales; Ministerio Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad: Sra. Raquel Sanchidrián, Asesora en la Vicepresidencia del Gobierno; Ministerio de Política Territorial y Función Pública: Sra. Ana María Sánchez Hernández, Subdirectora General de Cooperación Autonómica y Local; Fiscalía General del Estado: Sr. José Miguel De La Rosa Cortina, Fiscal de Sala en la Sección Civil del Tribunal Supremo Ministerio de Educación y Formación Profesional; Junta de Castilla y León: Sr. Carlos Raúl De Pablos Pérez, Gerente de Servicios Sociales. Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades; Misión Permanente de España ante la Oficina de las Naciones Unidas y los Organismos Internacionales con sede en Ginebra: Sr. Carlos Domínguez Díaz, Embajador Representante Permanente Adjunto, Sr. Emilio Pin Godos, Consejero, Sr. Pablo Nuño García, Primer Secretario, Sra. Estíbaliz López de Goicoechea, Primera Secretaria, Sr. Luis Díez Mateo, Consejero de Finanzas, Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Observaciones particulares o Generales dictadas por su Comité. Entre ellos el Informe Final destaca, en el marco de los principios y obligaciones generales a cumplir por el Estado el incumplimiento de la Convención y el modelo de derechos humanos de la discapacidad de varias legislaciones y políticas nacionales, regionales y municipales, en particular el texto consolidado de la Ley General sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su inclusión social de 2013 y la Ley de Promoción de la Autonomía Personal de 2006. Le preocupa que esto produzca confianza en las clasificaciones de modelos médicos que encasillan a las personas en función del diagnóstico, y excluyen el amplio alcance proporcionado en la Convención que reconoce las discapacidades en relación con el deterioro y las barreras en el entorno social, especialmente en lo que respecta a la discapacidad psicosocial.

Además, también le preocupa el predominio de un enfoque paternalista y la falta de disposiciones basadas en los derechos humanos en los sistemas de salud mental, así como de estrategias explícitas destinadas a garantizar su protección contra la discriminación y los malos tratos; la falta de progreso para implementar las recomendaciones anteriores del Comité de abolir las disposiciones legales que refuerzan una percepción negativa de la discapacidad, al prever la interrupción tardía del embarazo por deterioro fetal, así como las iniciativas legislativas destinadas a reconocer el estado legal de la eutanasia por motivos de discapacidad; el progreso limitado para garantizar la participación equitativa y completa de las personas con discapacidad a través de sus organizaciones representativas en todos los asuntos que les conciernen, incluida la elaboración de políticas y leyes públicas; y, por último, la falta de capacitación para profesionales en los campos de la educación, la salud y el poder judicial, entre otros, para concienciar sobre los derechos de las personas con discapacidad y las normas consagradas en la Convención.

Por ello, recomienda al Estado español, entre otras cosas, que revise y enmiende todas las leyes, políticas y prácticas relacionadas con la provisión de servicios para personas con discapacidad en todos los niveles y en todas las comunidades autónomas, de conformidad con los principios consagrados en la Convención y en línea con el modelo de discapacidad de los derechos humanos; diseñe e implemente una política centrada en garantizar el pleno respeto de los derechos de las personas con discapacidad psicosocial, incluso asegurando que las disposiciones basadas en los derechos humanos se apliquen en los sistemas de salud mental; derogue cualquier distinción por ley en el período dentro del cual un embarazo puede terminarse debido a un posible deterioro del feto, así como retire todas las disposiciones relacionadas con la eutanasia por motivos de discapacidad, al considerarlo estigmatizante y discriminatorio. Pide también que se asegure la participación continua y consultas significativas con organizaciones de personas con discapacidades diversas, en el diseño y modificación de leyes, políticas y programas nuevos y existentes para garantizar el cumplimiento de la Convención, tal como se define en la Observación General No. 7 de 2018 del Comité; y se continúe brindando capacitación a profesionales, incluidos jueces y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, profesionales de la salud, maestros y personal que trabaja con personas con discapacidad para que conozcan mejor los derechos en virtud de la Convención.

Nos centramos ahora en aspectos del Informe del Comité que aquí más nos interesan.

En primer lugar, respecto al derecho al igual reconocimiento ante la ley consagrado en el artículo 12 CDPD, nuevamente al Comité muestra su preocupación sobre que el Código Civil del Estado parte prevea la privación de la capacidad jurídica de una persona por motivos de discapacidad y mantenga la decisión sustitutiva. Cierto es que, en la actualidad los trabajos realizados sobre el Anteproyecto que reformará la legislación civil en materia de discapacidad han avanzado notablemente, pero más cierto es que al día de la fecha continuamos manteniendo el sistema sustitutivo tradicional de tutela por lo que, desde el punto de vista Derecho positivo legislado, continuamos igual que estábamos, y las personas con discapacidad siguen siendo sometidas, por ello, a diferentes supuestos de discriminación, como se irá viendo en el presente trabajo. Es por ello que, recordando su Observación General Primera (2014) sobre la igualdad de reconocimiento ante la ley, el Comité ha recomendado nuevamente al Estado parte que "derogue todas las disposiciones legales discriminatorias con miras a abolir totalmente los regímenes sustitutivos de toma de decisiones, reconocer la plena capacidad legal de todas las personas con discapacidades e introducir mecanismos de toma de decisiones con apoyo que respeten la dignidad, la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad".

En relación con el derecho a la libertad y seguridad de la persona reconocido en el artículo 14 CDPD, también el Comité observaba nuevamente con preocupación que el artículo 763 LEC aún permita que las personas con discapacidad psicosocial o intelectual sean sometidas a ingresos involuntarios en instituciones donde se les puede negar su libertad y someterse a tratamiento médico forzado y restricción mecánica y que el uso de medicamentos se impone a personas con discapacidad psicosocial como criterios para acceder a los servicios de apoyo psicosocial y vivienda. Para el Comité persiste también la falta de conciencia por parte de los profesionales de la salud sobre las obligaciones derivadas de la Convención, lo que, según concluye, conduce a la justificación perjudicial de la institucionalización forzada y la restricción mecánica como "medidas terapéuticas".

Por último, le inquieta también la falta de disposiciones suficientes dentro de la LECrm que garanticen la accesibilidad, adaptaciones razonables individualizadas y apoyo para las personas detenidas con discapacidad.

Por todo ello, el Comité ha insistido en recomendar nuevamente a España que revise o revoque todas las disposiciones legales, incluido el artículo 763 LEC, para prohibir la institucionalización y el tratamiento forzosos por motivos de discapacidad y para garantizar disposiciones de salud mental basadas en los derechos humanos; que derogue el requisito del uso de medicamentos psiquiátricos para acceder a la asistencia psicosocial y a la vivienda; que proporcione a los profesionales de la salud mental formación en materia de sensibilización y creación de capacidad desarrollada en consulta con organizaciones de personas con discapacidad sobre los derechos de las personas con discapacidad y las obligaciones consagradas en la Convención; y que asegure la accesibilidad y las adaptaciones o ajustes de procedimiento en todas las etapas del proceso penal para las personas con discapacidad

investigadas o procesadas, incluidas las disposiciones para su apoyo en la toma de decisiones y garantizar su derecho a la defensa.
Por último, el Comité exhorta al Estado español a que cumpla con sus obligaciones en virtud del artículo 14 de la Convención, y se guíe por las directrices del Comité sobre dicho artículo en todos la debates sobre el Protocolo adicional al Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano, en relación con la aplicación de la Biología y la Medicina (Convenio de Oviedo) que, como veremos más adelante, se está tramitando bajo un enfoque médico que, adelantamos ya, desde nuestro punto de vista resulta completamente opuesto al paradigma de Derechos Humanos implantado por la CDPD.
Enlazando con esto y, en relación con el artículo 15 de la Convención, que propugna la ausencia de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el Comité también se ha mostrado intranquilo en esta segunda ocasión porque el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica [290] y el artículo 763 LEC, permitan el uso de medidas de restricción física, mecánica y química contra personas con discapacidad psicosocial, que incluyen, entre otras, medicación forzada y, según afirma, incluso sobremedicación, terapia electroconvulsiva u otro tratamiento e ingreso sin consentimiento libre e informado.
En sus Observaciones Finales además, el Comité expone su desasosiego por los informes sobre lo que califica como el "uso indebido intencional del consentimiento forzado como consentimiento informado", en la práctica, en el Estado parte. Le preocupa también que las personas con discapacidad en instituciones, en particular las personas con discapacidad intelectual, estén en riesgo de ser sometidas a malos tratos o humillaciones, así como la ausencia de un mecanismo independiente basado en los derechos humanos para monitorear o supervisar las instalaciones de salud mental en el Estado español. En este sentido, ha recomendado, en primer lugar, que elimine el uso de formas de restricción por motivos relacionados con la discapacidad en todos los entornos[291]; en segundo lugar, de nuevo como hiciera en las Observaciones Finales emitidas en relación con el Primer Informe presentado por el Estado español, le solicita que asegure el consentimiento libre e informado en todos los procedimientos y etapas del sistema de salud mental; en tercer lugar, que tome medidas inmediatas para eliminar cualquier trato cruel, inhumano o degradante contra las personas con discapacidad; y, por último, que establezca un mecanismo independiente basado en los derechos humanos para monitorear las instalaciones y servicios de salud mental en todas las comunidades autónomas con la participación igualitaria y activa de organizaciones representativas de personas con discapacidades psicosociales.
Otro de los aspectos sobre los que el Comité ha mostrado una especial preocupación está en relación con el artículo 17 de la CDPD, relativo a la protección de la integridad de la persona y, en particular, respecto al hecho de que las mujeres y las niñas con discapacidad sigan siendo sometidas a la esterilización forzada y al aborto. El Comité reitera de nuevo su preocupación

[290] BOE nº 274, de 15 de noviembre de 2002.
[291] Entendemos aquí incluidas, por ejemplo, las medidas de sujeción o contención química tan al uso en los centros geriátricos, por ejemplo.

porque los tratamientos médicos sin el consentimiento libre e informado de la persona se practican en el Estado parte. Por ello reitera su recomendación efectuada en el Informe de Observaciones Finales anterior e insta además expresamente al Estado parte a que derogue el artículo 156 de la Ley orgánica 10/1995 para abolir completamente la administración de esterilización y tratamiento médico e investigación sobre todas las personas con discapacidad, sin el consentimiento pleno e informado de la persona[292]. Esta recomendación ha sido subrayada, junto con la relativa al derecho a la educación inclusiva reconocido por el artículo 24 CDPD, como especialmente importante para el Comité sobre las que ha interesado la adopción de medidas urgentes por parte del Estado español.

En relación con el derecho a la participación en la vida política y pública, reconocido en el artículo 29 CDPD, pese a haber valorado positivamente la reforma llevada a cabo en la Ley Electoral, al Comité le preocupa la falta de accesibilidad de los centros de votación y los materiales de votación para las personas con discapacidad en los procesos electorales, así como el bajo nivel crítico de participación y representación de las personas con discapacidad en los organismos nacionales y regionales de formulación de políticas. Por ello, ha recomendado que el Estado español tome todas las medidas necesarias para permitir la participación política y pública de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás. Además le ha recomendado que asegure que los procedimientos electorales, las instalaciones y los materiales sean accesibles para todas las personas con discapacidades, incluso en lenguaje de señas, Braille y *Easy Read*; y que promueva la participación de las personas con discapacidad, incluidas las mujeres, en la vida política y en la toma de decisiones públicas.

Otro aspecto sobre el que ha sido criticado el Estado español es el relativo al escaso avance en cuanto a la recopilación de datos y estadísticas desglosados relativos a las personas con discapacidad, con miras a evaluar las políticas públicas, así como la toma de datos desglosados en relación con situaciones de violencia, particularmente de violencia de género, ejercidas contra las personas con discapacidad, violaciones de derechos humanos en servicios de salud mental, internamientos y tratamientos forzosos, uso de medidas coercitivas, etc. Por ello, vuelve a recomendar rigor y ejecución en la toma de tales datos y estadísticas.

A modo de recomendación general, solicita al Estado español que tome en cuenta y lleve a cabo las recomendaciones plasmadas en su informe, dándole la máxima difusión accesible a todo el mundo y presente su cuarto informe, lo más tardar, el 3 de diciembre de 2023.

Pese a que las Observaciones y Recomendaciones Finales emitidas por el Comité a los II y III Informes periódicos combinados, pudieran hacer pensar que poco o nada se ha evolucionado desde la emisión del primer informe, lo cierto es que, la realidad actual es esperanzadora. Se sigue avanzando en los trabajos en el seno del Ministerio de Justicia de ese Anteproyecto para la adaptación del Código Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil y otras, a la CDPD. En este sentido, como veremos, han sido muchas las

[292] Sobre la posible próxima reforma del artículo 156 CP volveremos enseguida exponiendo someramente algunas de las proposiciones presentadas hasta la fecha.

reformas propuestas y los informes emitidos, lo que ha dado lugar ya a varias redacciones del Anteproyecto.
En la actualidad, su tramitación sigue su curso, habiendo sido informado en octubre de 2018 por el Comité Económico y Social y el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado. En noviembre de 2018 por el CGPJ y en abril de 2019 por el Consejo de Estado.
Sin embargo, la situación política del país, con la disolución del Parlamento mediante el Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo de 2019, de Disolución del Congreso y del Senado y de convocatoria de elecciones[293], y la constitución de las nuevas Cortes el 21 de mayo de 2019 continúa generando enorme inseguridad jurídica para las personas con discapacidad, principalmente intelectual que se enfrentan a procesos de modificación de la capacidad (o incapacitación, en terminología más arcaica) en los que coexisten el actual Código Civil y la citada Convención, dos textos jurídicos que afrontan la prestación de apoyos desde visiones opuestas.

2.3. Evolución normativa sobre capacidad jurídica en España. De la CDPD a la actualidad

A continuación pretendo dar cuenta de algunos de los hitos legislativos que se han ido siguiendo por el legislador español a lo largo de estos años para adaptar nuestro ordenamiento jurídico estatal a los principios y espíritu de la CDPD.

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

El primer encargo de adaptación del ordenamiento jurídico español a la CDPD se puede encontrar en la Disposición Final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad. En ella se requería al Gobierno para que, en el plazo de seis meses, remitiese a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarían a denominarse desde entonces procedimientos de modificación de la capacidad de obrar. Pasó el plazo y lo ordenado no se llevó a cabo.

Entre las reformas introducidas por esta ley se encuentra la que introdujo el artículo 46 bis a la Ley de Registro Civil ordenando que los documentos públicos notariales de autotutela se inscribieran donde se anotan los cargos

[293] BOE nº 55, de 5 de marzo de 2019.

tutelares, sección cuarta de Tutelas y Representaciones legales, y no en la sección primera donde se ubica la correspondiente a nacimientos, lo que modificaba la previsión anterior que obligaba a que fueran inscritas en esta última sección[294].

2.3.2. Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia

Dentro del ámbito de la justicia, la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia introdujo cambios con el fin de facilitar el acceso de las personas con discapacidad a la administración de justicia. Concretamente, su Disposición adicional cuarta ordenaba a todas las administraciones con competencias en materia de justicia a garantizar que todos los ciudadanos, y de forma muy especial las personas mayores o aquellas con algún tipo de discapacidad, en su relación con la administración de justicia pudieran acceder a los servicios electrónicos en igualdad de condiciones con los demás con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos. Para ello, obligaba también al gobierno a desarrollar reglamentariamente mediante Real Decreto, previo informe de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, las características de los medios que permitieran la universalización del acceso a los servicios electrónicos. No se trataba de una ley que se adentrase en el concepto de capacidad jurídica en absoluto pero sí de adaptar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad con arreglo a los principios de la CPDP y, particularmente, con el derecho recogido en su artículo 13.

2.3.3. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

El año 2011 fue prolífico en cuanto al dictado de normas en las cuales se podía observar la perspectiva introducida por la CDPD. Ese año se publicó la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC) que merecerá nuevos comentarios puesto que, al día de la fecha y, pese al tiempo transcurrido desde entonces, todavía no ha entrado completamente en vigor[295], al haber sido prorrogado este momento hasta el 30 de junio de 2020. A pesar de ello, desde su publicación y hasta la fecha, la LRC ya ha sido objeto de diferentes modificaciones –por ejemplo, en relación con el matrimonio de las personas con discapacidad- y también de nuevas propuestas de reforma por parte del ahora denominado Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación

[294] DOMÍNGUEZ LUEZMO, TORRES GARCÍA, 2013:77.

[295] Desde su publicación, la entrada en vigor de Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil se ha visto parcial y sucesivamente prorrogada por la Disposición Adicional 19 del Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia; por la Disposición Adicional 20 de la Ley 18/2014 de 15 de octubre; por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de justicia y del Registro Civil; por la Disposición final 4-12 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, posteriormente modificada también por el artículo único 4 de la Ley 4/2017, de 28 de junio; y, finalmente, por la Disposición Final 1 de la Ley 5/2018, de 11 de junio

civil y procesal en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica[296], a fin de conseguir una mejor adaptación a la Convención.

La nueva LRC tiene por objetivo la organización, dirección y funcionamiento del Registro Civil, el acceso de los hechos y actos que se hacen constar en el mismo y la publicidad y los efectos que se otorgan a su contenido. Suprime el tradicional sistema de división del Registro Civil en Secciones -nacimientos, matrimonios, defunciones, tutelas y representaciones legales- y crea un registro individual para cada persona a la que desde la primera inscripción que se practique se le asigna un código personal. Además, gracias a una enmienda planteada por el CERMI a los Grupos Parlamentarios, tendrá solo carácter electrónico.

Tal como había ordenado la anteriormente citada Disposición Final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad, se sustituye el término incapacitación por el de "modificación de la capacidad de la persona", término que, precisamente como luego se verá, será objeto nuevamente de reforma según lo previsto en el Anteproyecto actualmente en curso, al haberse concluido que, el reconocimiento de la plena capacidad jurídica, según el artículo 12 CDPD, impide la modificación de la capacidad[297].

En el momento de su aprobación, el art. 4 LRC reconocía como hechos o actos inscribibles, entre otros, la "modificación judicial de la capacidad" de las personas, así como los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Entre los derechos de las personas ante el Registro Civil recogía el derecho a promover la inscripción de determinados hechos y actos dirigidos a la protección, entre otros, de las personas con capacidad modificada judicialmente, personas con discapacidad y personas mayores, así como el derecho a acceder a los servicios del Registro Civil con garantía de los principios de accesibilidad universal (artículo 11-i) y diseño para todas las personas (artículo11-l).

El artículo 58 de esta nueva ley regula el expediente matrimonial. El párrafo número 2 en su versión original establecía que en dicho expediente se analizaría el cumplimiento de los requisitos necesarios para la celebración del matrimonio, entre ellos, los relativos a la capacidad, remitiéndose a lo dispuesto en el Código Civil. Aunque luego volveremos sobre ello, adelantamos ahora que el precepto, junto con el artículo 56 CC, fue objeto de una más que polémica modificación a través de la Disposición final cuarta de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria[298], modificación

[296] Inicialmente denominado Anteproyecto de Ley por la que se reforma el Código civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en materia de Discapacidad.

[297] Así lo indica el apartado III de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica: "el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse", p.3.

[298] La Disposición Final cuarta, preveía la modificación, entre otros, del artículo 58 de la Ley 20/2011, introduciendo esta nueva redacción de su párrafo "5. El Secretario judicial, Notario o Encargado del

que no sólo no se adaptaba a lo previsto en la CDPD, sino que resultaba absolutamente contraria a su artículo 23-1 en relación con el 12, dando un giro hacia una restricción mucho mayor a la existente hasta la fecha en el acceso al matrimonio; en efecto, establecía nuevos y mayores obstáculos a la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad mental o intelectual, pero también, algo insólito, a las personas con discapacidad sensorial, exigiendo en todos estos casos y por el simple hecho de la existencia de la deficiencia en la persona, un dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento debido.

Esta disposición nunca entró en vigor por haber sido modificada antes de la fecha prevista para ello ya que, tras esta última reforma, vino una siguiente dada por el artículo único 3 de la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria[299], cuya entrada en vigor, inicialmente prevista para el 30 de junio de 2018 tampoco se ha llegado a producir, al haber sido nuevamente postergada la de la LRC hasta el 30 de junio de 2020, en virtud de lo dispuesto la Disposición Final 1ª de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas[300].

Destacamos también de la Ley 20/2011, en el artículo 76, la regulación de la inscripción de actos relativos al patrimonio protegido de las personas con discapacidad y a la designación y modificación de administradores del mismo, en el registro individual de la persona con discapacidad, sea el título a inscribir documento público o resolución judicial.

Entraremos más en detalle sobre los aspectos novedosos de esta ley al analizar las propuestas de reforma presentadas en el Anteproyecto de reforma del CC anteriormente mencionado.

2.3.4. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad

El siguiente impulso de adaptación[301] de nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD respecto a su artículo 12 lo encontramos en la Ley 26/2011, de adaptación normativa a la Convención de Derechos de las Personas con

---

Registro Civil oirá a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de su capacidad y de la inexistencia de cualquier impedimento. Asimismo, se podrán solicitar los informes y practicar las diligencias pertinentes, sean o no propuestas por los requirentes, para acreditar el estado, capacidad o domicilio de los contrayentes o cualesquiera otros extremos necesarios para apreciar la validez de su consentimiento y la veracidad del matrimonio. Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento", que nunca llegó a entrar en vigor al haber sido nuevamente modificada antes de que eso ocurriese. Al día de la fecha, el otra vez reformado precepto tampoco está en vigor al haber sido nuevamente pospuesta la fecha para ello al 30 de junio de 2020.

[299] BOE nº 154, Secc.1, de 29 de junio de 2017.

[300] BOE nº 142, de 12 de junio de 2018.

[301] Para GARCÍA CANTERO, 2013:43 nuestro legislador ordinario ha adoptado un singular e inédito método de "adaptación por etapas", al ordenamiento interno español, fundamentalmente iniciado por la Ley 26/2011 que, con evidente optimismo, concedió una *vacatio* anual,…, para *hincar el diente* al artículo 12 del Convenio, *punctum ardens* del Tratado.

Discapacidad[302]. En este caso, era la Disposición Adicional séptima rubricada como "Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones", la que ordenaba de nuevo al Gobierno a que ahora en el plazo más amplio de un año desde su entrada en vigor, remitiese a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 CDPD, sobre el 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 debería establecer las modificaciones necesarias en el que esta vez denominaba, quizá de forma más acorde a la Convención, como "proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen". Esta Disposición Adicional séptima fue introducida durante la tramitación parlamentaria de la Ley en respuesta a las aspiraciones de las asociaciones más representativas de las personas con discapacidad fruto de la enmienda nº 19 del Grupo Popular en el Senado[303].

La entrada en vigor de la Ley 26/2011 fue muy aplaudida por cuanto supuso un avance importante en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad e introdujo cambios de gran alcance en un gran elenco de normas.

Como en su momento puso de manifiesto el informe emitido por la Fundación Derecho y Discapacidad, esta ley ahondaba en el modelo social de la discapacidad, que tenía como precedente inmediato la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU) pero daba un decidido impulso reformador en el sentido de salvaguardar los derechos de tales personas con el objetivo de favorecer la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, tanto personal como colectiva, avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada y garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva[304].

Tal como su propio nombre indicaba, el fin de esta ley era adecuar la regulación en materia de discapacidad a las directrices y principios de la CDPD, siguiendo el dictado de su artículo 4 según el cual los Estados parte se obligaban a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole 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.

Los diecinueve artículos de la Ley 26/2011 dieron lugar a la modificación de un importante número de normas que abarcaban ámbitos de lo más variado[305].

---

[302] BOE nº 184 Secc. 1 Págs. 87478 a 87494, de 2 de agosto de 2011.

[303] BOCG-Senado, de 5 de julio de 2011. Esta enmienda se refería escuetamente a la "capacidad jurídica" de las personas con discapacidad. *Vid.* BUEYO DÍEZ JALÓN, 2012. Disponible en: http://www.discapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/otros-temas/el-impacto-de-la-convencion [consulta: enero 2018].

[304] ALCAÍN MARTÍNEZ, 2011:57

[305] Se modificaron: la LIONDAU, la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, 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, el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado

Por su parte, el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, por el que se desarrolla la Ley 26/2011, dio lugar asimismo a la modificación de otras normas con la finalidad de acomodarse a la CDPD.

Dentro del ámbito sanitario, los cambios marcados por ambas normas se orientaron a garantizar el derecho de acceso a la información de las personas con discapacidad. Para ello, se estableció la obligación de uso de formatos adecuados en la información al paciente y la asistencia y el apoyo en la prestación de consentimiento de las personas con discapacidad. Se trataba, por tanto, de que las personas con discapacidad pudieran contar no solo con formatos accesibles para poder entender la información facilitada sino también de contar con apoyos para poder prestar su consentimiento libremente[306].

La ley supuso un gran avance en cuanto a la protección de los derechos de las personas con discapacidad desde la perspectiva y visión introducida por el nuevo paradigma acuñado por la CDPD incorporado a nuestro ordenamiento jurídico tras su ratificación, hasta el punto de haber sido calificada como la más emblemática de las aprobadas durante el año 2011[307].

Sin embargo, la tarea más difícil quedaba por hacer pues, a pesar del enorme esfuerzo y del gran impulso dado por esta norma, seguían pendientes otras reformas de gran calado; entre ellas, todas las relacionadas con la capacidad jurídica de la persona (supresión de la normativa reguladora de la anulación o limitación de la capacidad; régimen de tutela, guarda, instrucciones anticipadas, etc); otras que, por afectar a derechos fundamentales, debían ser tramitadas a través de las correspondientes leyes orgánicas (internamientos o tratamientos involuntarios; medidas de contención; uso de la imagen, etc); otras relativas a la responsabilidad civil o penal de las personas con discapacidad, etc.

En definitiva, faltaba una profunda reforma que afectaría, sin duda alguna, a textos jurídicos tan importantes como el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código Penal, pero también a la Ley Hipotecaria, la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la Ley Orgánica de Educación o la Ley Orgánica de Universidades.

El debate se centraría de manera especial, siguiendo a DOMÍNGUEZ

---

por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil, la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro a fin de prohibir la discriminación a este colectivo, la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, entre otras.

[306] Los cambios se tradujeron, entre otras, en la modificación del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, en cuanto a las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos; del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre respecto a la donación, obtención, evaluación, procesamiento, almacenamiento y distribución de células y tejidos humanos; del Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, respecto a la hemodonación; y, también, en la modificación del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero.

[307] "La más emblemática norma aprobada en el año 2011 es la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". ALCAÍN MARTÍNEZ, 2011:33

LUEZMO[308], en la necesidad de sustituir el sistema de tutela o curatela, en atención al grado de discernimiento del presunto incapaz, para generalizar la implantación de un sistema de apoyos a la persona, que reemplace la representación que implica la tutela, basándose para ello en los principios de respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la indepedencia de las personas, reconocidos en el artículo 3 CDPD y en el nuevo sistema de apoyos consagrado en el artículo 12 CDPD. Ya hemos tenido ocasión de señalar que sobre este aspecto, como indica el autor ahora mencionado, se ha pronunciado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo creando una doctrina jurisprudencial iniciada con la ya varias veces citada STS de 29 de abril de 2009[309] y seguida, entre otras por la STS de 17 de julio de 2012[310], que considera que nuestro sistema de incapacitación actual es lo suficientemente flexible para considerar que se acomoda a los dictados de la CDPD[311].

Para terminar, la Disposición Final segunda de la Ley 26/2011 ordenaba inicialmente al Gobierno elaborar y aprobar en el plazo de un año desde su entrada en vigor, un Texto Refundido en el que se regularizasen, aclarasen y armonizasen 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.

Ese plazo de un año fue posteriormente ampliado hasta el 31 de diciembre de 2013 por la Disposición Final quinta de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de

[308] DOMÍNGUEZ LUEZMO, TORRES GARCÍA, 2013:53-121.
[309] RJ 2009, 2901.
[310] RJ 2012, 8362.
[311] Precisamente por contemplar el doble sistema de tutela o curatela, dependiendo de las circunstancias, según lo ordenado por el vigente artículo 769 LEC en virtud del cual la sentencia que declare la incapacitación debe determinar su extensión y límites así como el régimen de tutela a que haya de quedar sometido el incapacitado. La pionera STS de 29 de abril de 2009 declaraba expresamente que "la incapacitación es solo una forma de protección de los discapaces y que por ello mismo no es una modalidad discriminatoria, sino defensora y no vulnera la dignidad de la persona". Como ya hemos dicho, se trata de un criterio que en absoluto compartimos por entender que se opone al espíritu de la CDPD, a los intereses de las personas con discapacidad y a las directrices marcadas por el Comité; y prueba de ello es que el requisito inquebrantable para que la persona pueda ser "beneficiaria" de las medidas tuitivas actuales es su previa "incapacitación", como igualmente observa, CABELLO DE ALBA, 2015:83 para quien si una persona con discapacidad necesita asistencia y apoyo puntual para un acto o negocio de trascendencia jurídica, y la única manera de obtenerlo es a través de una institución que requiere que sea incapacitado, que supone su sustitución y que se establece con carácter general, nos encontramos en las antípodas de los principios sentados por la Convención, opinión que compartimos. DE LORENZO GARCÍA, 2015:38, rechaza también la figura jurídica de la incapacitación en tanto que, en su opinión, se trata de una medida que lejos de proteger a las personas con discapacidad, genera intolerables restricciones de acceso efectivo e igualitario de los derechos más fundamentales como la vida, la integridad o la libertad. Considera que la declaración de incapacitación es reprochable, pues se está cercenando la capacidad de cualquier persona de tomar decisiones y ejercer su derecho de autonomía personal; y, según este autor, no existe efecto más grave para una persona que la denegación de la "capacidad" de decidir, pues determina la consideración de la persona como "objeto" legal y no como "sujeto" de derechos. Por ello, para el autor, se hace menester desarrollar convenientemente el derecho a la capacidad jurídica y los apoyos en la toma de decisiones, y el derecho a elegir una forma de vida y al apoyo en las actividades fundamentales de la vida diaria. Del mismo autor, 2015:39-40.

determinados servicios [312]. El nuevo texto serviría simplemente para regularizar, clarificar y armonizar las leyes refundidas no para innovar puesto que la propia técnica de refundición legislativa lo impediría.

2.3.5. Real Decreto 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social

Con la aprobación de este Real Decreto[313] se daba cumplimiento al mandato de la Disposición Final segunda de la Ley 26/2011 en un avance más hacia la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico interno a la Convención llevándose así a cabo la refundición de la legislación vigente en el ámbito de la protección de las personas con discapacidad existente hasta entonces.

En la elaboración de este Real Decreto participaron distintas organizaciones defensoras de los derechos de las personas con discapacidad, destacando entre ellas el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI).

La refundición supuso la actualización y armonización de toda la normativa siguiendo el espíritu y principios de la CDPD e introduciendo el enfoque de derechos humanos de la discapacidad y reconocimiento expreso de que las personas con discapacidad son titulares de derechos y la obligación de los poderes públicos de garantizar su pleno ejercicio.

Con esta nueva regulación, se incorpora por primera vez la protección de todas las personas con discapacidad en todos los ámbitos, desde la igualdad de oportunidades hasta la atención sanitaria, la educación y el empleo.

Pero quizá lo más relevante, en concordancia con la CDPD, es el reconocimiento expreso también del principio de libertad en la toma de decisiones[314], que afecta a todos los derechos que se regulan en el Real Decreto, pero también la obligación de dotación de apoyos para ello cuando fuere necesario no solo respecto a decisiones privadas o particulares sino también respecto a toma de decisiones públicas que les afecten. La voluntad de la persona ha de ser respetada pero al mismo tiempo habrán de prestársele los apoyos que, en su caso, precisen para que dicha voluntad opere en la toma de decisiones y la obligación de garantizar la existencia de tales apoyos corresponderá al Estado, en consonancia con lo dispuesto por la CDPD.

Estamos nuevamente ante un avance en la legislación española hacia la adaptación a la Convención pero como hemos dicho anteriormente, no ante una innovación normativa ya que la propia técnica de refundición lo impide.

---

[312] *Disposición final quinta. Modificación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.*
La Disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad queda redactada en los siguientes términos:
«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.»

[313] BOE nº 289, de 3 de diciembre de 2013, Secc. Págs. 95365-95673

[314] Real Decreto 1/2013, Preámbulo, artículo 6, 13 y 54.

Por lo tanto, cinco años después de su entrada en vigor, continúa estando pendiente la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico interno al artículo 12 de la CDPD, relativas a la igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica para garantizar que todas puedan ejercer de hecho y plenamente sus derechos y libertades fundamentales en igualdad con los demás.

2.3.6. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal

Siete años después de la entrada en vigor de la CDPD y, como si de un cuentagotas se tratase, se produce otra modificación dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno que, si bien, supone un nuevo esfuerzo por adaptar nuestra legislación a lo establecido en la Convención, continúa sin abordar la cuestión concreta relativa a la capacidad jurídica y sin ajustarse del todo al espíritu de la CDPD, especialmente si nos atenemos a los criterios interpretativos de su Comité. Se trata esta vez de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal[315]. No queremos dejar de mencionarla, siquiera de forma somera, por cuanto supone, por una parte, un cambio en la propia definición del concepto de "discapacidad", aproximándolo al establecido por el nuevo paradigma de la Convención y, por otra parte, porque implica principalmente la adaptación terminológica a los principios de aquélla, rechazando una nomenclatura demasiado relacionada con el paradigma médico ya obsoleto, contraria al nuevo paradigma y considerada estigmatizante por el colectivo de la discapacidad, motivo por el que ya había sido expulsada anteriormente por diferentes normas, como comentaremos a continuación.

Traemos a colación esta reforma para mostrar que, pese al tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del Tratado, pese a las observaciones efectuadas por el Comité a España con motivo del Primer Informe presentado por este Estado y, pese a lo expuesto por la Observacion General Primera anteriormente comentada, la reforma no es aprovechada para acatar las recomendaciones del Comité e integrar en nuestro ordenamiento jurídico los criterios de ese órgano y, en consecuencia, expulsar del mismo y, particularmente del ámbito del Derecho penal, la figura de la esterilización forzosa que tantas violaciones de derechos de las mujeres con discapacidad sigue causando. Por mor de esta incompleta reforma, se continúa y continuará causando dichas violaciones de derechos de forma completamente impune, de cumplirse los requisitos marcados por la ley que, en absoluto, cuenta con la voluntad y el libre consentimiento de la mujer con discapacidad forzosamente esterilizada, en contra de lo previsto en el artículo 12 de la CDPD en relación con el artículo 23.

Atendiendo a la especial vulnerabilidad de las "personas con discapacidad" (sin matices) el Preámbulo de esta Ley afirma que han de ser objeto de una proteccion penal reforzada. Para ello, las normas del Código Penal que sirven a ese fin deben ser adecuadas a la CPDP que pretende, entre otras cosas, prevenir las conductas discriminatorias por el hecho de la

[315] BOE nº 77, de 31 de marzo de 2015, Secc. I, páginas 27061 a 27176 (116 págs.)

discapacidad que puedan impedirles el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones.

En primer lugar, considera el Preámbulo que ha de llevarse a cabo la antes citada actualización terminológica y recuerda que el Código Penal original se refiere impropiamente a "minusvalía" o a "incapaces", terminología que, como también se ha anticipado, se encontraba ya superada incluso con anterioridad a la CPDP[316]. El cambio terminológico obliga a la sustitución de los términos obsoletos y peyorativos por aquellos acordes con las leyes más recientes[317]. Así, a partir de esta reforma aquellos términos son sustituidos por los de "discapacidad" y de "persona con discapacidad necesitada de una especial protección".

El cambio se lleva a cabo de forma expresa, por medio de la modificación del artículo 25 CP que ofrece una definición de las personas que constituyen objeto de una "especial protección penal", así como mediante el apartado doscientos cincuenta y ocho del artículo único sobre modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, rubricado "Sustitución de términos en el Código Penal" y que expresamente ordena el reemplazo de todas las referencias contenidas en dicha ley a los términos "incapaz" o "incapaces" por los de "persona con discapacidad necesitada de especial protección o personas con discapacidad necesitadas de especial protección". Asimismo, se ordena la sustitución de todas las referencias existentes al término "minusvalía" por el de "discapacidad".

En cuanto a la definición del propio término de discapacidad, el artículo 25 CP reformado nos ofrece una versión muy similar a la establecida en el artículo 1 de la CDPD. Sin embargo, no podemos afirmar que exista una equiparación plena con ésta. Por una parte, el precepto reformado define la discapacidad a efectos del Código Penal como la situación en la que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales intelectuales o sensoriales –y hasta aquí podríamos entenderla casi idéntica a la de la Convención- de "carácter permanente" aquí una de las diferencias- que, al interactuar con diversas barreras puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Por lo tanto, nueva definición del Código Penal resulta más restrictiva que la definición del artículo 1 de CDPD puesto que restringe el concepto solo a las personas que presenten esas deficiencias de forma permanente, mientras que en la Convención dentro del concepto de incapacidad "se incluyen" a las personas que presenten esas deficiencias "a largo plazo". La diferencia, pues, se encuentra en que, para la Convención la discapacidad incluye a personas con deficiencias tanto a corto como a largo plazo y en absoluto, debe presentarse la discapacidad para siempre o de forma permanente, pues este término no es absolutamente equiparable a la expresión "a largo plazo"[318].

[316] Pues ya la propia LIONDAU se refería en su propia denominación a las personas con discapacidad.

[317] Como la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia cuya disposición adicional octava obliga a que las referencias que en los textos normativos se efectuen a "minusválidos" y a "personas con minusvalía" se entiendan realizadas a "personas con discapacidad", y a la propia terminología adoptada por la CDPD con la que se ha de armonizar.

[318] En este sentido, recuérdese el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad, según el cual, la utilización de la palabra "incluye" asegura que esta disposición no necesariamente restrinja la aplicación de la Convención y los

Por otra parte, según la redacción de la Convención, la discapacidad es un concepto dinámico que evoluciona a lo largo de la vida; sin embargo, la definición del nuevo Código Penal muestra un concepto estático de la discapacidad, según el cual esta ha de ser permanente, o sea, existir para siempre.

Además, el Código Penal añade un concepto nuevo, inexistente como tal en la CDPD. Nos referimos al de "persona con discapacidad necesitada de especial protección" definiéndolo como "aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente". Evidentemente, la plena adaptación de nuestro ordenamiento jurídico impediría la distinción entre personas con o sin su capacidad de obrar modificada, ya que, como hemos visto repetidamente, el concepto de capacidad de obrar ha quedado encuadrado dentro del más amplio de capacidad jurídica de la que nadie puede ser privado, ni siquiera parcialmente. También hemos visto, y así se recogerá expresamente en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil actualmente en curso, la capacidad no puede ser modificada en ningún caso; luego la terminología, ajustada a las reformas legislativas anteriormente comentadas, tampoco será la más adecuada y deberá ser objeto de una nueva modificación.

Por último, el precepto mantiene el tradicional trato paternalista hacia la discapacidad, así como el criterio médico asistencial, al proteger especialmente a aquellas personas con discapacidad, por el mero hecho de presentar deficiencias mentales o intelectuales de carácter permanente, sin entrar a valorar siquiera su voluntad a la hora de cometer el delito o la influencia que su discapacidad pueda tener cuando haya sido víctima del mismo, lo que evidencia que la visión de las personas con discapacidad sigue sin mostrarse en el mismo plano de igualdad con las demás. Se las considera vulnerables en general como colectivo por el simple hecho de presentar una deficiencia de carácter intelectual o mental sin entrar a valorar la situación particular de cada una de ellas.

Ese carácter paternalista del que le cuesta desprenderse al legislador recorre el reformado articulado del Código Penal [319], que invoca

---

Estados Partes también pueden brindar protección a otros, por ejemplo, las personas "discapacitadas" – en palabras del informe- a corto plazo o a quienes se considera parte de estos grupos.

[319] *Vid.,* por ejemplo, las reformas introducidas por los apartados:

Veintiocho. Se modifica el apartado 1 del artículo 48, que queda redactado del siguiente modo:

«1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. En los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida.»

Ochenta y tres. Se modifica el apartado 1 del artículo 153, con la siguiente redacción:

«1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o

repetidamente el principio del "mejor", "mayor" o "superior interés"[320] de la persona con discapacidad, frente al principio del "interés preferido" de la persona con discapacidad, esto es, al margen siempre de la averiguación de su voluntad, de nuevo en contra de lo ordenado por la CPDP y recalcado en la Observación General Primera de su Comité.

Precisamente, apelando a ese mismo principio del mayor interés el CP mantiene, pese a la reforma, lo que durante muchos años han denunciado las asociaciones de defensa de los derechos de las personas con discapacidad y el propio Comité como un ejemplo de la vulneración de los derechos: la esterilización forzosa de las mujeres con discapacidad a la que antes ya hemos aludido. Así, el reformado artículo 156 CP[321] prevé en su párrafo primero la exención de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por un facultativo cuando el consentimiento se haya prestado válida, libre, consciente y expresamente; pero no exime de dicha responsabilidad, entre otros supuestos, cuando aquel consentimiento hubiera sido otorgado por persona que carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por estos –tengan o no discapacidad ya que el CP reformando no distingue-, pero tampoco por sus representantes legales. Es decir, no cabe otorgar el consentimiento por representación en estos casos y, mucho menos cabe prestarlo con otro tipo de apoyos a la persona que no pueda otorgarlo por sí, ni siquiera aplicando el principio de "mejor interpretación de su voluntad".

Además, el párrafo segundo del mismo artículo 156 CP reformado, admite, como se ha anticipado, la esterilización forzosa de las personas con discapacidad en aquellos casos que hubiera sido acordada por un órgano judicial respecto a personas que, de forma permanente, no puedan prestar en modo alguno su consentimiento, si bien cuando se trate de supuestos "excepcionales" en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de "salvaguardar el mayor interés del afectado", según lo

---

tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Ochenta y cuatro. Se modifica el artículo 156, que tendrá la siguiente redacción: ... No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil (párrafo 2º).

[320] Sobre la incidencia del principio de "superior interés" en la reforma proyectada, *Vid.* GARCÍA RUBIO, 2017:173; también de la misma autora, 2018-I:182-193.

[321] *Ochenta y cuatro. Se modifica el artículo 156, que tendrá la siguiente redacción:*

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil. **Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal.** *BOE nº 77, de 31 de marzo de 2015, Secc. I, p. 27116.*

previsto en la legislación civil. Nuevamente, aparece el principio de mayor interés, rechazado de plano por el Comité, precisamente para justificar la vulneración del derecho a la integridad, a la libertad y a la dignidad de la persona con discapacidad, principalmente de las mujeres, obviando y dejando completamente al margen la voluntad libremente expresada o mejor interpretada de la persona con discapacidad.

La Disposición Adicional Primera de la LO 1/2015, de modificación del CP[322] prevé que dicha esterilización deberá ser autorizada por el juez en el procedimiento de modificación de la capacidad –procedimiento condenado a su extinción a la vista de que, como se ha dicho, ya no cabe ni la modificación ni la limitacion o anulación de la capacidad y, por tanto, solo podrá hablarse de procedimiento de provisión de apoyos, como luego se verá- o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento.

En este sentido, conviene recordar, por una parte, lo que establece la propia Convención en su artículo 17, en relación con el 23, especialmente en su apartado 1-b) y en su artículo 12, particularmente en su apartado 4, y lo que el Comité recomendó a España en las conclusiones relativas al primer Informe periódico emitido por este Estado así como en su Observación General Primera. Respecto a España, en el año 2011, al emitir su informe de conclusiones el Comité mostró, en relación con el derecho a la integridad personal recogido en el artículo 17, su preocupación por el hecho de que las personas con discapacidad, cuya personalidad jurídica no se reconocía, pudieran ser sometidas a esterilización sin su consentimiento otorgado libremente y con conocimiento de causa y, por ello, instaba al Estado español a que suprimiese la administración de tratamiento médico, en particular la esterilización, sin el consentimiento pleno y otorgado con conocimiento de causa, del paciente, y a que velase porque la legislación nacional respetase especialmente los derechos reconocidos a las mujeres en los artículos 23 y 25 de la Convención.

Por su parte, la Observación General Primera, al relacionar el artículo 12 relativo a la capacidad jurídica y sobre el que versa dicha Observación General con el artículo 6 CDPD, exponía que en la Convención se reconoce que las mujeres con discapacidad pueden ser objeto de formas múltiples e intersectoriales de discriminación por motivos de género y de discapacidad. Citaba como ejemplo las elevadas tasas de esterilización forzada en aquéllas y la frecuencia con la que se ven privadas del control de su salud reproductiva y de la adopción de decisiones al respecto, al darse por sentado que no son capaces de otorgar su consentimiento para las relaciones sexuales. Además daba cuenta de que en ciertos ordenamientos jurídicos, existían tasas más altas de imposición de sustitutos en la adopción de decisiones para las mujeres que para los hombres. Por tanto, consideraba de especial relevancia la reafirmación

[322] *Disposición adicional primera. Autorización judicial de esterilización.*
La esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento. Ibidem, p. 27167.

de que la capacidad jurídica de las mujeres con discapacidad debía ser reconocida en igualdad de condiciones con las demás personas.

Como se ha dicho ya, el Comité formuló estas observaciones y recomendaciones particulares a España en el año 2011, y su Observación General Primera en el 2014; la reforma del Código Penal tuvo lugar en el año 2015, por lo que se perdió la mejor oportunidad para, en aplicación de las recomendaciones del Comité, derogar definitivamente el artículo 156 CP e impedir, de una vez por todas, la esterilización forzosa contraria a la Convención.

Muy al contrario, la reforma, en el sentido expuesto, supone la perpetuación de la vulneración de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, aunque ahora se le quiera dar el carácter de residual; por otra parte, implica la perpetuación del paradigma médico, pues el procedimiento judicial está decididamente determinado por los informes de los dos facultativos que, preceptivamente, deberán dictaminar sobre la procedencia o no de la esterilización. Si bien la decisión y correspondiente autorización corresponde al juez, éste solo podrá resolver teniendo a la vista la preceptiva y previa pericial médica. Por tanto, tanto en el fondo como en la forma, el precepto resulta absolutamente contrario a los principios de la CDPD y, particularmente, al artículo 12, al obviar en todo momento la posibilidad de averiguación de la voluntad de la persona y la dotación de los correspondientes apoyos para la toma de decisiones, de ser preciso. Además, perpetúa el estigma sobre las personas con discapacidad mental o intelectual al presuponerles, como bien dice la Observación General, su incapacidad para la toma de decisiones sobre su salud sexual.

Por ello, en las recientes Observaciones y Recomendaciones Finales al II y III Informe combinados presentado por el Estado español, el Comité no solo recomienda de nuevo expresamente la derogación del artículo 156 CP sino que, además, le insta para que, en relación con esta recomendación de particular importancia, adopte medidas urgentes.

Debe destacarse ademas que la eventual conversión del Anteproyecto de reforma del Código Civil y otras normas complementarias en ley, plantearia una evidente incoherencia con este precepto del Código Penal el cual, remite a la legislación procesal civil para la obtención de la correspondiente autorización, por una parte, en un procedimiento de modificación de la capacidad que, como se ha anticipado, está condenado a desaparecer, o, por otra parte, en un procedimiento contradictorio posterior, cuya legitimación activa recae bien sobre el representante legal, representación que, en la nueva normativa se prevé con carácter absolutamente residual y solo para casos excepcionales, bien sobre el Ministerio Fiscal.

A pesar de que, como anuncia el Preámbulo de la LO 1/2015, de reforma del Código Penal, la esterilización acordada por órgano judicial se circunscribe a supuestos excepcionales en los que se produzca un grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, lo cierto es que, siguiendo las recomendaciones del Comité, la esterilización forzosa simplemente debería dejar de existir.

Con todo, el tema continúa siendo realmente polémico en la actualidad. Hay quien, pese a criticar su ubicación en la esfera del Derecho penal y de considerar que puede ser atentatorio contra los derechos de la mujer con

discapacidad, defiende, sin embargo, su mantenimiento *in extremis*, esto es, con carácter absolutamente excepcional. Todo ello, en aras de la protección del –nuevamente- "interés" de la persona con discapacidad[323]. Sin embargo, son muchas las personas que, al igual que el Comité, claman sencillamente por la derogación del párrafo 2º del artículo 156. En esta línea el CERMI[324] ha denunciado que la práctica de la esterilización forzada contra mujeres y niñas con discapacidad es una violencia vigente en España.

La demanda mayoritaria, de las personas con discapacidad en la actualidad se sitúa en la línea expresada por el CERMI y ha sido escuchada también en el ámbito político donde, en los últimos tiempos, se han presentado diferentes preguntas parlamentarias cuya respuesta ha evidenciado, por una parte, la escasez de datos oficiales respecto a los procedimientos de esterilización forzosa llevados a cabo en nuestro país[325]; pero, por otra parte, también se ha puesto de manifiesto la intención del Gobierno de acometer un estudio por parte de una comisión de expertos de una posible reforma del Código Penal para prohibir la esterilización forzosa o no consentida de personas con discapacidad[326].

Además, en el último año se han presentado varias mociones, proposiciones no de ley y una proposición de ley solicitando la derogación del párrafo 2º del artículo 156 C.P[327].

---

[323] En opinión de FÁBREGA RUÍZ, 2016:123, solo se debe practicar si no hay otro medio de que el incapaz pueda ejercer su sexualidad sin problemas. No sería lógico privar al "discapacitado" del ejercicio de una sexualidad que, como faceta constitutiva de la persona, es necesaria para su realización como tal. Lo que se busca es que su empleo no sea traumático. Además, para poder autorizar la esterilización, se requeriría padecer una deficiencia o "minusvalía" psíquica, pero no cualquiera, sino de las que darían lugar a la incapacitación (criterio médico); que además debiera ser "grave"; debiendo ser solicitada por su "representante legal"; contando con el preceptivo informe de dos facultativos y solo debe realizarse "en interés del incapaz".

[324] CERMI, 2018:80. Para este grupo, se trata de un hecho injustificable desde la perspectiva de los derechos humanos, deleznable e inadmisible a la luz de la CDPD. Aboga por la erradicación de esta forma de violencia que se continúa legitimando en España once años después de ratificada la CDPD y que considera responde casi a mandatos de la Edad Media o países no democráticos vulneradores sistemáticos de derechos. Para el CERMI resulta evidente que la esterilización forzosa constituye una discriminación por razón de discapacidad, pues el artículo 156 del Código Penal consagra una diferencia de trato por razón de discapacidad, en la medida en que permite que se aplique una esterilización sin contar con su consentimiento exclusivamente a personas con discapacidad y no a otras.

[325] En abril de 2018, el Gobierno respondía a la Pregunta escrita 184-29078 formulada el 15 de febrero anterior por el Grupo Parlamentario Confederal Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, acerca del número de procedimientos de esterilización a personas con diversidad funcional que se habían llevado a cabo desde el año 2010 en España, edades de las personas esterilizadas, interesando la información desagregada por sexo. El Gobierno explicaba que solo disponía de esa información desde el año 2016, existiendo una importante diferencia entre el año 2016 y el 2017 debido a la progresiva implantación y a la limitada falta de tradición de recopilación de esa información en el Punto Neutro Judicial, por lo que habría que esperar un mayor recorrido temporal en la recopilación de esos datos para obtener una información más certera y desglosada por edades o género ya que hasta la fecha no era posible. Según el Punto Neutro Judicial, en 2016 fueron 11 los procedimientos de esterilización llevados a cabo mientras que en 2017 ascendieron a 93.

[326] Así lo informaba el Gobierno en respuesta de 21 de enero de 2019, a la pregunta escrita 184/400033 formulada por el Grupo Popular el 29 de octubre de 2018 en relación a las mujeres con discapacidad que desean ser madres. La propuesta operaría mediante una remisión del art. 156 del Código Penal a la LO de Salud Sexual y Reproductiva, a la que se añadirían 3 artículos, según informaba al Comité la Ministra de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, en la reunión mantenida por la Delegación española con aquél en marzo de 2019.

[327] Entre ellas destacamos la Moción por la que se insta al Gobierno a la adopción de determinadas medidas para garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad nº 661/001227, presentada por el Grupo Socialista aprobada por unanimidad el 5 de noviembre de 2018 ante la Comisión para las políticas integrales de la Discapacidad. BOCG, nº 360, de 5 de noviembre de 2018. También la Proposición no de Ley relativa a la esterilización de las mujeres y niñas con diversidad

Respecto a esta última, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos[328], la Mesa de la Cámara del Congreso de los Diputados acordó el 9 de enero de 2019 su admisión a trámite, traslado al Gobierno a los efectos del artículo 126 del Reglamento, publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales y notificación al autor de la iniciativa. La iniciativa se refiere particularmente a las personas con discapacidad judicialmente incapacitadas. Con invocación expresa del artículo 23 CDPD evidencia ya desde su Exposición de Motivos su falta de vigencia total en el ordenamiento jurídico español, debido a la pervivencia en el mismo del artículo 156 C.P. Asimismo, se invocan expresamente la Observación General Primera, ya comentada, y la Observación General sobre Mujeres y Niñas con Discapacidad Tercera del Comité. En esta última, el Comité indica que algunas formas de violencia, explotación y abuso pueden considerarse tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y una vulneración de diversos tratados internacionales de derechos humanos. Entre ellas cita la esterilización forzada realizada bajo coerción, o de manera involuntaria y todos los procedimientos y las intervenciones médicas realizados sin el consentimiento libre e informado, incluidos los relacionados con la anticoncepción y el aborto. En este sentido, el Comité recomendaba a los Estados en general y a España en particular, la prohibición de todas las formas de esterilizazión forzosa. La Exposición de Motivos de esta Proposición de Ley terminaba invocando también el artículo 39 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), en vigor en España en 2014, que prohíbe expresamente las esterilizaciones forzadas[329].

A continuación, el texto propone la modificación del artículo 156 del CP, en el sentido de eliminar el párrafo segundo y sustituyendo la redacción del precepto por la siguiente:

Artículo 156.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de

---

funcional como vulneración de derechos humanos. (162/000845) presentada por el Grupo Confederal Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, el 29 de octubre y calificada el 13 de noviembre de 2018. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-452 de 16/11/2018; o la Proposición no de Ley sobre la esterilización forzosa o no consentida. (162/000831) presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos el 18/10/2018, calificado el 23/10/2018, BOCG el 18/10/2018, calificado el 23/10/2018, ambas ante el Pleno. Además, Proposición no de Ley relativa a la esterilización de las mujeres y niñas con diversidad funcional como vulneración de derechos humanos. (161/003882) presentada por el Grupo Confederal Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea el 29/10/2018, calificada el 13/11/2018, BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-454 de 20/11/2018, entre otras. Para más información, puede consultarse: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXLUS.fmt&NUM1=&DES1=&DOCORDER=FIFO&OPDEF=Y&QUERY=%28I%29.ACIN1.+%26+%28ESTERILIZACIÓN%29.ALL.&DOCS=1-25

[328] Proposición de Ley para la erradicación de la esterilización forzosa o no consentida a personas con discapacidad incapacitadas judicialmente (Orgánica). (122/000313), BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-360-1 de 11/01/2019. Presentada el 19/12/2018, calificado el 09/01/2019.

[329] La práctica totalidad de las iniciativas presentadas para abolir el párrafo 2 del artículo 156 CP han invocado igualmente lo previsto en el artículo 39 del Convenio de Estambul.

aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por estos ni por sus representantes legales.

Es decir, la supresión del párrafo segundo del artículo 156 C.P. equivale a la penalización de cualquier tipo de esterilización forzosa e impediría que la misma se pudiese llevar a efecto, incluso con autorización judicial; dicho de otro modo, sólo cabrían las esterilizaciones libremente consentidas.

La Proposición de Ley introduce además una Disposición Adiciónal con el fin de garantizar el apoyo para la toma de decisiones a las personas con discapacidad que lo precisen en el marco de la legislación básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Dicho apoyo habrá de prestarse en los formatos accesibles que la persona precise.

De ello, podría deducirse que las personas con discapacidad y, particularmente aquellas con discapacidad intelectual o psicosocial, podrían consentir su propia esterilización, igual que aquellas sin discapacidad, debiendo ser proveídas de los apoyos precisos para la toma de las decisiones relativas a ese asunto, cuando así lo precisasen.

Sin embargo, si relacionamos el artículo 156 CP con el párrafo segundo del artículo precedente, cuya reforma no se interesa, resultaría que puede haber un grupo específico de personas con discapacidad a las que se les prive de su derecho a decidir sobre su esterilización, lo cual, sin duda, sería la otra cara de la moneda de la despenalización de las esterilizaciones forzosas. En efecto, el párrafo segundo del artículo 155 CP. afirma y establece categóricamente que no será válido el consentimiento otorgado por una persona con discapacidad necesitada de especial protección; como hemos visto anteriormente, la reforma operada en el año 2015 introdujo este nuevo concepto de "persona con discapacidad necesitada de especial protección" definiéndolo como aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.

El artículo 156 CP en la redacción presentada por esta Proposición de Ley parece referirse más bien al apartado primero del artículo 155 CP que es el que habla del consentimiento válido; sin embargo, su párrafo segundo niega toda validez al consentimiento prestado por las personas necesitadas de especial protección. Negada tal validez, no se puede hablar de consentimiento "válido, libre, consciente y expresamente emitido", a los efectos de lo previsto en el artículo 156 propuesto; es decir, se estaría negando la voluntad de la persona con discapacidad necesitada de especial protección a efectos de decidir sobre su esterilización.

Otra interpretación parecería ser posible; se trata de entender que, cuando el artículo 156 CP propuesto se refiere a "todo" el artículo 155 al decir, "no obstante lo dispuesto en el artículo anterior", debiendo después ser relacionado con lo previsto en la Disposición Adicional ahora introducida, podría concluirse que el consentimiento de las personas con discapacidad necesitadas de una especial protección adquiriría validez con el uso de los apoyos necesarios para la emisión del mismo. Y esto, nuevamente tiene un riesgo: que tal apoyo deje de serlo para convertirse en una verdadera sustitución en el

ejercicio de un derecho que, por otra parte, tiene carácter de personalísimo. Lo cierto es que el propio artículo 156 CP propuesto impide esta interpretación, al negar de forma expresa validez al consentimiento prestado por los representantes legales de aquellos que carezcan absolutamente de aptitud para prestar su consentimiento. En definitiva y, pese a lo previsto en la Disposición Adicional propuesta, se niega la posibilidad de averiguar la voluntad de la persona a través de un procedimiento –que en todo caso debiera ser civil y no penal- a aquellos que precisamente necesitan de apoyos para tomar sus decisiones.

Quizá, si de lo que se trata es de otorgar el derecho a todos, debiera replantearse la redacción de la propuesta. Desde nuestro punto de vista sería suficiente con admitir expresamente la posibilidad de prestar el consentimiento con apoyos y suprimir la negación de validez del consentimiento de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, sin más.

El tema, es ciertamente complejo pero los avances son, sin duda, notables ya que se dirigen hacia el camino de impedir las violaciones de derechos hasta aquí denunciadas.

Lo que en absoluto se ha planteado la reforma del Código Penal del año 2015, es la modificación de las medidas de seguridad que, *per se*, pueden constituir un mecanismo de discriminación contra las personas con discapacidad pues, al amparo del sempiterno principio de protección a las personas con discapacidad que resulten inimputables, pueden resultar, en la práctica mucho más gravosas que la propia pena que el Código Penal prevé para el autor imputable. La discriminación de las medidas de seguridad aplicables a los inimputables se contempla en un doble plano: en primer lugar, porque éstas encuentran su propio fundamento no en la culpabilidad del autor, sino en su peligrosidad[330], por lo que la presunción de ésta en sujetos como los enumerados en el artículo 20-1 CP[331], en relación con lo previsto en el artículo 95-1 CP[332], resulta claramente estigmatizante, al presumir la peligrosidad del autor del delito inimputable, como causa de su discapacidad psicosocial; y, en segundo lugar, porque, pese a la dicción del párrafo segundo del artículo 6 CP, la medida de seguridad, en la práctica, suele ser más gravosa que la propia condena al autor imputable, puesto que aquélla, que suele consistir en un internamiento en un centro psiquiátrico[333], lleva también aparejada la

[330] *Artículo 6 CP: 1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.*
2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

[331] *Artículo 20 CP: Están exentos de responsabilidad criminal: 1. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión…*

[332] *Artículo 95 CP. 1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurran estas circunstancias:*
1.ª Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.
2.ª Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos…

[333] *Artículo 96 CP. 1. Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad.*
2. Son medidas privativas de libertad: 1.ª El internamiento en centro psiquiátrico.

imposición de un tratamiento médico forzoso y, en numerosas ocasiones, la de medidas de contención mecánicas o químicas. A la vista de lo expuesto, consideramos que el actual sistema penal no resulta del todo acorde con el espíritu de la CDPD, por lo que la reforma del Código Penal ha quedado incompleta; por ello, al igual que se ha hecho en otros ordenamientos jurídicos[334], creemos que en España debiera también reabrirse un debate y repensarse el mantenimiento del actual sistema de imposición de medidas de seguridad en estos casos.

Por último, debemos mencionar que la LO 1/2015 también modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrm.) para incorporar nuevas salvaguardias para las personas con discapacidad "necesitadas de especial protección", como la posibilidad del juez de rechazar en los delitos contra éstas el perdón otorgado por sus representantes[335], o la posibilidad de que, en los delitos perseguibles a instancias de la parte agraviada, el Ministerio Fiscal pueda también denunciar, si aquélla fuera una persona con discapacidad

[334] *Vid.* HEGGLIN, 2017:45 cuando, al comentar los artículos 13, 14 y 19 CDPD en relación con el Derecho argentino, advierte de que bajo el nuevo paradigma social de la Convención y este nuevo sistema de garantías previsto para las personas con discapacidad psicosocial, surge de forma evidente que la CDPD impone a los operadores y académicos del Derecho penal argentino –lo que es trasladable al Derecho penal español- la obligación de iniciar una instancia de análisis y reflexión sobre las consecuencias que en el sistema penal ha de generar este nuevo enfoque social (no médico ni científico) no discriminador de la persona con discapacidad psicosocial a la que se le reconoce plena capacidad jurídica- con derecho a tomar, con apoyos y salvaguardas, sus propias decisiones (y, por ende, con derecho a equivocarse). La autora realiza también una profunda reflexión en torno a la contradicción existente entre el espíritu de la CDPD y las medidas de seguridad que en el Derecho Penal nacieron bajo un modelo médico positivista que puso su atención en la anormalidad de la persona que era absuelta de la comisión de un delito por padecer una enfermedad mental y que en consecuencia debía ser privada de libertad no sólo en miras a su propia rehabilitación, sino también en miras a neutralizar la peligrosidad para sí o para terceros que desde la psiquiatría se entendía posible de demostrar y conjurar, modelo médico que, a criterio de la autora, todavía se impone en la actualidad. De la misma autora, 2017:46. También en Colombia se ha abierto el debate en torno a la compatibilidad del tratamiento de la inimputabilidady medidas de seguridad en relación con la discapacidad y la CDPD, llegándose a la conclusión, por parte del PROGRAMA DE ACCIÓN POR LA IGUALDAD Y LA INCLUSIÓN SOCIAL, 2017:64-67 de que la aproximación a la determinación de la inimputabilidad es de carácter primariamente diagnóstico, perpetuando esta visión la estigmatización de las personas con discapacidad psicosocial o cognitiva a quienes se les ha dado los diagnósticos listados, porque implícita está la presunción de que cualquier persona con este tipo de diagnósticos potencialmente puede cometer hechos antijurídicos que no entiende, manteniendo así una visión peligrosista de las personas con diagnósticos psiquiátricos; lo cual contraría a todas luces los presupuestos de la CDPD en tanto se considera la condición en la persona como ajenta al contexto en el que ella habita, entendiéndose entonces que la conducta es una consecuencia directa del diagnóstico. Por ello, se concluye que la aplicación del concepto de inimputabilidad en el derecho colombiando es una clara evidencia de la vulneración que el Estado colombiano está cometiendo a las disposiciones del artículo 12 CDPD y del rechazo a sus obligaciones para cambiar el paradigma de los derechos de las personas con discapacidad. A parecidas conclusiones llegan SHEINBAUM & VERA, 2016:44-55 y DOCUMENTA. ANÁLISIS Y ACCIÓN PARA LA JUSTICIA SOCIAL, 2017:83, y 100-102, respecto a la imposición de medidas de seguridad donde, al igual que en los casos anteriores, se prevén en el Derecho Penal mexicano y se imponen en base a la peligrosidad del autor del delito inimputable, lo cual *per se* supone un fundamento claramente discriminatorio. Como indica esta organización, la diferencia fundamental entre pena y medida de seguridad se relaciona con que la pena se aplica por el delito cometido en función de la culpabilidad, mientras que la medida de seguridad se aplica en razón de la peligrosidad de la persona, entendida como la probabilidad de que en el futuro cometerá un delito, lo que igualmente sucede en el Derecho penal español, a tenor de lo previsto en el artículo 6 CP- y el interés de la sociedad en evitarlo. Por tanto, en el caso de las personas inimputables, al ser consideradas como social pero no penalmente responsables, se les imponen medidas de seguridad como resultado de una sentencia. Ello demuestra que las medidas de seguridad está basadas en estereotipos que ven a los individuos como algún problema de salud mental como "locos peligrosos". Entonces, el sistema de justicia no sanciona realmente una conducta ilícita, sino el hecho de tener una discapacidad.

[335] Artículo 130-1º, apartados 3) y 5) LECrm. reformada.

necesitada de especial protección o desvalida[336].

2.3.7. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima

Muy poco tiempo después, de dictarse la LO 1/2015, se aprobó la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima[337]. Su Disposición Final primera, bajo la rúbrica "Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a efectos de la transposición de algunas de las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos", introducía en su apartado once la reforma del artículo 433 LECrm.

El precepto incorporaba ahora un párrafo cuarto según el cual, a partir de entonces, cuando los testigos fuesen personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible.

Traemos aquí a colación brevemente esta reforma porque, al amparo de este artículo, se ha ido introduciendo en algunos juzgados dentro del ámbito penal la figura del facilitador, con resultados bastante positivos, lo cual constituye un nuevo avance en el reconocimiento y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Pese a ello, conviene destacar que esta figura sólo ha sido admitida para los supuestos en los que la persona con discapacidad se encuentre en la posición de víctima o testigo dentro del procedimiento penal, pero no ocurre lo mismo cuando su posición es la de acusado. Nuevamente queda camino por recorrer pero, sin duda, se ha dado un paso hacia delante.

2.3.8. Ley 15/2015, de 2 de julio, de modificación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria

En el año 2015 se aprueba y entra en vigor la vigente Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV) como resultado, más de una década después, de la encomienda que la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) había efectuado al Gobierno para que remitiese a las Cortes Generales un proyecto de ley sobre aquélla[338].

El objeto de la LJV es la regulación de los expedientes que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela efectiva de derechos e

[336] Artículo 105-2º LECrm. Reformada.
[337] BOE nº 101, de 28 de abril de 2015.
[338] Esta previsión legal iba asociada a la construcción de un sistema procesal moderno equiparable al existente en otros países de nuestro entorno separando ahora la jurisdicción voluntaria de la regulación procesal común.

intereses en materia de derecho civil y mercantil siempre que no exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso (artículo 1). Entre otras cosas y, por lo que respecta a las personas con discapacidad, en esta nueva ley también se buscaba la adaptación a la CPCD, adaptación básicamente de carácter terminológico, como así se reconocía en el propio Preámbulo. Al igual que se hiciera en leyes ya comentadas, la LJV, abandonaba también el empleo de los términos "incapaz" o "incapacitación" y los sutituía por la referencia a las personas "cuya capacidad está modificada judicialmente".

Es verdad que la ley introduce alguna reforma respecto a la regulación en materia de tutela pero continúa sin abordar la cuestión relativa a la capacidad jurídica y, por tanto, sigue sin adaptarse a la CDPD. Además, mantiene la distinción tradicional entre capacidad jurídica y de obrar, perpetuando la posibilidad de que esta última pueda ser retirada o limitada a las personas con discapacidad.

Se producen algunos cambios que pueden ser considerados como salvaguardas para las personas con discapacidad. También se llevan a cabo ciertas reformas para facilitar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, concretamente con quienes tuvieran su capacidad modificada. Por ejemplo, se establece que la competencia territorial en los expedientes sobre la tutela, la curatela y la guarda de hecho será del Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia de la persona con capacidad modificada judicialmente (art. 43-1 LJV), al igual que en los expedientes relativos a la protección del patrimonio de las personas con discapacidad referido el domicilio o la residencia a la de la persona con discapacidad (art. 57-1 LJV) o en los expedientes relativos a las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes de la persona con capacidad modificada judicialmente donde igualmente será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia de aquélla; salvo cuando estuvieran sujetos a tutela, en cuyo caso lo será el Juzgado de Primera Instancia que hubiera conocido inicialmente (art. 87-2 LJV). En ninguno de esos casos cabe la sumisión expresa o tácita.

Se mantiene la intervención del Ministerio Fiscal en aquellos expedientes de jurisdicción voluntaria que afecten al estado civil o condición de la persona o cuando estuviere comprometido el interés de una persona con la capacidad modificada judicialmente y se regulan ciertas cuestiones relativas al patrimonio protegido de las personas con discapacidad, Sin embargo, la ley continúa quedándose muy, muy lejos de las previsiones de la CDPD.

Se avanza tímidamente hacia la participación de las personas con discapacidad, en el procedimiento, obligando a que ésta le sea garantizada a través de los medios y apoyos necesarios en los términos que les sean accesibles y comprensibles. Se introducen una serie de salvaguardas procesales, como las que expresamente obligan a resolver en el mismo acto las cuestiones procesales que, planteadas durante la comparecencia, pudieran impedir la válida prosecución del expediente, o a practicar en el mismo acto o, de no ser posible, en el plazo máximo de diez días, aquellas diligencias relativas a los intereses que afectasen a la persona con capacidad modificada judicialmente que se acuerden de oficio o a instancias del Fiscal. También se

prevé que la audiencia de la persona con capacidad modificada judicialmente pueda ser practicada en acto separado, sin interferencias de otras personas, pero pudiendo asistir el Ministerio Fiscal, debiéndose garantizar que dicha audiencia se practique en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando fuera preciso. De esta audiencia, a la que la LJV continúa denominando "exploración[339]", se extenderá acta detallada, pudiendo ser grabada en soporte audiovisual.

Sin embargo, nada dice esta Ley acerca de la averiguación de la voluntad, gustos o preferencias de las personas con discapacidad intervinientes en el procedimiento; más bien al contrario, su lectura lleva a concluir que existe una enorme preocupación y empeño por "proteger" –incluso parece que sobreproteger- a la persona con capacidad modificada, pero no de empoderarla prestándole, como ordena la CDPD, los apoyos que fueren precisos para poder expresar su voluntad en igualdad de condiciones con los demás.

La ausencia de definición legal del modelo de apoyos, previsto en el artículo 12-3 CDPD constituye para el letrado de la administración de justicia, SALVADOR GONZÁLEZ BASCUEÑA[340], un obstáculo importante para garantizar la participación de las personas con discapacidad en el procedimiento, a través de los medios y apoyos necesarios, tal como ordena la ley. No obstante, considera que hasta que llegue la nueva reforma, hay que partir de los principios consignados en el artículo 12-4 de la citada Convención 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.

La nueva LJV mantiene la presencia preceptiva del Ministerio Fiscal en los expedientes que afecten a una persona con capacidad judicialmente modificada. Pese a las recomendaciones del Comité, la nueva ley mantiene el sistema de sustitución en la toma de decisiones al trasladar simplemente a este nuevo *corpus* jurídico la regulación anteriormente localizada en el Código Civil o en la LEC; con ello se persiste en la distorsión entre nuestra legislación y la Convención, perdiendo una nueva oportunidad de ajustar nuestro sistema al del Tratado.

La LJV se refiere también a las personas con discapacidad para regular los aspectos relativos al patrimonio protegido haciéndose eco, por tanto, del concepto recogido en la Ley 41/2003, concepto diferente al de la propia Convención.

---

[339] En la actualidad, en el examen del "presunto incapaz" no intervienen las partes sino que, tal como pone de manifiesto MARTÍNEZ GALLEGO, 2013:46, dicho examen se realiza por el Juez, sin sujeción a ninguna formalidad, estando justificada la no intervención de las partes con una interpretación teleológica, el carácter tuitivo de la medida a adoptar y que el examinado se muestre tal cual es, sin estar mediatizado por la presencia de extraños, para que su aptitud y criterio fluyan con absoluta normalidad. Aludiendo a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, la misma autora, *Ibidem*:46, nota[67], recuerda que hay quien ha descrito este examen como una "mezcla entre reconocimiento judicial y de interrogatorio, en el que normalmente será más importante lo segundo que lo primero". En todo caso, en absoluto se trata de una entrevista con la solicitante de apoyos al modo que ahora propone la reforma.

[340] *Vid.* GONZÁLEZ BASCUEÑA, Cuestiones prácticas sobre la tramitación general de los Expedientes de Jurisdicción voluntaria. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20Gonzalez%20Bascueña.pdf?idFile=d877c0e7-1c89-4bdf-a941-5bade817df46

La intervención de abogado y procurador se refuerza con esta LJV siendo preceptiva, respecto a las personas con capacidad judicialmente modificada en aquellos expedientes sobre remoción de tutor o curador o sobre autorización judicial sobre aprobación o autorización de actos de disposición o gravámenes por importe o valor superior a 6000 €.

Se prohibe expresamente la acumulación de expedientes cuando su resolución corresponda a sujetos distintos; por tanto, queda zanjada la cuestión relativa a la posible acumulación en un solo proceso de expedientes que afectasen, por ejemplo, a hermanos[341]. Luego, todas las cuestiones derivadas del mismo, una vez constituida la tutela, tendían a tramitarse igualmente de forma conjunta, con independencia no solo de los intereses particulares de cada individuo, sino también con absoluto desprecio al derecho a su intimidad.

Como novedad, esta ley establece la competencia territorial en el caso de expedientes sobre tutela, curatela y guarda al Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto de la residencia de la persona con capacidad judicial modificada (artículo 43 LJV). Además, el párrafo 2 del artículo 43 LJV contempla una norma de competencia funcional, subordinada a que se mantenga la territorial, cuando establece que el órgano judicial que haya conocido de un expediente de tutela, curatela o guarda será competente para conocer de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas posteriores, siempre que la persona con capacidad judicialmente modificada resida en la misma circunscripción. En caso contrario, para conocer de alguna de esta incidencias, será preciso que se pida testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, que deberá remitirlo a la mayor brevedad[342]. De esta manera se excluye el principio de la *perpetuatio iurisdiccionis* consagrado en el artículo 411 LEC; así se acoge una recurrente reivindicación por parte de algunos, entre ellos la Fiscalía, al considerarla más acorde al principio de protección del incapaz, ya que el ejercicio de la tutela

[341] Era más o menos habitual encontrarnos con procedimientos judiciales donde se resolvían cuestiones relativas al ejercicio de la tutela sobre varios tutelados cuya modificación de la capacidad se había declarado en un previo y único procedimiento principal contradictorio en el que todos aquellos habían figurado como codemandados. Así, el AAP Cuenca de 28 de noviembre de 1995 (AC 1995/ 2044) permitió la acumulación de acciones de incapacitación respecto de dos hermanos de doble vínculo. Argumentaba la Audiencia que "no existen razones legales ni de cualquier otra índole que impidan que se decidan en un único procedimiento las acciones-pretensiones de incapacitación instadas por la actora respecto a sus dos hermanos de doble vínculo, por obedecer a una misma causa de pedir, a lo que no puede ser óbice la hipótesis de que la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 210 del Código Civil), puede variar en un hermano respecto al otro, por cuanto en la sentencia única que se dicta en el procedimiento único a seguir por efecto de la acumulación, ha de haber tantos pronunciamientos como pretensiones acumuladas, lo que permitirá en tal sentencia individualizar la extensión y efectos de la incapacitación respecto a cada hermano". Criterio opuesto fue el dictado por la SAP Málaga (Sección 5ª) de 30 de enero de 2002 (JUR 2002/134726). La actora impugnó la sentencia de primera instancia ya que en la demanda solicitó la incapacitación de sus dos hermanastros y el juzgado sólo admitió la posibilidad de declarar la de uno de ellos. Consideró la Audiencia que "no puede estimarse contraria a derecho la decisión del Juzgador de instancia de exigir que para cada presunto incapaz se siga un procedimiento por separado, como es práctica usual. Pero es que además en el presente caso aparece que tomado dicho acuerdo en el procedimiento, tras oír al actor para que se pronunciara sobre cual de los dos presuntos incapaces quería que se continuasen las actuaciones, el Juzgador proveyó sobre la situación creada deduciendo los testimonios pertinentes con respecto a José H. F. y remitiéndolos a la Fiscalía de Málaga a los efectos del artículo 203 del Código Civil, por lo que no cabe alegar privación del derecho a la tutela judicial efectiva. Amén de que el propio promotor del juicio de incapacidad pudo formular por sí nueva demanda". LAFUENTE TORRALVA, 2012:138.

[342] FERNÁNDEZ GIL, 2016:144; LIÉBANA ORTIZ & PÉREZ ESCALONA, 2015:282.

será más efectivo bajo el control del juzgado de residencia del incapacitado[343], y además facilita el acceso efectivo del incapaz a la justicia, de conformidad con el artículo 13 CDPD[344] .

En resumen, la LJV introdujo, una serie de cambios sobre el ejercicio de la tutela, pero continuó sin hacer frente a la adaptación de nuestras normas al artículo 12 CDPD. Una de sus reformas más polémicas fue, como ya se ha mencionado, la introducida por su Disposición Final 4ª relativa a la capacidad para contraer matrimonio, la cual nunca llegó a entrar en vigor, al haber sido nuevamente reformada antes de que esto ocurriera. Se debe señalar que la LJV es una de las leyes que más modificaciones sufrirá con el Anteproyecto de reforma del CC actualmente en curso.

2.3.9. Ley 4/2017, de 24 de junio, en relación con el derecho a contraer matrimonio en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad

Como explica su Exposición de Motivos, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, modificó en su Disposición Final Primera, el artículo 56 del Código Civil, relativo a los requisitos de capacidad exigidos a los contrayentes, con el fin de proteger –decía- a las personas con algún tipo de discapacidad, para asegurar que reunían los requisitos necesarios para contraer matrimonio y favorecer su celebración.

Así, con aquella redacción, el artículo disponía que «Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario Judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

La entrada en vigor de este precepto estaba prevista para el 30 de junio de 2017, pero su interpretación generó alguna duda respecto al término «discapacidad», continuaba explicando la Exposición de Motivos de la Ley 4/2017[345]. Por ello, la Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016 del Director General de los Registros y del Notariado[346] aclaró que la exigencia por parte del Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente de dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento de aquellos contrayentes que estuvieren afectados por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se debía entender necesariamente limitada exclusivamente a aquellos casos en los que la deficiencia afectase de forma sustancial a la

[343] ATS de 29 de junio de 2016 (ROJ: ATS 6901/2016 - ECLI: ES:TS:2016:6901A).
[344] Vid. FERNÁNDEZ GIL, 2017:27-28.
[345] Sin embargo, a pesar de lo que indica la Exposición de Motivos de la Ley 4/2007, la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015, no empleaba el término "discapacidad", sino que hacía referencia a ciertas "deficiencias". El tenor literal de esta Disposición Final en su apartado noveno era el siguiente: *Nueve. El artículo 56 queda redactado del siguiente modo: «Quienes deseen contraer acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código. Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.»*
[346] Disponible en: http://www.cnse.es/uploaded/publicaciones/10012017141824_1863.pdf [consulta: febrero 19]

prestación del consentimiento por el interesado haciendo así, lo que consideraba una interpretación del artículo 56 CC acorde con la CDPD.

Dado que la modificación del artículo 56 CC todavía no había entrado en vigor, y con el fin de aclarar además que la intención de la reforma introducida por la Ley era la de favorecer la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad, evitando cualquier sombra de duda sobre su capacidad para contraer matrimonio, se propuso, a través de la Ley 4/2017, de 24 de junio, una modificación de la Disposición Final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que a su vez modificaba el artículo 56 CC[347]. Al mismo tiempo, se proponía una modificación de la Disposición Final Cuarta para adaptar la reforma del artículo 58 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil, regulador del expediente matrimonial.

Se buscaba así, atender también a la demanda de la sociedad civil articulada en torno a la discapacidad, que a través de su movimiento asociativo, había planteado a las fuerzas políticas, al legislador y al Gobierno de la Nación, la modificación de este precepto para establecer, eliminando restricciones y proporcionando apoyos, un régimen legal favorecedor de la celebración del matrimonio, si esa fuera la voluntad de la persona con discapacidad.

La propuesta también reforzaba la protección de las personas con discapacidad al establecer que el Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramitase el acta o expediente, cuando fuera necesario, podría recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que facilitasen la emisión, interpretación y recepción del consentimiento por los contrayentes. Esta previsión pretendía dar cobertura plena a la exigencia prevista en el artículo 12-3 de la Convención, así como a lo dispuesto en su artículo 23-1.

Además se modificaba el apartado doce de la de la Disposición Final cuarta que modificaba, a su vez, la Disposición Final décima de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil en lo relativo a la entrada en vigor, fijándose esta para el 30 de junio de 2018, con las excepciones que allí se indicaban, entre las que no se encontraban las relativas a la nueva regulación del matrimonio.

Asimismo, se reformaban los puntos 3, 4 y 5 de la Disposición Final vigésimoprimera relativa a la entrada en vigor, para indicar que las modificaciones del artículo 56 CC contenidas en la Disposición Final primera, así como las modificaciones del artículo 58 LRC, incluidas en la Disposición Final Cuarta, relativas a la tramitación y celebración del matrimonio civil, lo harán en la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Como ya se ha visto en apartados anteriores, la completa entrada en vigor de esta ley ha sido objeto de numerosas prórrogas, siendo la última la introducida por la Disposición Final 1ª de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas, que la ha retrasado hasta el 30

[347] Un análisis detallado sobre la reforma del artículo 56 CC y la publicación y entrada en vigor de la Ley 4/2017, de 24 de junio, puede encontrarse en HERAS HERNÁNDEZ, 2018:213-245.

de junio de 2020. Hasta entonces, el precepto se mantiene en vigor con la redacción anterior, si bien en la interpretación ordenada por la Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016 del Director General de los Registros y del Notariado, lo cual resulta cuando menos extraño teniendo en cuenta el rango normativo de ésta. Aunque se ha querido rectificar, lo cierto es que inexplicablemente la reforma introducida por la LJV supuso un claro retroceso en los derechos de las personas con discapacidad absolutamente contrario a la Convención. De igual forma resulta inexplicable, sobre todo teniendo en cuenta la propia iniciativa de rectificación del legislador, el nuevo e injustificado retraso en la entrada en vigor de la "subsanación" de aquel error.

2.3.10. Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones

El 7 de octubre de 2016 se publicaba en el Boletín Oficial de las Cortes Generales[348] el acuerdo de la Mesa de la Cámara por el que se decidía admitir a trámite y trasladar al gobierno la proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones presentada por el Grupo Parlamentario Mixto.

La Exposición de Motivos de esta Proposición de ley invocaba el derecho fundamental a la igualdad reconocido en el artículo 14 CE, así como el derecho a participar directamente en los asuntos públicos establecido en el artículo 23 CE y, más concretamente, a participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado.

Además, aludía a la entrada en vigor en España de la CDPD la cual, según recordaba, reconocía el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad en su artículo 5, el derecho a la igualdad ante la ley en su artículo 12, el derecho al acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás, incluido el reconocimiento y asignación de ajustes razonables, si fuera preciso, en su artículo 13 y, por último, el derecho a la participación en asuntos públicos en su artículo 29.

Recordaba también que la finalidad de la CDPD es la de promover y garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás. Sin embargo, reconocía que, a pesar de ello, la entonces vigente Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, limitaba y restringía el derecho de las personas con discapacidad y, por tanto, violaba su derecho a la igualdad, en su artículo 8-5, al poner la causa de exclusión del derecho en el hecho de la discapacidad de la persona, y también en el artículo 20 al no prever la asignación de ajustes razonables cuando la persona con discapacidad pudiera necesitarlos. Por ello, la propuesta proponía un cambio en los preceptos mencionados para incluir, sin exclusiones, la participación de todas las personas con y sin discapacidad, en los asuntos públicos a través de la institución del jurado previendo la dotación de ajustes razonables cuando fuere preciso[349].

[348] BOCG nº 43-1, Serie B, Proposiciones de Ley de 7 de octubre de 2016, págs. 1-3.

[349] El texto de la propuesta era el siguiente: *Artículo único. Se modifica la Ley Orgánica 5/1995, de 22*

Una parte importante de la Exposición de Motivos de esta proposición de Ley Orgánica fue recogida de forma prácticamente literal por el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones[350]. La LO 1/2017 modificó los artículos 8-5 y 20 de la Ley Orgánica 5/1995 asumiendo la redacción de la proposición de ley de forma también casi idéntica. La nueva redacción de estos preceptos se fijó en los siguientes términos:

Uno. El apartado 5 del artículo 8 queda con la siguiente redacción:

«5. Contar con la aptitud suficiente para el desempeño de la función de jurado. Las personas con discapacidad no podrán ser excluidas por esta circunstancia de la función de jurado, debiéndoseles proporcionar por parte de la Administración de Justicia los apoyos precisos, así como efectuar los ajustes razonables, para que puedan desempeñar con normalidad este cometido.»

Tres. El artículo 20 pasa a tener la siguiente redacción: «Artículo 20. Devolución del cuestionario.

Dentro de los cinco días siguientes a la recepción del cuestionario, los candidatos a jurados designados lo devolverán al Magistrado que haya de presidir el Tribunal del Jurado, por correo con franqueo oficial, debidamente cumplimentado, haciendo constar, en su caso, aquellas circunstancias personales asociadas a situaciones de discapacidad que pudieran presentar y que fueran relevantes para el ejercicio regular de esta función; asimismo acompañarán las justificaciones documentales que estimen oportunas y concretarán la solicitud de los medios de apoyo y ajustes razonables que necesiten para desempeñar su función.»

Se avanzaba, por tanto, una vez más en el pleno reconocimiento de las personas con discapacidad ante la ley no solo reconociendo expresamente el derecho de todas las personas a formar parte del Jurado sino obligando además al estado a dotar de ajustes razonables y medios de apoyo a las personas con discapacidad cuando fuera preciso.

Sin embargo, la LO 1/2017, reformó a su vez otro artículo, concretamente el artículo 12 en su inciso primero[351] ampliando el supuesto de excusa para ser jurado a las personas con discapacidad. En su redacción original la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado preveía como primera causa de excusa para actuar como jurado el ser mayor de 65 años. La

---

de mayo, del Tribunal del Jurado: Uno. El apartado 5 del artículo 8, sobre requisitos para ser jurado, que queda con la siguiente redacción: "5. Contar con la aptitud suficiente para el desempeño de la función del jurado. Las personas con discapacidad no podrán ser excluidas por esta circunstancia de la función de jurado, debiéndosele proporcionar por parte de la Administración de Justicia los apoyos precisos para que puedan desempeñar con normalidad este cometido. Dos. El artículo 20 pasa a tener la siguiente redacción. Artículo 20. Dentro de los cinco días siguientes a la recepción del cuestionario, los candidatos a jurados designados lo devolverán al Magistrado que haya de presidir el Tribunal del Jurado, por correo con franqueo oficial, debidamente cumplimentado, haciendo constar, en su caso, aquellas circunstancias personales asociadas a situaciones de discapacidad que pudieran presentar y que fueran relevantes para el ejercicio regular de esta función, así como acompañarán las justificaciones documentales que estimen oportunas y concretarán la solicitud de los medios de apoyo y ajustes razonables que necesiten para ejercer este derecho".

[350] BOE nº 303, de 14 de diciembre de 2017.

[351] La Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones no contemplaba la reforma del artículo 12 del texto original.

LO 1/2017 amplió esta causa también a las personas con discapacidad. Esta ley no define "discapacidad" por lo que, teniendo en cuenta que su finalidad es la adaptación o armonización del texto original con lo previsto en la CDPD, debemos entender que aquel concepto ha de ser equiparable a lo previsto en el artículo 1-2 del Tratado[352].

Pese al loable esfuerzo del legislador por avanzar en la adaptación de nuestra normativa a las obligaciones impuestas por la CDPD la nueva reforma no resuelve, sin embargo, todas las cuestiones relativas a la participación de las personas con discapacidad en la institución del Jurado.

Por su propia naturaleza, las deliberaciones de los miembros que lo conforman ha de ser secretas, sin que en ellas puedan participar ni estar presentes más personas que las designadas como jurado. Ello podría impedir que, por ejemplo, para el caso de las personas sordas o sordociegas, se pudiera designar como apoyo la figura de un intérprete y, para el caso de las personas con discapacidad intelectual o mental, la figura de un eventual facilitador. La falta de estos apoyos podría suponer, por lo tanto, una nueva causa de discriminación dentro de una ley que aparentemente ya no discrimina a las personas con discapacidad.

Sobre esta última cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse el Comité, entre otros, en el Dictamen aprobado el 1 de abril de 2016, en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación nº 11/2013 presentada el 29 de abril de 2013[353] contra Australia.

En este caso, la víctima, sorda, presentó reclamación por vulneración de su derecho a formar parte de un jurado porque el Estado le había negado precisamente como ajuste razonable la intervención de un intérprete basándose para ello en la exigencia impuesta por la normativa australiana aplicable de confidencialidad y secreto de las deliberaciones del jurado como garantía de los derechos del reo a un juicio imparcial y, por otra parte, en la exigencia de que el veredicto no se pronuncie en presencia de más de 12 personas. Ello impedía la posibilidad de designar a la reclamante un intérprete de Auslan[354] o un estenotipista que produjera subtítulos en directo.

Según la Ley del Jurado invocada en este caso, "está justificado dispensar o excusar a una persona del desempeño de la función del jurado en el caso de que… tenga alguna discapacidad que haga que, si no se realizan ajustes razonables, resulte no apta para actuar de manera efectiva como jurado o la incapacite para ejercer esa función. La misma normativa indica que el Sheriff puede modificar la lista complementaria o la lista de candidatos a jurado eliminando el nombre y los datos de cualquier persona si […] esa persona ha

[352] El Preámbulo de la LO 1/2017 no hace mención al motivo o necesidad de esta reforma que, a falta de justificación expresa, podría ser interpretada como una salvaguarda más de un colectivo al que se considera especialmente vulnerable, pero también como un resquicio del tradicional tratamiento paternalista y excesivamente protector de las personas con discapacidad. Este nuevo motivo de excusa también podría ser igualmente utilizado de forma peligrosa como motivo indirecto de discriminación si se intentase, con fundamento en el mismo, persuadir a aquéllas para evitar su participación en la institución alegando que es una causa en la que se pueden amparar para excusar su participación, pero tratando de esconder bajo la misma la incapacidad del estado de dotar de medios o ajustes razonables a la persona para que su participación fuera posible.

[353] CRPD/C/15/D/11/2013. La comunicación fue presentada por GEMMA BEASLEY, representada por el *Australian Centre for Disability Law*.

[354] *Australian Sing Language.*

solicitado ser dispensada del desempeño de la función de jurado con arreglo a esta Ley y su solicitud ha sido aceptada".

La recomendación de presentar excusa, en virtud del artículo 12 de la normativa española anteriormente comentado o, dispensa, según lo previsto en la legislación australiana puede ser una práctica, como decíamos, nociva y fraudulenta si, con ella, se pretende sencillamente no dotar de los ajustes razonables a la persona con discapacidad lo cual, evidentemente, implica una clara discriminación por razón de la discapacidad[355]. En el caso que nos ocupa se presentaban, principalmente, dos cuestiones: por una parte, la dotación de ajustes razonables a la persona para poder participar y ejercer, en igualdad de condiciones con los demás, la función de jurado y, por otra, la salvaguarda de los derechos del procesado a un juicio justo e imparcial privado de cualquier tipo de injerencias por parte de terceros no llamados a formar parte del jurado. Esta misma situación, de acuerdo con la normativa española actual, se podría plantear igualmente en nuestro país.

En aquella ocasión, tras tener en cuenta las alegaciones de una y otra parte, el Comité concluyó que el Estado parte, Australia, había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la CDPD[356]. Por ello, formulaba a Australia, entre otras, las recomendaciones de proporcionar a la actora una reparación efectiva, incluido el reembolso de las costas procesales y la indemnización que le correspondiese, y posibilitarle su participación como jurado popular, proporcionándole un ajuste razonable consistente en interpretación en Auslan de manera que se respetase la confidencialidad de las actuaciones en todas las etapas de selección del jurado y del procedimiento judicial.

En general, aparte de las recomendaciones específicas respecto a la actora, el Comité recordaba al Estado su obligación de adoptar medidas para evitar que en el futuro se cometieran nuevas violaciones como las ocurridas en este caso, garantizando que cada vez que se cite a una persona con discapacidad para desempeñar la función de jurado se realice una evaluación exhaustiva, objetiva y completa de su solicitud de ajustes y se proporcionen debidamente todos los razonables para permitir su plena participación; efectuando las modificaciones legales que procedan así como en las políticas y programas pertinentes en estrecha colaboración con las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan y garantizando también que se imparta formación adecuada y periódica a las autoridades locales (Sheriff), funcionarios judiciales y el personal que participa en la tarea de facilitar la labor del poder judicial sobre el ámbito de aplicación de la Convención y su Protocolo Facultativo, entre otras cosas en relación con la accesibilidad de las personas con discapacidad[357].

En nuestra opinión, si trasladásemos el caso comentado a España nos encontraríamos ante situaciones similares ya que la muy loable Ley Orgánica

[355] *Vid.* nota[352]

[356] En concreto, de los artículos 5-11 y 3º; art. 9-1º; art. 13-1º, leído por separado y conjuntamente con los artículos 3-1º; 5-1º y 29-b); y artículo 21-b), leído por separado y conjuntamente con los artículos 2, 4 y 5 párrafos 1º y 3º.

[357] Idéntico pronunciamiento sobre un supuesto muy similar emitió el Comité en su Dictamen aprobado el 1 de abril de 2016 presentada el 8 de abril de 2013 por MICHAEL LOCKREY representado por el *Australian Centre for Disability Law* contra Australia, igual que en el caso anterior (CRPD/C/15/D/13/2013).

1/2017 dejó de reformar otros preceptos de la Ley Orgánica 5/1995 que, por lo tanto, permanecen en vigor y podría dar lugar a que en nuestro país nos pudiésemos encontrar ante situaciones similares a las planteadas en Australia.

Por una parte, el artículo 56 de la vigente Ley del Jurado ordena la incomunicación del mismo durante su deliberación, al establecer que ésta tendrá lugar a puerta cerrada, sin que sea permitida comunicación con persona alguna hasta que hayan emitido el veredicto[358]; en este aspecto, nos encontramos ante la misma situación que la planteada en el Estado australiano.

En segundo lugar, el artículo 36 de la misma Ley, relativo al planteamiento de cuestiones previas, prevé la posibilidad de que las partes puedan alegar la vulneración de algún derecho fundamental. Por tanto, sería posible que, con fundamento en lo previsto en el artículo 56, el procesado plantease la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de nuestra CE, si el ajuste razonable otorgado a la persona con discapacidad miembro del jurado consistiese en la presencia de otra persona que ejerciese funciones de facilitador, mediador, asistente o similar. Al no existir ninguna regulación concreta sobre este aspecto, se podría entender que la transmisión de la información y la comunicación con el jurado con discapacidad no gozaría de todas las garantías precisas para asegurar su veracidad y, por supuesto, imparcialidad. Ello significaría que su derecho podría estar en riesgo. Si las alegaciones del procesado fuesen admitidas y, por tanto, se impidiese la participación del jurado con discapacidad en el procedimiento, éste podría acudir al Comité, una vez agotadas las vías internas. En este caso, el Comité, siguiendo su propia doctrina, podría condenar a España en los mismos términos que los expuestos en los Dictámenes emitidos contra Australia.

Por otra parte, la reforma introducida por la LO 1/2017, ha omitido cualquier modificación en relación con los artículos 41, 58 o 62 de la LO 5/1995. El primero de ellos, regula el juramento o promesa de los designados miembros del jurado cuyo formulismo exige que cada uno de ellos se dirija a presencia del Magistrado-Presidente y respondan de viva voz "sí, juro" o "sí, prometo". Igualmente, el artículo 58, referido a la votación del jurado, establece que ésta será nominal y en alta voz. Por último, el artículo 62, exige la lectura del veredicto por el portavoz.

Todos estos supuestos tienen en común la exigencia de que el trámite se realice personalmente por el jurado y en alta voz. Cierto es que la Disposición Adicional Tercera, introducida también por la LO 1/2017, ordena a las Administraciones Públicas que provean de los medios de apoyo necesarios en los Tribunales de Justicia para que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a ser jurado, pero creemos que la ausencia de una regulación clara sobre la posibilidad de que personas que sirvan de apoyo a los jurados con discapacidad puedan intervenir en este procedimiento deja sin resolver el evidente conflicto de intereses que puede surgir entre los derechos de estos y el de la persona afectada por el veredicto del Jurado. Por ello, consideramos que sería deseable por parte del legislador, profundizar sobre esta cuestión.

[358] Dicha incomunicación deberá mantenerse incluso si hubiese sido autorizado un receso durante la deliberación por parte del Magistrado-Presidente.

Pese a los problemas aquí expuestos, la aprobación de esta Ley debe ser considerada como un avance y, muestra de ello, es la propia felicitación por parte del Comité al respecto, en sus Observaciones y Recomendaciones Finales al II y III Informe combinados presentados por España recientemente.

2.3.11. Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica

En el mes de marzo de 2018, la Comisión General de Codificación (CGC) remitió al Ministerio de Justicia un Anteproyecto para la adaptación de la normativa civil y procesal en vigor, a lo previsto en el artículo 12 de la CDPD. Se trata sin duda del proyecto central en el proceso de adaptación de nuestra legislación civil (al menos la estatal) al artículo 12 de la CDPD, por lo que le dedicaremos un amplio espacio en nuestro trabajo; aquí lo mencionamos para seguir el orden cronológico de los acontecimientos.

De momento cabe señalar que, paralelamente, se tramitaba aparte otro anteproyecto designado como Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales.

El primero de ellos se encuentra actualmente en trámite. Su denominación ha cambiado en varias ocasiones. En la actualidad mantiene la que, desde nuestro punto de vista, resulta más acorde con la CDPD: Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Sin embargo, el segundo de ellos no ha continuado su tramitación, mientras que el primero ya ha finalizado la fase preparlamentaria. De ambos hablaremos más tarde de forma detenida dada su importancia y trascendencia.

Ninguno de estos Anteproyectos, particularmente el que se encuentra actualmente en trámite, ha sido conocido en detalle por el Comité[359] para quien, obviamente perdura la tradicional legislación española en materia de incapacitación y tutela ciertamente en vigor. Por ello, no ha dudado en

[359] Pues España no hacía referencia a él en su II y III Informes periódicos combinados. Sin embargo, durante la sesión mantenida entre la Delegación española y el Comité el 18 de marzo de 2019, la Ministra de Sanidad hizo referencia al Anteproyecto durante su discurso con estas palabras: "*Por ello, en cumplimiento del art. 12 de la Convención y de las recomendaciones emitidas por este Comité en 2011 (recomendación párrafo 34), el CdM* (Consejo de Ministros) *de España informó en 1ª vuelta de un Anteproyecto de Ley que implica la reforma del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la Ley Hipotecaria y la del Registro Civil.*
Este Anteproyecto sienta las bases para el cambio del sistema vigente en nuestra legislación, por otro basado en el respeto a la voluntad y preferencias de estas personas que, como regla general, serán las encargadas de tomar sus propias decisiones.
La idea central de este nuevo modelo es el apoyo a la persona que pueda tener alguna dificultad en el ejercicio de su capacidad jurídica, lo que tradicionalmente se ha llamado capacidad de obrar.
Ello abarca desde el acompañamiento amistoso, a la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad.
Además, se regulan las instituciones de la curatela y el defensor judicial. Se reserva la tutela a los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad.
La reforma afecta también a otras normas relativas al Derecho Internacional privado, a los actos relativos a la nacionalidad, al matrimonio o la filiación, así como a algunas reglas del Derecho de sucesiones y de contratos.
La nueva regulación se inspira, siguiendo el art. 10 de la CE, en el respeto a la dignidad y libre voluntad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás".

recomendar nuevamente al Estado español la derogación de toda la legislación que mantiene el paradigma de la sustitución y lo cambie por el sistema de apoyos propugnado por la CDPD[360].

2.3.12. Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. Modificación del derecho al voto

El 5 de septiembre de 2017, la Mesa de la Cámara del Congreso de los Diputados adoptó el acuerdo de admitir a trámite, trasladar al gobierno, publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales y notificar a su autora la Proposición de Ley para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (LOREG) presentada por la Asamblea de Madrid en el Registro del Congreso el día 5 de julio anterior[361].

Urgía la reforma de la hasta entonces vigente LOREG para su adaptación a la CDPD tal como había recomendado el Comité a España al momento de emitir su dictamen al primer informe periódico, en el año 2011[362].

Pues bien, la reforma fue aprobada por unanimidad pese a las discrepancias existentes entre los diferentes partidos políticos y grupos parlamentarios con motivo de la enmienda y enmienda transaccional presentada por el Partido Popular durante la tramitación de la proposición de ley, como enseguida comentaremos.

La reforma urgía, además, a la vista de la recurrente doctrina del Tribunal Supremo que, a falta de aquélla venía sistemáticamente interpretando el artículo 3 de la LOREG[363] como perfectamente compatible con el artículo 29

---

[360] NACIONES UNIDAS, 2019. CRPD/C/ESP/CO/2-3. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España. Adoptadas por el Comité en su sesión veintiuna (11 de marzo a 5 de abril de 2019). Avance de versión inédita. En: un.org. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f2-3&Lang=en

[361] Meses antes, concretamente, el 17 de febrero de ese mismo año, se había presentado otra iniciativa por parte del Partido Nacionalista Vasco (PNV) pero, por cuestiones procedimentales, la de la Asamblea de Madrid -que para PRESNO LINERA (*Vid.* Blog "El derecho y el revés" [en línea]) era la propuesta más ajustada a las recomendaciones del Comité de todas las presentadas- se le adelantó y se tramitó dando lugar a la aprobación final por unanimidad de la vigente Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE Nº 294, de 6 de diciembre de 2018, Sección I, págs. 119785-119787).

[362] Según hemos visto anteriormente, en relación al derecho al voto se mostraba preocupado por el hecho de que las personas con discapacidad, especialmente discapacidad intelectual o psicosocial, pudiesen ser privadas del derecho al voto en el momento de ser privadas de su capacidad jurídica o de ser institucionalizadas. Entonces, el Comité recomendaba firme y expresamente a España "que revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás. El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley orgánica Nº 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar".

[363] Cuyo enunciado "carecen de derecho de sufragio", como indica PRESNO LINERA, es incorrecto, pues las personas a las que se refieren son titulares del derecho pero no lo pueden ejercer. *Vid.* Blog "El derecho y el revés" [en línea]. Disponible en: https://presnolinera.wordpress.com/2018/07/06/el-derecho-de-voto-de-las-personas-con-alguna-discapacidad-intelectual/

de la CDPD, tesis jurisprudencial que, en cierto modo fue asumida o, al menos no rebatida o desvirtuada, por el Tribunal Constitucional particularmente a raíz del Auto 196/2016, de fecha 28 de noviembre de 2016[364], que resolvió no admitir a trámite el recurso de amparo presentado por los padres de una mujer declarada parcialmente incapaz a la que, pese a su solicitud expresa en la demanda y a la manifiesta voluntad de aquélla de ejercer su derecho de sufragio activo, la sentencia privó de tal derecho, por considerar inexistente la violación de ningún derecho tutelable en amparo.

Urgía también, porque de nuevo, en abril de 2017, el Comité había vuelto a solicitar a España a través del listado de cuestiones previas remitido para la emisión del segundo y tercer informes periódicos combinados[365], que informase sobre las medidas legislativas y de otra índole que hubiere adoptado para garantizar el derecho al voto en secreto con los ajustes razonables precisos de todas las personas con discapacidad sin excepciones. La respuesta de España a esta cuestión concreta no pudo ser más que la de enumerar una serie de iniciativas para asegurar el derecho de las personas ciegas al voto, explicando la problemática surgida de tales iniciativas; comunicar que precisamente, al momento de emitir sus informes segundo y tercero, se estaba tramitando la proposición de ley para la modificación de la LOREG; y, por último, remitirse a lo que consideraba la "importante labor que está llevando a cabo la jurisprudencia del Tribunal Supremo", citando la STS de 24 de junio de 2013, que, considera "ha interpretado la Ley Electoral General conforme a las exigencias de la Convención"[366].

Pero urgía, sobre todo, porque era una demanda reivindicada vigorosamente desde el propio colectivo de las personas con discapacidad hasta el punto de haberse visibilizado ante las puertas del mismo Congreso de

[364] AUTO 196/2016, de 28 de noviembre. http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25214

[365] Concretamente en la cuestión 27: NACIONES UNIDAS, 2017, Lista de cuestiones previas a la presentación del segundo y tercero informes periódicos de España. Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/ESP/QPR/2-3. *Participación en la vida política y pública (art. 29) 27. Informen sobre las medidas legislativas y de otra índole para garantizar que todas las personas con discapacidad sin excepciones de ningún tipo tengan derecho a votar en secreto con los ajustes razonables requeridos. Detallen las medidas para garantizar que todas las personas con discapacidad que sean elegidas para desempeñar un cargo público dispongan de toda la asistencia necesaria incluida la asistencia personal (véase CRPD/ESP/CO/1, párr. 48).*

[366] STS 421/2013. F.J. 6. *La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por si misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal. Nada se argumenta en la sentencia de que no pueda hacerlo, de que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido cuestionada y parece además conveniente que así lo haga de forma libre, como medida terapéutica para el tratamiento de su enfermedad, que puede verse afectada por el rechazo que deriva de su estado.* A criterio del Estado español, como consecuencia de esta jurisprudencia, los tribunales de instancia habrían afinado los juicios de capacidad bajo estas directrices. Por ello, al hacer un traje a medida y conforme a las concretas necesidades de la persona con discapacidad, los tribunales tenderían a preservar al máximo la autonomía de la persona y, cuando ello fuera posible, vendrían optando por la curatela con funciones de atención y cuidado personal, como medio de hacer efectivo el sistema de apoyos previsto en la Convención.

los Diputados[367] o ante el Tribunal Constitucional con motivo del Auto 196/2016, anteriormente citado[368].

En efecto, la resolución del más alto tribunal garante de nuestros derechos fundamentales no fue del agrado de la mayor parte de ese colectivo, pero tampoco convenció a todos los miembros del propio Tribunal, hasta el punto de ser objeto del voto particular presentado por la Magistrada DOÑA ADELA ASUA BATARRITA.

Como se ha anticipado, este Auto resolvió sobre la cuestión suscitada en un procedimiento de modificación de la capacidad de obrar promovido por los padres de una mujer con discapacidad intelectual que solicitaban en la demanda expresamente la conservación de su derecho de sufragio activo. Pese a ello, el Juzgado de Primera Instancia incapacitó totalmente a la mujer para el ejercicio de tal derecho, lo cual fue posteriormente confirmado por la Audiencia Provincial, primero y, posteriormente, por el Tribunal Supremo.

Básicamente, los motivos principales del rechazo por parte del juzgado de instancia fueron las deficiencias que presentaba la demandada en materia electoral debido a su sustancial desconocimiento de aspectos básicos y fundamentales del sistema político y del mismo régimen electoral; y por su constatada y manifiesta influenciabilidad. El fallo del juzgador de instancia se apoyaba principalmente en el dictamen emitido por la médico forense[369], el cual no había resultado desvirtuado "por medio de prueba pericial médica de similar naturaleza y con capacidad y virtualidad probatoria para desvirtuar tal conclusión médico forense". Para el juez de instancia tampoco resultaba suficiente para desvirtuar la eficacia probatoria del citado informe médico forense, que la demandada en el acto de juicio afirmase haber votado en una ocasión y manifestase su interés en seguir votando.

La sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de A Coruña que desestimó los motivos del recurso confirmando así la dictada en Primera Instancia.

La Audiencia Provincial rechazó los pedimentos de la apelante invocando para ello la jurisprudencia mantenida por el Tribunal Supremo. En esencia, se citaba la doctrina jurisprudencial[370] que considera sin ambages que la decisión de privación del derecho de sufragio activo es legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York aunque habrá de valorarse escrupulosamente caso por caso; en palabras de la Audiencia Provincial, "de

[367] 20 de junio de 2016. Las organizaciones se unen para exigir el derecho a voto de las 96.000 personas que aún no lo tienen reconocido. Confederación Salud España. Disponible en: https://consaludmental.org/general/votaparaquevotemos-derecho-voto-96000-personas-28453/

[368] 30 de enero de 2017. El próximo 8 de febrero reclamaremos ante el Tribunal Constitucional el derecho al voto de las personas con discapacidad. Plena Inclusión. Disponible en: https://www.plenainclusion.org/informate/actualidad/noticias/2017/el-proximo-8-de-febrero-reclamaremos-ante-el-tribunal ; repitiendo acción igualmente el 20 de agosto siguiente. Disponible en: https://www.plenainclusion.org/informate/actualidad/agenda/concentracion-frente-al-tribunal-constitucional-por-el-derecho-al-voto; movilizaciones a las que se unieron las entidades más representativas de la defensa de los derechos de las personas con discapacidad como el CERMI, FEAFES o Down España. Ver también: http://feafesandalucia.org/prensa/noticias/mas-500-personas-protestan-ante-tribunal-constitucional-exigir-derecho-al-voto-todas-las-personas-discapacidad/

[369] "dotado de las máximas garantías de objetividad e imparcialidad y merecedor de la más alta fiabilidad técnica por la extraordinaria profesionalidad de su autora, médico especialista en psiquiatría", añadía la sentencia.

[370] Concretamente, las SSTS de 1-7-2014 341/2014, ROJ STS 3168/2014, y la STS 421/2013 de 24 de junio a la que aquélla se remite, ROJ STS 3441/2013.

constatar que la persona conserva la habilidad necesaria para conocer la realidad política y discernir de forma suficiente a quién otorga el voto". Argumentaba el tribunal de segunda instancia, en definitiva, que no era suficiente la voluntad de la persona de querer votar, sino que era preciso que se contase con un bagaje de conocimientos y capacidades vitales que permitieran que el voto fuera fruto de una verdadera decisión libre e informada, ajena por otra parte a hipotéticas influencias sobre una débil capacidad de autodeterminación[371].

Recurrida en casación, la sentencia fue confirmada igualmente por el Tribunal Supremo, que argumentó que en el caso se dilucidaba la compatibilidad del artículo 3 LOREG con el artículo 29 CDPD. Para el Tribunal no hay duda de la misma toda vez que, para que se produzca la retirada del derecho de sufragio activo no cabe la aleatoriedad sino que debe ser el juez quien, con base en un detallado estudio del caso concreto podrá, en un procedimiento de incapacitación (atención a la terminología utilizada todavía) o de internamiento, "pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal". Partiendo de esa base, el Tribunal Supremo mantiene la compatibilidad de la privación del derecho de voto con la Convención de Nueva York, sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida haya que examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes en cada caso, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, para calibrar y el propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada.

Se trata de una conclusión, radicalmente opuesta a la del Comité que, como hemos venido reiterando, no solo había recomendado a España la revisión de su legislación en materia electoral para permitir y garantizar el derecho al voto de todas las personas con discapacidad, sino que igual y previamente, le había requerido también para que aboliese su sistema legal de sustitución en la toma de decisiones y, por tanto, los procedimientos de incapacitación garantizando la plena capacidad jurídica (con inclusión de la de obrar) de todas las personas con discapacidad.

Llegados a este punto, la recurrente solicitó amparo ante el Tribunal Constitucional por considerar vulnerados los artículos 14 y 23 de nuestra CE en la interpretación que ha de dársele, según lo previsto en los artículos 10-2 CE, conforme a lo previsto en los artículos 29, 5 y 12 CDPD.

El máximo intérprete de la Constitución inadmitió el recurso de amparo "dada la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental

[371] A nuestro juicio, resulta llamativa la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña al referirse a la prueba médico forense practicada en primera instancia en este procedimiento, la advertencia que se hace de que, intuyéndose desde el primer momento que éste iba a ser el principal punto de controversia, no se actuó de forma rutinaria por parte del juzgador o de la médico forense, de quien alaba su elevada competencia –como si la práctica habitual no fuera esa- sino que se actuó de una forma especialmente diligente, siendo el asunto objeto de una especial y exhaustiva atención, exhaustividad que, efectivamente, será el espejo donde se refleje precisamente la discriminación a que fue y son sometidas las personas con discapacidad por el hecho de serlo. Tal exceso de celo, en absoluto se tiene ni se pretende con la población en general, a quien nadie pregunta ni sobre su cultura política ni sobre sus influencias externas ni sobre la libertad e información de su decisión. Y ésta fue una de las razones que justificaron la presentación del voto particular.

tutelable en amparo", violación que, de acuerdo con el art. 44-1 LOTC, es condición para que el Tribunal Constitucional pueda ejercer dicha tutela. Contra la providencia de inadmisión a trámite presentó recurso el Ministerio Fiscal, al considerar que no podía descartarse absolutamente toda lesión a los derechos fundamentales de los artículos 14 y 23 CE, entendiendo que dicha lesión pudiera encontrarse bien originariamente en el propio artículo 3 LOREG, o bien en la interpretación jurisprudencial del mismo.

El Tribunal Constitucional consideró, sin embargo, que no existían argumentos suficientes para cuestionar la constitucionalidad de los artículos 23 y 14 CE invocada.

En definitiva, el Auto inadmite la demanda de amparo por tres motivos: El primero, porque el derecho fundamental del artículo 23 CE es de configuración legal y la LOREG admite la privación del derecho mediante el procedimiento de incapacitación, esto es, con garantía legal. El segundo alude a los conceptos diferentes de "discapacidad" de la CDPD e "incapacidad" del CC, uno más amplio, el otro, ceñido a la capacidad para emitir un voto libre y voluntario[372]. El tercero, por último, en que el Tribunal Supremo ha admitido la compatibilidad del artículo 3 LOREG con el 23 CDPD siempre que se analice caso por caso la falta de la capacidad de la persona para emitir su voto.

Tampoco admite la vulneración al derecho a la igualdad del artículo 14 CE al alegar que el artículo 3 LOREG no admite la privación del derecho a todos los "discapacitados" sino solo respecto a aquellos que, de forma individualizada, caso por caso, se haya decidido en un procedimiento judicial con las debidas garantías[373].

Resulta evidente que estas explicaciones no casan con las recomendaciones del Comité, a las cuales ni siquiera se refieren en momento alguno. Más acorde con lo ordenado por la CDPD y con dichas recomendaciones a las que sí se refiere expresamente, se encuentra el Voto Particular al que antes hemos aludido y que ahora, sucintamente se expone.

La Magistrada ASUA BATARRITA, discrepa con la resolución emitida por

[372] Respecto a la interpretación del artículo 23 CE con el artículo 29 CDPD, el TC argumenta que no es lo mismo el concepto "discapacidad" recogido en la CDPD que el mucho menos amplio "incapacidad" en el sentido del artículo 200 CC y concretado en el artículo 3 LOREG. En este último se trata, según el TC, de la capacidad de cada persona para emitir el voto como libre expresión de su voluntad, lo cual también garantiza la Convención en su artículo 29-a)-iii cuya finalidad se inscribiría más bien, según dice, "en línea con el mandato contenido en el art. 9.2 CE, de remover los obstáculos que impidan o dificulten la emisión del voto libre, secreto y sin intimidación [apartado a) II y II del artículo 29] de las personas con discapacidad, llegando a garantizar que 'cuando sea necesario y a petición de ellas' que 'una persona de su elección les preste asistencia para votar'. Por ello, partiendo de que, para el TC el ámbito de aplicación y la finalidad ambos conceptos son diferentes, no puede hablarse de incompatibilidad entre el artículo 29 CDPD y el 23 CE o el artículo 3 LOREG, en la interpretación dada por el TS que el Constitucional hace suya de este modo.

[373] No se trata, aclara el ATC 196/ 2016, de establecer niveles de conocimiento político mínimo, ni de someter a la persona cuya capacidad en otros ámbitos se tutela o integra, a exámenes que ningún otro ciudadano ha de tolerar, pero sí que es necesario ponderar si su nivel de conocimiento de la realidad social y su nivel intelectual permiten estimar que está en condiciones de adoptar efectiva, real y materialmente una decisión política, más allá del formalismo o rito social de introducir un voto en una urna, por ilusionante que pueda ser este ejercicio de un derecho ciudadano y por loable que sea el propósito de fomentar su participación en este acto de máxima relevancia en una sociedad democrática. No puede bastar en definitiva la voluntad, el querer votar que se patentizó n (sic) la vista, sino que es preciso que se cuente con un bagaje de conocimientos y capacidades vitales que permitan que el voto sea fruto de una verdadera decisión libre e informada, ajena por otra parte a hipotéticas –aunque en el caso no conste en absoluto que actualmente existan- influencias sobre una débil capacidad de autodeterminación".

sus colegas defendiendo, en primer lugar el claro y singular interés constitucional de la cuestión sometida a litigo por no existir jurisprudencia al respecto y por afectar al colectivo especialmente vulnerable de las personas con discapacidad, que engloba en España a unas 100.000 personas[374].

Para la Magistrada[375], el derecho de las personas con discapacidad a su participación en los asuntos públicos que recoge el artículo 29 CDPD no resulta compatible con lo previsto en el artículo 3 LOREG. Invocando el artículo 10-2 CE como criterio interpretativo del artículo 23 CE, resulta evidente la discordancia entre el artículo 3 LOREG y el 29 de la CDPD y el artículo 23-1 CE; lo conllevaría su más que posible inconstitucionalidad, por lo que, la vulneración del derecho fundamental podría tener su origen en la propia ley[376].

La admisión a trámite del recurso hubiera permitido analizar al Tribunal Constitucional si la lesión se encuentra en el artículo 3 de la propia LOREG o en la interpretación jurisprudencial que se ha venido haciendo del precepto. Puesto que el Tribunal Constitucional carecía de doctrina sobre la cuestión suscitada no cabía concluir, "la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo", porque no cabe rechazar rotundamente que el art. 3 LOREG permita la lesión de los arts. 14 y 23-1 CE invocada por la demandante de amparo[377].

---

[374] Al que se priva, por el hecho de serlo, de la posibilidad de ejercer un derecho fundamental tan básico en un Estado social y democrático como el de participar en los asuntos públicos, bien directamente, bien a través de sus representantes libremente elegidos por sufragio universal. Este motivo sería suficiente para considerar la cuestión de singular relevancia constitucional, pero ahonda en otros. Este dato fue previamente destacado por el Ministerio Fiscal en el recurso de Súplica interpuesto ante la inadmisión a trámite de la demanda de amparo, en el que fundamentaba la singular trascendencia constitucional de la demanda en que la cuestión, según los últimos datos facilitados por la Junta Electoral Central en las últimas elecciones celebradas hasta esa fecha, un total de 98.488 personas no pudieron ejercer su derecho de voto por razón de discapacidad. Cifra que, según destacaba, no para de aumentar, pues a finales de 2011 se cifraba en 79.398. Para el Ministerio Público. Este aumento progresivo podría ser indicativo de una privación automática y rutinaria del derecho al voto en las sentencias de declaración de incapacitación. Tendencia contraria a los actuales estándares internacionales; haciendo referencia en este sentido a los informes, recomendaciones y Observaciones efectuadas por el Comité a España en el año 2011, así como a la iniciativa del Defensor del Pueblo impulsando la reforma del artículo 3 de la Ley Electoral, de tal modo que la privación del derecho al voto quede limitado a supuestos de plena inconsciencia o de absoluta falta de conocimiento de la persona (Recomendación de 30 de junio de 2016, dirigida al Ministerio del Interior).

[375] Alude al hecho trascendente de la ratificación por parte de España de la CDPD en el año 2007 y se refiere expresamente a la preocupación y recomendación del Comité en las observaciones finales emitidas respecto al informe inicial periódico presentado por España en el año 2011 donde solicitaba precisa y expresamente la modificación del artículo 3 LOREG para garantizar precisamente que todas las personas con discapacidad pudieran votar.

[376] Por ello, la emisora del Voto Particular considera que existían razones suficientes para que el recurso de amparo hubiere sido admitido a trámite sin más consideraciones en cuanto a la verosimilitud de la lesión. Así, se hubiera permitido al Tribunal Constitucional cumplir con la función que le corresponde respecto a los derechos fundamentales, estableciendo una doctrina precisa en interpretación del derecho recogido en el artículo 23-1 CE, en cuando a su ejercicio por las personas con discapacidad, teniendo en cuenta los criterios interpretativos impuestos por el artículo 10-2 CE así como también los mandatos del artículo 9-2 y 49 CE.

[377] La discrepante parte de la base de que el reconocimiento del derecho recogido en el artículo 23-1 CE es una obligación indeclinable para los poderes públicos que, en virtud de lo previsto en el artículo 9-2 CE, deben remover todos los obstáculos para garantizar el ejercicio del derecho. Recuerda además que la igualdad que el artículo 1-1 CE proclama no se refiere solo a la formal del artículo 14 CE sino también a la real o material recogida en el artículo 9-2 CE. En referencia específica a las personas con discapacidad, invoca lo previsto en el artículo 49 CE que obliga a los poderes públicos a establecer políticas de integración de las personas con discapacidad a fin de garantizarles el ejercicio de sus derechos, particularmente del aquí reclamado, el derecho al voto del artículo 23 CE.

Discrepa asimismo en otro de los argumentos del Auto pues, partiendo de la base de que el artículo 23-l CE es de configuración legal, habrá de estarse a las previsiones legales siempre que el desarrollo del artículo 23-1 CE no menoscabe el contenido esencial del derecho fundamental ni infrinja los preceptos constitucionales[378], pero en el presente Auto no se encuentra ni un solo razonamiento dedicado a determinar cuál es el contenido esencial del derecho consagrado en el art. 23-1 CE que condiciona el desarrollo y la configuración que del mismo pueda realizar el legislador constituido.

Además, la atribución de los derechos de participación política a los ciudadanos españoles recogidos en los artículos 13-2 CE y 23-1 CE, admitiría modulaciones en su ejercicio si vinieran establecidas en preceptos de la propia Constitución. En este caso ocurre lo contrario pues, los artículos 9-2 CE y 49 CE avalan y amparan la obligación de facilitar el ejercicio de los derechos de participación política a todas las personas con discapacidad[379].

Para la señora ASUA, la interpretación obligada del artículo 23-1 CE ha de estar en consonancia con lo establecido en los artículos 5, 12 y 29 CDPD, que propugnan la igualdad, en general; la igualdad ante la ley reconociendo igual capacidad jurídica a todas las personas y, por último, el derecho a la plena participación en la vida política y pública, obligando a los Estados parte a adoptar todas las medidas y ajustes precisos para garantizar el ejercicio del derecho al sufragio activo a todas las personas con discapacidad. Ello choca frontalmente con lo previsto en el artículo 3 LOREG que, justamente, avala la privación de este derecho en base a la discapacidad.

Además, en nuestro ordenamiento jurídico, ni el artículo 23-1 CE ni el artículo 3 LOREG establecen criterio o razón alguna para justificar la privación del derecho a las personas con discapacidad, por lo que la decisión queda exclusivamente en manos del juez[380] en un procedimiento que, a tenor de lo ordenado por el artículo 29 CDPD debería estar previsto exclusivamente en beneficio de la persona con discapacidad para garantizarle justamente lo contrario: el ejercicio del derecho al voto; lo cual también resulta contrario a la doctrina jurisprudencial dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[381].

---

[378] Tal como se indica en la STC 153/2014, de 25 de septiembre a la que, además, se alude en el Auto. En el caso que ahora nos ocupa, dichos preceptos constitucionales serían precisamente el artículo 49 CE, que obliga a la promoción del ejercicio del derecho por las personas con discapacidad, justamente lo contrario que propugna el artículo 3 LOREG.

[379] Partiendo de que el derecho recogido en el artículo 23-1 CE es un derecho fundamental de configuración legal, el Auto discrepado desarrolla el argumento que la Magistrada califica de circular: como los arts. 2 y 3 LOREG condicionan el ejercicio del derecho de sufragio activo a la concurrencia de determinados requisitos y a la ausencia de determinadas circunstancias, se concluye que "el modelo constitucional de sufragio universal no es *per se* incompatible con la privación singularizada de este derecho, por causa legalmente prevista, sobre todo cuando dicha privación está revestida de la garantía judicial". Ello, según la discrepante, lleva al inadmisible corolario de que ninguna de las leyes que desarrolle derechos fundamentales podría ser inconstitucional en la medida en que se trate de derechos de configuración legal, como si el contenido de tales derechos quedara establecido íntegramente en cada caso por el legislador orgánico. El Auto discrepado concluye que los arts. 3.1 b) y 2 LOREG serían constitucionales por su propia regulación a través de una ley, a la que la Constitución se remite poco menos que en blanco. Pero ese argumento olvida que el legislador debe respetar en todo caso el contenido esencial del derecho derivado de la Constitución y no al revés, como sucede en el presente Auto.

[380] Tal incompatibilidad había sido puesta precisamente de relieve por el Comité, como ya se ha dicho, en las observaciones efectuadas a España en el año 2011.

[381] El voto particular cita la STEDH de 20 de mayo de 2010, caso Alajos Kiss c. Hungría, nº 38832/06, ECLI:CE:ECHR:2010:0520JUD003883206, en la que se examinaba el caso de una persona con

Discrepa también en la argumentación del Auto sobre la diferencia entre los conceptos de "discapacidad" de la CDPD e "incapacidad" de nuestro Código Civil, que hace que, aplicándose a ámbitos y finalidades diferentes, se desprenda la compatibilidad con el artículo 29 CDPD, en la interpretación más reciente del Tribunal Supremo[382].

Finalmente, el Voto critica lo que consideraba una dejación de las funciones del Tribunal Constitucional en el Auto al remitirse en su fundamentación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, máxime cuando una de las resoluciones sobre las que había de resolver venía precisamente de este tribunal. Las funciones de ambos tribunales son distintas pues, la jurisprudencia del Tribunal Supremo resuelve cuestiones de legalidad ordinaria; mientras que el Tribunal Constitucional resolvería el problema de constitucionalidad planteado: la compatibilidad o no del artículo 3 LOREG con el artículo 23 CE.

Es de señalar que sobre el derecho al sufragio activo ya se había pronunciado con anterioridad el Comité no solo a través de las observaciones y recomendaciones particulares emitidas con motivo de los diferentes informes periódicos presentados por los Estados Parte, particularmente por España, como ya se ha mencionado y al que se aludió en el Voto Particular comentado, sino también con motivo del Dictamen aprobado por el Comité en su décimo periodo de sesiones (2 al 13 de septiembre de 2013).

Dicho Dictamen fue emitido en relación con la Comunicación nº 4/2011[383], el 14 de septiembre de 2011 contra Hungría[384] en cuyo

---

enfermedad mental sometida a curatela y privada del derecho de voto conforme a la Ley de Hungría, en la que se declaró tal privación contraria al art. 3 del protocolo primero de la Convención. Según el TEDH "cuando una restricción de derechos fundamentales se aplica a un grupo particularmente vulnerable de la sociedad, que ha sufrido una discriminación considerable en el pasado, como es el caso de las personas con discapacidad mental, entonces el Estado dispone de un margen de apreciación más bien estrecho, y debe tener razones muy poderosas para imponer las restricciones en cuestión". En la misma sentencia el TEDH concluía "que la retirada automática del derecho de voto, en ausencia de evaluación judicial individualizada de la situación de los interesados y bajo el único fundamento de una discapacidad mental que necesite una colocación bajo curatela, no puede ser considerada como una medida de restricción del derecho de voto fundada sobre motivos legítimos" (§ 44).

[382] Discrepa de este argumento señalando que ni el Código Civil es canon interpretativo de los preceptos constitucionales, ni el artículo 200 CC regula la "incapacidad" sino la "incapacitación" de la persona, al afirmar que se trata de un "procedimiento respecto del cual este Tribunal ha puesto de manifiesto, dada la relevancia de los intereses que en él se ventilan, que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de derechos humanos, 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 mediante un procedimiento en el que se respeten de forma escrupulosa los trámites o diligencias exigidas legalmente (por todas, STC 7/2011, de 14 de febrero, FJ 2)". Es el Auto, argumenta la Magistrada discrepante, el que intenta introducir una distinción improcedente ya que el que una persona sea sometida a un procedimiento de incapacitación no es incompatible, sino más bien al contrario, con que tenga una discapacidad, en los términos del artículo 1 de la CDPD y, de hecho, en las observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad referidas a España, manifestaba su preocupación por el dato de que se pudiera restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o internada en una institución. En definitiva, incapacitación y discapacidad no son, en absoluto, conceptos incompatibles.

[383] La Comunicación fue presentada por un grupo de personas con discapacidad representadas por el abogado János Fiala, del *Disability Rights Center*.

[384] NACIONES UNIDAS, 2013, Comité derechos de las personas con discapacidad. Comunicación Nº

procedimiento se presentó una muy interesante intervención a terceros por parte del Proyecto sobre la Discapacidad de la Facultad de Derecho de Harvard. En aquella ocasión los solicitantes del Dictamen eran personas con discapacidad intelectual que, al momento de haber sido sometidos a tutela se les privó del derecho al voto con base en la entonces vigente legislación húngara que preveía la retirada automática del derecho en el instante de quedar sometidos a tutela total o parcial.

En respuesta a tal denuncia, el Estado parte se defendió alegando que su legislación acababa de ser modificada para adaptarse a lo previsto en el artículo 29 CDPD de modo tal que, como consecuencia de tal reforma, había quedado derogada la norma que preveía esa privación automática siendo sustituida por una nueva que solo permitía tal privación analizando judicialmente caso por caso cuando la persona fuera sometida a tutela lo cual se ajustaba, según su criterio, a la doctrina del TEDH reflejada en la STEDH en la causa Alajos Kiss contra Hungría[385], precisamente[386]. En virtud de la nueva legislación, los autores de la comunicación podían haber solicitado la remoción de la prohibición de su derecho al voto, argumentaba el Estado.

Como se ha expuesto anteriormente, a solicitud propia, se presentó una intervención de terceros por parte del Proyecto sobre la Discapacidad de la Facultad de Derecho de Harvard que, previo consentimiento expreso de los autores de la Comunicación, fue admitida a trámite. En esencia, la parte interviniente exponía que, de acuerdo con el artículo XXXIII, párrafo 6 de la Ley Fundamental de Hungría toda persona perdería su derecho de voto si un tribunal determinase que no tiene capacidad para votar. Pero las evaluaciones judiciales para establecer dicha determinación afectarían solo a las personas con discapacidad psicosocial o intelectual que son quienes se encontrarían bajo tutela. Así pues, la legislación húngara permitía, según observaba la parte interviniente, la privación del derecho de voto a las personas con discapacidad sobre la base de la percepción de una falta de capacidad para votar por motivos de discapacidad, lo cual iría radicalmente en contra de lo previsto por el artículo 29 CDPD[387].

Resulta muy interesante la alusión de la parte interviniente a varios estudios realizados hasta la fecha que ponían de relieve que, en la práctica, la mayoría de los Estados del mundo limitaban o restringían el derecho del voto por motivos de discapacidad. Refiriéndose al *Electoral Studies* realizado en el año 2001 expone que un total de 56 de los 60 países analizados así lo hacían.

Además, citaba expresamente el informe elaborado en el año 2010 por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE) [388] cuyo

---

4/2011. CRPD/C/10/D/4/2011. Dictamen aprobado por el Comité en su décimo periodo de sesiones (2 al 13 de septiembre de 2013).

[385] *Vid.* nota[381].

[386] Por lo tanto, las personas con discapacidad ya no se consideraban un grupo homogéneo y, por tanto, ya no se podía hablar de discriminación por razón de la discapacidad.

[387] Que, justamente propugna lo contrario y obliga a los Estados parte a que establezcan y adopten todas las medidas precisas para garantizar el derecho al voto de todas las personas con discapacidad sin ningún tipo de exclusión.

[388] Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *The rights of people with mental health problems and intellectual disabilities to take part in politics*, noviembre de 2010. Disponible en "http://fra.europa.eu/en/publications-and-resources" (página consultada el 10 de octubre de 2013) según cita en NACIONES UNIDAS, 2013, Comité derechos de las personas con discapacidad. Comunicación Nº 4/2011. CRPD/C/10/D/4/2011. Dictamen aprobado por el Comité en su décimo periodo de sesiones (2 al 13 de septiembre de 2013), pág.8.

resultado fue similar al concluir que solo 7 de los 27 países miembros no restringían el derecho en razón de la discapacidad. Según añade, la situación en países no miembros de la UE era todavía peor. Por ello, consideraba que el caso objeto de esa Comunicación planteaba cuestiones que serían relevantes no solo para el Estado Parte sino para muchos otros estados del mundo.

La parte interviniente continuaba su exposición, haciendo mención a que cualquier tipo de restricción o limitación del derecho al voto basada en la discapacidad constituye una inaceptable causa de discriminación directa basada en el estereotipo de que las personas con discapacidad son incapaces para su ejercicio.

Además, mencionaba que muchos estados –entre ellos España por entonces, incluimos nosotros- privan a las personas con discapacidad de su derecho al voto, en base a la realización de una serie de evaluaciones individualizadas de la capacidad bajo la justificación de la proporcionalidad de las restricciones impuestas a ese derecho fundamental.

Sin embargo, aludiendo también los impulsores del Proyecto de la Universidad de Harvard a la causa Alajos Kiss contra Hungría, recordaban que el TEDH ya había examinado y rechazado ese argumento al evaluar la práctica del Estado parte de privación de derechos por la existencia de un régimen de tutela[389]. La STEDH dejó abierta, sin embargo, la posibilidad de que la privación de derechos fuera aceptable en virtud del CEDH con una evaluación individualizada de la capacidad para votar y la condición de que cualquier medida de ese tipo se examinase y adoptase en un marco de proporcionalidad.

Por ello, la interviniente, al personarse en esta Comunicación, invitaba al Comité a que considerase el caso yendo más allá de lo que se refería expresamente a la violación de los derechos humanos de los autores por parte de Hungría respecto a la vulneración del artículo 29 CDPD, y se posicionase clara y explícitamente sobre la otra cuestión suscitada en el caso, cual era precisamente la relativa a si el sometimiento de las personas con discapacidad a evaluaciones individualizadas de su capacidad para votar constituía, en sí, una violación del mismo precepto.

Consideraba la interviniente que tal decisión, adoptada con una explicación convincente que arrojase luz sobre las razones subyacentes a las disposiciones de la Convención podría ser una muy eficaz herramienta de persuasión para los Estados parte y para disipar cualquier preocupación que pudieran tener las partes interesadas sobre la aplicación del artículo 29[390].

Por último y, entrando en el fondo de la justificación esgrimida entonces por Hungría, la interviniente sostenía que el derecho fundamental de voto

[389] Entonces, Hungría había aducido que su medida constituía una injerencia proporcionada en el derecho al voto pero el TEDH rechazó el argumento sosteniendo que la privación de los derechos en razón de un régimen de tutela sin una evaluación judicial individualizada de la capacidad de una persona para votar constituía una injerencia desproporcionada e incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

[390] Además, abundaba en que así el Comité podría influir notablemente en la visión de este tema del TEDH y otros órganos jurisdiccionales nacionales y regionales a los que se acudiese para que se pronunciasen al respecto, y a mejorar así la protección de los derechos de las personas con discapacidad a escala mundial. Ese enfoque sería perfectamente coherente con el propósito de la CDPD de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad con todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad fijado en el artículo 1 de la Convención, ya que las personas privadas del derecho de voto por una evaluación individual son víctimas de una violación de ese derecho pero muy pocas pueden reclamar justicia ante el Comité.

nunca debería ser objeto de una evaluación y una justificación basadas en la proporcionalidad, ya que la privación de derechos no puede ser en ningún caso una injerencia proporcional, por tres razones: primera, porque las evaluaciones de la capacidad constituyen una discriminación por motivos de discapacidad; segunda, porque provocan inevitablemente que se prive de derechos a personas capaces y, por último, tercera, porque en la práctica, su aplicación conlleva a la privación del voto de un gran número de personas con discapacidad[391].

A la vista de las alegaciones formuladas por todas las partes, el Comité concluyó que el artículo XXIII, párrafo 6 de la Ley fundamental de Hungría, que permitía que los tribunales privasen a las personas con discapacidad intelectual del derecho a votar y ser elegidas, contravenía el artículo 29 de la Convención[392].

Llegados a este punto, el Comité se remitía también a sus observaciones finales sobre Túnez, y también de forma expresa sobre España, en las que expresó la misma preocupación por el hecho de que se pudiera restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada había sido privada de su capacidad jurídica o había sido internada en una institución. El Comité consideraba que los mismos principios se aplicaban al presente caso.

Por otra parte, en base a lo previsto en el artículo 12-2 y 3 CDPD, recordaba la obligación de los Estados parte de reconocer, proteger y garantizar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida, incluida la vida política dentro la cual se integra el ejercicio del derecho al voto. Por ello, al privar del derecho al voto, sobre la base de una discapacidad intelectual percibida o real, concluyó que se habían incumplido las obligaciones que impone el artículo 29 CDPD leído por separado o junto con el artículo 12 CDPD. Igualmente, el Comité consideró discriminatoria la evaluación de la capacidad de las personas y desproporcionada al objetivo de preservar la integridad del sistema político del Estado parte.

En síntesis, a la vista de lo expresamente aludido en este Dictamen del Comité queda claro y evidenciado que la legislación vigente hasta la aprobación de la reciente LO 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General

[391] Es interesante resaltar que sobre esta última razón, la interviniente aludía expresamente a la situación en España al remitirse expresamente a las observaciones finales del Comité en las que observaba "con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto y que la privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción". Finalizaba su intervención recordando la arraigada creencia imperante en la mayor parte de Estados de que las personas con discapacidad no saben gestionar sus asuntos, tomar decisiones adecuadas ni participar en asuntos públicos y que de dicha creencia no están libres jueces, psicólogos, trabajadores sociales y otros muchos profesionales siendo ésa la razón por la que cualquier sistema que permita la exclusión producirá, según su criterio, un número desproporcionado de personas con discapacidad privadas de derechos por lo que, por ello, debería abolirse esta práctica con arreglo a la Convención.

[392] Al igual que el artículo 26-2 de las disposiciones transitorias de la Ley fundamental porque, tal como recuerda, el artículo 29 CDPD exige a los Estados partes que aseguren que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, incluido el derecho a votar, sin que prevea ningún tipo de restricción razonable ni permita excepción alguna respecto a ningún grupo de personas con discapacidad. Por ello, "cualquier exclusión del derecho del voto sobre la base de una discapacidad psicosocial o intelectual percibida o real, incluida la restricción derivada de una evaluación individualizada, constituye una discriminación por motivos de discapacidad, en el sentido del artículo 2 de la Convención".

para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, y, concretamente el artículo 3 LOREG tantas veces mencionado no eran acordes con el artículo 29 CDPD; tampoco lo serían la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ni el ATC 196/2016, haciendo suya esta doctrina jurisprudencial. El cambio de norma debía, por tanto, llevarse a cabo como finalmente ocurrió.

Veamos ahora cómo fue el proceso de elaboración de la nueva norma y, sobre todo si, a la vista de la reforma llevada a cabo, se puede concluir que la nueva LO 2/2018, resulta plenamente acorde con el derecho recogido en el artículo 29 CDPD.

Ya se ha mencionado que la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad es fruto de la Proposición de Ley presentada por la Asamblea de Madrid ante el Registro del Congreso el día 5 de julio de 2017. El texto de dicha proposición había sido aprobado por unanimidad en la Asamblea de Madrid, lo que evidenciaba el ánimo de garantizar definitivamente el derecho al voto de las personas con discapacidad en armonía con el artículo 29 CDPD.

La Exposición de Motivos de la Proposición reconocía expresamente que la regulación del derecho de sufragio vigente en España chocaba con el principio de igualdad ante la ley consagrado en nuestra Constitución, porque el artículo 3-1 LOREG negaba el derecho de sufragio a quienes hubieran sido declarados incapaces por sentencia judicial firme siempre que en la misma se declarase expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio y a quienes se encontrasen internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial durante el periodo que durase su internamiento siempre que en la autorización judicial el juez hubiera declarado expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio. Asimismo, la Exposición de Motivos se hacía eco de las Recomendaciones que el Comité había hecho a España en sus Observaciones al Informe periódico inicial que el Estado había presentado en cumplimiento de lo previsto en el artículo 35 CDPD.

Por ello, se proponía la modificación del artículo 3 LOREG consistente en la supresión de sus apartados b) y c) de su punto primero y la supresión del punto segundo, sin más, y se añadía una disposición adicional séptima con la siguiente redacción literal: *A partir de la entrada en vigor de la Ley de modificación de la LOREG para adaptarla a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por decisión judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1. b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidos. Las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la Ley.* Por último, se preveía su entrada en vigor al día siguiente al de su publicación en el BOE[393].

Sin embargo, pese a la unanimidad mostrada ante el organismo autonómico, con fecha 16 de marzo de 2018 se publicaba una enmienda

[393] BOCG nº 150-1, de 8 de septiembre de 2017, Serie B: Proposiciones de Ley. Págs. 1-3

presentada en plazo por el Partido Popular (PP)[394] que fue rechazada, por lo que, posteriormente, el propio PP presentó una enmienda transaccional en el correspondiente debate de la Comisión Constitucional, la cual fue finalmente votada favorablemente por mayoría.

La enmienda transaccional presentada por el PP introducía un matiz en el precepto a reformar pues, a diferencia del texto original proveniente de la Asamblea de Madrid, propugnaba no la eliminación sin más, sino la modificación del párrafo segundo del artículo 3 LOREG, de manera que éste quedase redactado así: *2. Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera.* Lo que no determinaba el matiz introducido es a quién correspondería certificar esa consciencia, libertad y voluntariedad en el ejercicio del derecho, con lo que cabría concluir que solo podría serle atribuíble a los jueces dejando en manos de ellos la decisión sobre si el mismo reúne esas características para su validez o, incluso, quedando abierta la posibilidad de que, en el caso de ausencia de cualquiera de ellas, el derecho pudiera ser limitado o suprimido lo que, nuevamente, supondría una posición frontalmente opuesta a la defendida por el Comité[395].

---

[394] BOCG nº 150-4, de 16 de marzo de 2018. La enmienda proponía literalmente: *Se propone modificar el artículo único en los siguientes términos: La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, queda modificada en la forma siguiente: "Uno. Se modifica el apartado b) del punto primero del artículo 3 de la siguiente forma: "b) Las personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma así lo declare expresamente, por carecer de consciencia o absoluta falta de capacidad de conocimiento o decisión que les impida el ejercicio de tal derecho." Dos. Se suprime el apartado c) del punto primero del artículo 3. Tres. Se modifica el punto segundo del artículo 3 de la siguiente forma: "2. A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos judiciales de modificación de la capacidad de obrar o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la falta de capacidad para el ejercicio del sufragio de forma motivada, evaluando de forma individualizada este tipo de falta de capacidad. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente." Cuatro. Se incorpora un nuevo punto c) al punto dos del artículo 6 con la siguiente redacción: "c) Las personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la falta de capacidad para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por falta de capacidad de discernimiento de la persona para ejercer las funciones y cargos públicos. A los efectos previstos en este apartado, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos judiciales de modificación de la capacidad de obrar o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la falta de capacidad para el ejercicio del sufragio pasivo de forma motivada, evaluando de forma individualizada este tipo de falta de capacidad. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente.""*. Se justificada la enmienda en la necesidad de distinguir el régimen del derecho de sufragio activo y del pasivo. En el primer caso, su restricción a las personas con discapacidad debía reducirse a casos muy excepcionales porque se vinculaba exclusivamente a la ausencia de capacidad de conocimiento de la persona con discapacidad respecto al hecho de votar. En cambio, el derecho de sufragio pasivo debía vincularse a la capacidad de discernir y a la plena capacidad jurídica y de obrar. Según la justificación de la enmienda, la democracia se fundamenta en la facultad de los ciudadanos en elegir. Por tanto, los ciudadanos debían poder decidir-distinguir (derecho a votar) y discernir (derecho a ser elegido). La enmienda dio lugar a la emisión del correspondiente informe por la Ponencia reunida el 19 de septiembre (BOCG nº 1 de octubre de 2018), que, mayoritariamente informó favorablemente respecto al contenido exacto de la proposición de ley, tal como fue remitida por la Asamblea de Madrid y tomada en consideración por el Pleno del Congreso de los Diputados sin proponer, por tanto, ninguna modificación a dicho texto. Al mismo tiempo, el representante del PP informaba de que presentaría una enmienda transaccional en el correspondiente debate de la Comisión Constitucional, de la cual dejaba copia al resto de la Ponencia.

[395] Desde luego en nuestra opinión, lejos de zanjar la cuestión, introduce una puerta no ya abierta, sino giratoria, que una y otra vez nos llevaría al principio en cuanto a la limitación y o privación del derecho de las personas con discapacidad.

Esta enmienda dio lugar a un intenso debate y fue objeto de duras críticas al considerar que suponía la introducción de un resquicio a un criterio interpretativo del nuevo artículo que podría suponer la limitación del derecho al voto que, precisamente, iría en contra de lo pretendido con esta reforma[396].

A pesar de la advertencia y, en aras a la consecución del consenso y a lograr el desbloqueo en el que se encontraba inmerso el ejercicio de este derecho para las personas con discapacidad, todos los partidos decidieron aprobar la enmienda transaccional, tras el último debate sobre el dictamen relativo a la proposición de ley orgánica para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, celebrado en el Congreso de los Diputados el 18 de octubre de 2018 ante numerosos representantes de las distintas entidades y asociaciones representativas de la defensa de los derechos de las personas con discapacidad[397].

Tampoco el Senado modificó el texto de la reforma aprobada, lo que propició la aprobación definitiva de la LO 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad[398].

Desde entonces, las personas con discapacidad pueden votar sin exclusiones, habiendo quedado sin efecto las limitaciones existentes al derecho de sufragio activo que se hubiesen acordado en virtud de lo previsto en el apartado 3-1-b) y c) de la LOREG, ahora suprimidos también. Las personas a quienes se les hubiera privado del derecho de sufragio por razón de su discapacidad quedaban desde entonces reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley.

Quedaría por ver ahora si los argumentos discrepantes planteados durante el debate carecían o no de fundamento, pero lo que es indudable es que la polémica estaba ya servida por anticipado. Y efectivamente, sus primeros efectos no se hicieron esperar.

Con motivo del primer proceso electoral a celebrar tras la aprobación de la reforma comentada[399] que tendría lugar en el mes de abril de 2019, el 13 de

[396] La representante de Bildu, en nombre del Grupo Mixto, se opuso a la misma por considerar que el nuevo texto presentado por el PP suponía la introducción de un resquicio a un criterio interpretativo del nuevo artículo que podría suponer la limitación del derecho al voto que, precisamente, iría en contra de lo pretendido con esta reforma. Resulta llamativa la intervención del representante de Podemos quien, a pesar de votar favorablemente a la enmienda, quiso exponer su desacuerdo por las mismas razones, básicamente, que las expuestas por Bildu, pero explicando que Podemos había votado favorablemente porque así se lo había solicitado el CERMI. El representante de Podemos expuso entonces que su partido había actuado durante la tramitación de la Ley Orgánica como "portavoz" de las personas con discapacidad y, concretamente, del CERMI. Por ello, y por propia convicción, Podemos rechazó la enmienda en la Ponencia ya que en aquella ocasión el CERMI así se lo había pedido. Pero, por la misma razón, aún mostrando expresamente su rechazo a la misma, en coherencia con esa labor de portavoz o altavoz del CERMI y de las personas con discapacidad, decidió votar favorablemente ahora. El CERMI le había solicitado que así lo hiciese en aras a conseguir el consenso y poder, por fin, avanzar en la reforma legislativa.

[397] Cermi, de la Fundación ONCE, de Salud Mental, de Down España, de Plena Inclusión, Autismo España, COCEMFE, Down España, FESORCAM, ILSE, entre otras.

[398] Publicada en el BOE de 6 de diciembre siguiente con la inclusión de la enmienda transaccional presentada por el PP y con entrada en vigor a partir del día siguiente de su publicación.

[399] Y no olvidemos que parte de la prisa en su aprobación era precisamente el conseguir que su aprobación permitiese ya la participación de las personas con discapacidad en éste.

marzo de este mismo año, se publicaba en el BOE la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre aplicación de la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad[400].

En esa Instrucción se hacía mención a la reciente reforma de la Ley Electoral, indicando que en ella se reconoce el derecho al voto de todas las personas con discapacidad. Sin embargo, se refiere también a la puntualización que, como consecuencia de la enmienda introducida a instancias del Partido Popular, se incorpora en el artículo 3-2 LOREG, en el sentido de que el voto debe ejercerse de forma consciente, libre y voluntariamente. Considera la Junta electoral que esta referencia, junto con la relativa a las formas de comunicar el ejercicio de este derecho y los medios de apoyo que se requieran, suscita "problemas interpretativos" que no han quedado resueltos por el legislador. En consencuencia con lo anterior y, ante la cercanía de varios procesos electorales dicta una serie de criterios hermenéuticos a tener en cuenta en tanto en cuanto el legislador no establezca ninguna concreción a estas cuestiones[401].

En primer lugar, ordena la inscripción en el censo electoral de todas las personas que hubiesen sido judicialmente incapacitadas y, como consecuencia de dicha incapacitación, les hubiese sido retirado el voto. En segundo lugar, ordena que las Mesas Electorales admitan el voto de todas las personas "con aparente discapacidad" inscritas en el censo. Indica, además que las personas con alguna discapacidad podrán valerse de alguien que les acompañe, o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral.

Pero, sin duda, el aspecto más polémico de esta Instrucción[402] es la autorización expresa que se hace para que, en el supuesto de que algún miembro de una Mesa Electoral, o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa Mesa considere que el voto de una persona con discapacidad no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo pueda hacer constar en el acta de la sesión, aunque no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna[403]. La autorización, se extiende todavía a la obligación de que en esa

[400] BOE nº 62, de 13 de marzo de 2019.

[401] En ejercicio de su potestad de unificación de criterios interpretativos consagrada en el artículo 19.1 f) de la LOREG

[402] Que, verdaderamente ha desatado la desaprobación de representantes de las personas con discapacidad, entre ellas el propio CERMI o la organización Plena Inclusión.

[403] Sobre este aspecto polémico también ha emitido su opinión PRESNO LINERA que transcribimos literalmente y con la que no podemos más que mostrar nuestro acuerdo: "Creo que se puede cuestionar con fundamento una reforma de la LOREG que no ha concretado cómo se garantiza que el voto sea expresión de la voluntad "libre y consciente" del elector pero tendría que ser el legislador el que adoptara los cambios necesarios y, sobre todo, no se puede dotar, vía Instrucción de la JEC, a los miembros de las mesas y a los apoderados e interventores de una facultad que la LOREG no les ha atribuido: lo único que puede hacer la Mesa es resolver si quien vota es el concreto elector legitimado para hacerlo, es decir, si no hay una suplantación de identidad; concretamente, "cuando la Mesa, a pesar de la exhibición de alguno de los documentos previstos en el apartado 1, tenga duda, por si o a consecuencia de la reclamación que en el acto haga públicamente un interventor, apoderado u otro elector, sobre la identidad del individuo que se presenta a votar, la Mesa a la vista de los documentos acreditativos y del testimonio que puedan presentar los electores presentes, decide por mayoría. En todo caso se mandará pasar tanto de culpa al Tribunal competente para que exija la responsabilidad del que resulte usurpador de nombre ajeno o del que lo haya negado falsamente" (art. 85.4). ¿Cómo se puede habilitar, en una Instrucción de la JEC, a los miembros de las mesas electorales, a los apoderados e interventores para

manifestación de constancia, el acta identifique al elector, si bien habrá de hacerse "únicamente" por el número de su Documento Nacional de Identidad o, en su caso, por el documento identificativo que aporte. Lo que no se especifica es el fin de dicha identificación, esto es, el uso que habrá de darse a esa información y, desde luego, tampoco se prevé el deber de información a la persona identificada sobre este aspecto relativo sin ningún género de dudas a sus datos personales[404].

Sin duda, este criterio interpretativo resulta absolutamente discriminatorio al ir precisa y exclusivamente dirigido hacia las personas con discapacidad y, dentro de estas, a aquellas que presenten una discapacidad "aparente", manteniendo el estigma en contra de las personas con discapacidad. No ha de sorprender que esto suceda porque, precisamente el resquicio abierto con la enmienda introducida hacía prever que así ocurriera.

La reacción de los representantes de las personas con discapacidad no se hizo esperar exigiendo la rectificación de la Instrucción de la Junta Electoral. Como consecuencia de ello, días después se dictó la Instrucción 7/2019, de 18 de marzo, de la Junta Electoral Central, que da nueva redacción a la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo[405]. Esta nueva Instrucción modificó el polémico apartado segundo retirando toda mención expresa a las personas con discapacidad[406], dando la apariencia de que, en realidad, el precepto se extendía a todo el mundo.

Sin embargo, la rectificación no ha dejado satisfechas a las personas con discapacidad al considerarla insuficiente por abordar la duda sobre el ejercicio del voto libre, consciente y voluntario en un documento que se refiere a las personas con discapacidad intelectual y no en otro documento que aborde esta cuestión con el global de los votantes, opinión con la que estamos totalmente de acuerdo.

En resumen, no nos cabe duda, a pesar de haberse visto empañada por las Instrucciones mencionadas, de que la reforma de la Ley Electoral supone un gran salto y un histórico avance en la adaptación de nuestro ordenamiento a la CDPD y al concreto ejercicio de la capacidad jurídica del artículo 12 en el aspecto relativo a la participación de la persona en los asuntos públicos. También por su aprobación, el Comité felicitó al Estado español en sus Observaciones y Recomendaciones Finales al II y III Informes periódicos combinados presentados por éste.

---

cuestionar la idoneidad del elector y "señalarlo" en el acta como posible 'incapacitado'…". Disponible en: https://presnolinera.wordpress.com/2019/03/14/breves-y-aqui-urgentes-y-extraordinarios-apuntes-sobre-los-procesos-electorales-3-el-ejercicio-del-voto-por-personas-con-alguna-discapacidad/

[404] Por lo que resulta cuando menos cuestionable su adecuación a la normativa sobre protección de datos en vigor.

[405] BOE nº 69, de 21 de marzo de 2019.

[406] La nueva redacción dada al mismo quedó así: *En el supuesto de que algún miembro de una Mesa Electoral o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa Mesa considere que el voto no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna. En esa manifestación de constancia, el acta identificará al elector únicamente por el número de su Documento Nacional de Identidad o, en su caso, por el documento identificativo que aporte.*

2.3.13. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales

Otro paso adelante en la protección de derechos de las personas con discapacidad se produjo con la aprobación de esta ley orgánica[407] que viene a reforzar sus derechos tanto en vida como tras su fallecimiento. Esta nueva regulación contribuye a garantizar los derechos fundamentales a la intimidad y al honor, al acceso a la información y también a la educación. Así, el artículo 3 de la LODP, legitima a los familiares de la persona fallecida para dirigirse al responsable del tratamiento de sus datos y ejercer los derechos acceso, rectificación o cancelación relativos a los datos personales de la fallecida; el párrafo 3º *in fine* amplia esa legitimación también a quienes hubieren sido sus prestadores de apoyo en vida, siempre que dichas facultades se entendieran comprendidas dentro de las medidas de apoyo prestadas y la persona fallecida no lo hubiera prohibido expresamente. La misma legitimación ostentarán para poder acceder al contenido gestionado por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre las personas fallecidas a quienes hubiesen prestado apoyo en vida si igualmente, tales facultades estuviesen incluidas en las medidas de apoyo, a tenor de lo previsto en el artículo 96-d) LOPD, relativo al testamento digital.

Como salvaguardias para las personas con discapacidad encontramos que esta nueva regulación refuerza las obligaciones generales del responsable y encargado del tratamiento de datos. En este sentido, el artículo 28 LOPD, les ordena tener en cuenta los mayores riesgos que podrían producirse cuando se lleve a cabo el tratamiento de datos de grupos de mayor vulnerabilidad, entre los que expresamente incluye a las personas con discapacidad, a la hora de adoptar las medidas que garanticen el tratamiento de los datos de carácter personal. Además, la Disposición Adicional Séptima incluye dentro de la protección de las letras g), h), i) y j) del artículo 9-2 del Reglamento de la UE 2016/679, los tratamientos de datos relacionados con la salud y los datos genéticos que estén regulados en el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por último, esta nueva regulación también impone obligaciones tanto para el Gobierno como para las Comunidades Autónomas, en relación con los derechos de las personas con discapacidad. Expresamente, el artículo 97 LOPD, ordena al Gobierno, en colaboración con las CCAA la elaboración de un Plan de Acceso a Internet, entre cuyos objetivos se encuentran el de garantizar el acceso a internet de colectivos vulnerables o con necesidades especiales -apartado a)-, o el de fomentar medidas educativas que promuevan la formación en compentencias y habilidades dirigidas a personas y colectivos en riesgo de exclusión digital, referencias indirectas entre las que se pueden incluir a personas con discapacidad.

Resulta evidente, por lo tanto, el nuevo impulso que esta ley supone en la plena inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad y, particularmente, en el ejercicio de su capacidad jurídica. Queda, no obstante, todavía mucho trabajo por hacer pues no ha de olvidarse, como recuerda la propia ley, que ésta ha de ser desarrollada por las CCAA en sus respectivos

[407] BOE nº 294, de 6 de diciembre de 2018.

ámbitos de competencia.

2.3.14. Propuesta de modificación del artículo 49 C.E.

Un avance de máxima importancia para la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD lo hemos vivido con la aprobación en el Consejo de Ministros celebrado el 7 de diciembre de 2018 del Anteproyecto de reforma del artículo 49 CE, relativo a los derechos de las personas con discapacidad[408].

La redacción vigente del precepto constitucional contiene no solo un calificativo absolutamente despectivo referido al colectivo de la discapacidad cual es el de disminuidos, sino todo el paradigma médico rehabilitador, propio de la época en que se promulgó la Constitución, pero superado claramente por el modelo social basado en el enfoque de derechos humanos introducido por la CDPD.

Así, en tanto en cuanto no finalice la reforma ya iniciada, el texto del artículo 49 CE continúa siendo el siguiente: "*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*"[409].

Tras una reunión de la Mesa y Portavoces de esta Comisión[410] la Vicepresidenta encargó la redacción de un nuevo texto para el artículo 49 CE[411], la cual fue presentada después de varias reuniones de trabajo durante noviembre de 2018. La modificación iba más allá de la mera cuestión terminológica y se desglosaba en cuatro apartados que, con una sustancial adición posterior en el primer apartado 2 propuesto, fue incorporada en el Anteproyecto de modificación del artículo 49 CE informado favorablemente en el Consejo de Ministros celebrado el 7 de diciembre 2018, ya citado.

La redacción del artículo 49 CE proyectada reza así:

[408] A iniciativa de la Vicepresidenta del Gobierno, ministra de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, Carmen Calvo. Aunque la iniciativa de este Anteproyecto, efectivamente ha de ser atribuida a la Ministra, la reivindicación de reforma del precepto, al que se consideraba obsoleto incluso con anterioridad a la aprobación de la CDPD viene de mucho atrás, pues así se venía planteando de forma sostenida por el CERMI ya desde el año 2005.

[409] La necesidad y reivindicación de transformación del precepto fue definitivamente impulsada el año 2018 tras la campaña popular iniciada en la plataforma *Change.org* por la periodista sorda Vicky Bendito bajo la denominación *soy sorda no disminuida aunque lo diga la constitución*, que acaparó 81.000 firmas y llegó, junto a la mencionada reivindicación del CERMI, a la Comisión Constitucional el 3 de julio de 2018 de la mano del presidente de la Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad del Congreso de los Diputados. https://www.eldiario.es/sociedad/Disminuido-minusvalido-Constitucion-cambio-terminologico_0_843766366.html

[410] La reunión tuvo lugar el 16 de octubre.

[411] Se celebraron dos sesiones de la Comisión en el mismo mes en las que participaron representantes del CERMI así como representantes de otras entidades vinculadas con la defensa de los derechos de las personas con discapacidad desde diferentes ámbitos y a la que también asistió la promotora de la campaña de la plataforma *Change.org* antes citada. Las dos reuniones de trabajo tuvieron lugar los días 23 y 31 de octubre de 2018 y en ella estuvieron presentes: Luis Cayo Pérez Bueno, presidente del CERMI, Yolanda Gómez Sánchez, directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Rafael de Lorenzo García, profesor titular de universidad y Dña. Vicky Bendito, periodista y promotora de la campaña *soy sorda pero no disminuida* de la plataforma *Change.org*

1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.

2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad[412].

3. Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Como explica la Exposición de Motivos del Anteproyecto, el artículo 49 CE se actualiza para adaptarlo a la Convención de 2006 y se modifica íntegramente tanto desde el punto de vista del lenguaje como de su estructura y contenido. Se le dota de mayor extensión para abordar en el propio texto constitucional los extremos más necesitados de regulación y de protección como el tratamiento específico de las mujeres con discapacidad. Se suprime definitivamente el concepto "disminuidos" sustituyéndolo por el de "personas con discapacidad" para reflejar así los valores de la propia CE y la dignidad inherente a este colectivo. Además, se reforma la estructura del artículo dividiéndolo en los cuatro apartados transcritos reflejando cada uno de ellos una dimensión diferente de la protección de las personas con discapacidad.

En cuanto al contenido, se lleva a cabo su modificación para desprenderse definitivamente de la concepción médico-rehabilitadora antigua y adaptarlo a las nuevas concepciones de la discapacidad basadas en el enfoque de derechos. Se fijan los objetivos que han de orientar la acción positiva de los poderes públicos –plena autonomía personal y su inclusión social- con pleno respeto a la libertad de elección y preferencias de las personas con discapacidad, principios básicos del nuevo paradigma de la discapacidad incorporado por la CDPD.

Se incluye expresamente la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad en la elaboración de las políticas públicas que les afecten. Se alude e incluye expresa e intencionadamente la atención específica a las mujeres y niñas con discapacidad, como colectivo de especial vulnerabilidad dentro del propio de la discapacidad, y se consagra asimismo el principio de protección reforzada de las personas con discapacidad para que reciban la atención especializada que requieren y se encuentren especialmente amparadas para el disfrute de los derechos que la CE otorga a la ciudadanía en general. Por último, se hace una referencia de mínimos a la protección de los Tratados internacionales que velan por los derechos de las personas con discapacidad, invocando su

[412] El primer borrador de este apartado no hacía mención especial alguna a la situación de las mujeres con discapacidad. Su texto era el siguiente: *Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar una vida participativa, autónoma e independiente de las personas con discapacidad.* https://twitter.com/jordixucla/status/1070264878504570880/photo/1?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1070264878504570880&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.eldiario.es%2Fsociedad%2FDisminuido-minusvalido-Constitucion-cambio-terminologico_0_843766366.html

aplicación directa[413] y dejando clara la posibilidad de ampliación por parte del Estado español.

Sin embargo, en nuestra opinión, la nueva redacción propuesta puede quedarse corta en algunos aspectos y plantear problemas de interpretación en el futuro. Explicaremos a continuación alguno de nuestros reparos.

El párrafo primero presentado se inicia aludiendo expresamente a las "personas con discapacidad" sin que conste ninguna definición al respecto. Cierto es que, a tenor de lo previsto en el artículo 10-2 CE, su interpretación habrá de hacerse según lo previsto en los Tratados Internacionales y, por ende, habría de interpretarse en el sentido de la CDPD.

Una definición de persona con discapacidad la encontramos en la actualidad en el artículo 4 del Texto Refundido de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social pero, con la profesora ALCAÍN MARTÍNEZ[414], consideramos que no estaría de más citar expresamente la CDPD en el nuevo texto o incluirla expresamente en una nueva redacción del artículo 10-2 CE; como ella destaca, no ha de olvidarse que uno de los grandes problemas de la inaplicación de la Convención ha sido su desconocimiento.

Otro problema de interpretación que puede surgir en relación con el primer párrafo es que éste hace mención exclusivamente a la "titularidad" de los derechos de las personas con discapacidad, pero no a su ejercicio. Si a ello añadimos que el párrafo tercero habla específicamente de la protección para el "ejercicio" de los derechos, podría suceder que la separación de ambos conceptos en esos dos párrafos diera lugar a que algunos vieran la intención de mantener en nuestro ordenamiento jurídico inalterada la tradicional distinción entre ambos conceptos, ahora englobados, por mor de la CDPD, dentro del término de la "capacidad jurídica"; sería un paso atrás resucitar la dicotomía.

En todo caso, lo cierto es que se introduce el paradigma social de la CDPD en el párrafo segundo proyectado y que la aplicación del artículo habrá de hacerse según lo previsto en la CDPD y en los demás Tratados que España hubiera ratificado en virtud de lo previsto en el párrafo final de la propuesta. Pero no ha de olvidarse que, en algunos aspectos, estos Tratados pueden entrar en conflicto[415] por lo que, insistimos, no hubiera estado de más una cita o remisión expresa a la CPDP[416].

---

[413] Al igual que se hace en el artículo 39 CE con los derechos reconocidos a los niños en los tratados internacionales que velan por sus derechos.

[414] ALCAÍN MARTÍNEZ:2018. Intervención en el Seminario de Trabajo sobre "La reforma del artículo 49 de la Constitución" organizado el 26 de octubre de 2018 por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Esta autora presentaba una redacción alternativa al artículo 10 CE en los siguientes términos: *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, la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*. Disponible en: http://semanal.cermi.es/noticia/opinion-esperanza-alcain-reforma-integral-articulo-49-constitucion-mas-alla-cambio-terminologico.aspx

[415] Piénsese, por ejemplo en la opuesta regulación sobre el internamiento involuntario recogida en el CEDH (artículo 5) y en la CDPD (artículo 14) y, en consecuencia, en los diferentes criterios seguidos en las SSTEDH (STEDH, X. c. Rusia, núm. 3150/15, 20 de febrero de 2018 (ECLI:CE:ECHR:2018:0220JUD000315015) y en los Dictámenes, Observaciones y Recomendaciones del Comité (Por ejemplo, las realizadas a España en el informe de Conclusiones emitido en 2011 en relación con el presentado por España en virtud del artículo 35 CDPD).

[416] En relación con estos aspectos comentados, parecía mucho más clara la propuesta presentada y recogida dentro de las conclusiones del seminario "La discapacidad en la Constitución Española de

Con todo, se avanza una vez más hacia la plena adaptación del ordenamiento jurídico español a la CDPD.

2.3.15 Evolución normativa en las Comunidades Autónomas

Según lo expuesto por el Estado Español en su II y III Informe combinados acerca del cumplimiento de la CDPD, en el ámbito de las Comunidades Autónomas (CCAA) el proceso normativo durante este periodo ha ido en paralelo al estatal, con la aprobación de leyes, en uso de sus respectivas competencias normativas, en las que se recogen y concretan las medidas para hacer efectiva la igualdad y los derechos de las personas con discapacidad.

En un segundo nivel de concreción, la realización efectiva de los principios establecidos en el artículo 3, tanto en el Estado como en las CCAA, está representada por la aprobación de planes estratégicos plurianuales[417], en cuya elaboración participan las personas con discapacidad, a través del Consejo Nacional de la Discapacidad (CND), mecanismo de coordinación de la Convención en España, en el que la mitad de los miembros lo constituyen representantes de las personas con discapacidad, así como los órganos semejantes existentes en muchas CCAA[418].

En materia legislativa, el II y III Informe combinados citan genéricamente

---

1978: materiales para una posible reforma", cuya redacción sería: *Artículo 49. 1.1.- La Constitución garantiza a las personas con discapacidad el ejercicio real y efectivo de los derechos que reconoce a todos los ciudadanos.* Obsérvese que en este párrafo se supera el aspecto relativo únicamente a la titularidad reconociendo sin titubeos el derecho a su ejercicio real a todas las personas con discapacidad.
49.1.2.- Se protegerá especialmente la dignidad, la igualdad de oportunidades, la acción positiva, la inclusión social, educativa y laboral, la vida independiente, la accesibilidad universal y la plena participación de las personas con discapacidad en el entorno comunitario, con arreglo a los principios y mandatos contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Se incluía expresamente la remisión a la CDPD y el reconocimiento expreso al derecho a la dignidad e igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, entre otros.
49.2.1.- La acción pública a favor de las personas con discapacidad, que vinculará a todos los poderes y autoridades y que tendrá carácter transversal, prestará la atención especializada que aquellas requieran, a través de las políticas, apoyos y ayudas precisos para asegurar su bienestar, debiendo tener en cuenta su realidad social y las necesidades específicas en las iniciativas que se lleven a efecto.
49.2.2.- Las personas con discapacidad y sus familias participarán en las decisiones que les conciernan mediante el diálogo civil de las Administraciones Públicas con las organizaciones representativas o grupos en que aquellas se integran, las cuales recibirán el reconocimiento y respaldo público para promover y consolidar la cooperación de la sociedad civil organizada.
Disponible en www.fderechoydiscapacidad.es

[417] El Informe presentado por España alude, dentro de estos, entre otros al Plan de Actuación Integral para las Personas con Discapacidad del Principado de Asturias 2015- 2017, el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad 2016-2020 de la Junta de Castilla y León, los Planes de Acción autonómicos promovidos por la Junta de Extremadura (Mujeres con discapacidad, Las Personas con Discapacidad en el medio rural, Por la salud mental en las personas con discapacidad, Accesibilidad, Para una educación inclusiva), la Estrategia gallega sobre discapacidad 2015-2020 o el III Plan de Acción 2012-2015 para Personas con Discapacidad de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de que otros muchos planes sectoriales contemplen medidas para las personas con discapacidad, tanto estatales como de las CCAA (con competencia exclusiva en ámbitos como la salud, la educación y los servicios sociales y competencia compartida en muchos otros

[418] Algunos ejemplos de los órganos autonómicos que permiten la participación y el diálogo en todas las medidas tomadas hasta la fecha o las que se planteen para el futuro son los "consejos asesores de la discapacidad", que con distintos nombres existen en CCAA como el Principado de Asturias, Castilla y León, Extremadura o la Comunidad de Madrid. II y III Informe Periódico combinados de España acerca del cumplimiento de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, pág. 3 En: un.org Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=800&Lang=sp

algunas de las modificaciones o regulaciones *ex novo* llevadas a cabo en el ámbito autonómico, como las que han regulado en los últimos años los derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte: Andalucía (2010), Aragón y Navarra (2011), Galicia y Canarias (2015), País Vasco y Baleares (2016), Madrid y Asturias (proyecto de ley) (2017)[419].

Sin embargo, lo cierto es que, pese a algunos avances en este sentido, existen ciertos ordenamientos jurídicos autonómicos con competencias en materia civil, como el catalán, aragonés, navarro o el gallego[420]. Salvo alguna excepción aislada[421], no se tiene constancia de que en ninguno otro se hayan iniciado reformas tendentes a adaptar su legislación autonómica propia a la CDPD por lo que, de aprobarse la reforma proyectada actualmente en trámite, pudiera darse la circunstancia de que eventualmente conviviesen diferentes ordenamientos jurídicos dentro del mismo Estado con distinta adaptación o armonización con la Convención, lo que supone una anomalía significativa. En este sentido, conviene resaltar que, en contra de lo esperado, la reciente Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra[422] no solo no supone un esfuerzo de adaptación a la CDPD, sino que directamente la obvia. No contiene en su articulado, aunque sí en su Preámbulo someramente como hemos visto[423], ninguna referencia ni a la propia Convención ni a ninguna de las Observaciones o Recomendaciones de su Comité. Antes al contrario, se reafirma en el sistema tradicional vigente a través de un texto absolutamente continuista con las instituciones tradicionales del sistema sustitutivo vigente manteniendo instituciones como la responsabilidad parental prorrogada o rehabilitada o aludiendo a la figura de la modificación de la capacidad en muchos de sus preceptos, como ya hemos mencionado anteriormente.

[419] *Ibidem*, pág. 17.

[420] Como ya se ha comentado anteriormente en este trabajo, la STC 133/2017, declaró inconstitucional los artículos 27 a 41 y 42 a 45 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, que regulaban la figura de la adopción y de la autotutela, respectivamente, impidiendo, de ese modo el desarrollo del derecho civil especial gallego en dichas materias, al haber aplicado una interpretación excesivamente restrictiva y rigurosa del artículo 149-1-8 CE, apartándose de su propia doctrina que, en otros casos ha sido aplicada de manera mucho más amplia y flexible permitiendo así el desarrollo de los derechos civiles propios de Aragón, Cataluña o Navarra, por ejemplo. *Vid.* Sobre este particular Notas [284] y [285] *ut supra.*

[421] Nos referimos al ordenamiento jurídico catalán, cuya Comisión Jurídica Asesora parece haber iniciado los trabajos destinados a la plena adaptación la CDPD.

[422] Boletín Oficial de Navarra, de 16 de abril de 2019.

[423] El Preámbulo de esta Compilación Navarra parece estar previendo una regulación futura de la capacidad de las personas, al mencionar expresamente que la regulación de esta Compilación se realiza "*… sin perjuicio de una futura legislación especial que regule de manera completa la capacidad y contemple todas las figuras de apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente…".* *Vid.* nota[286]

2.4. ÚLTIMAS NOVEDADES EN TORNO A LA CAPACIDAD JURÍDICA Y EL SISTEMA DE TUTELA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. PROPUESTAS DE REFORMA

2.4.1. Consulta pública. Propuestas

El 9 de abril de 2018, el Ministerio de Justicia publicó[424] una consulta pública[425] sobre la proyectada reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, otorgando un plazo para presentación de aportaciones que finalizaría el siguiente día 27 de abril.

En respuesta a la consulta formulada, se recibieron una treintena de aportaciones procedentes de distintos colegios profesionales, asociaciones de defensa de los derechos de las personas con discapacidad, fundaciones tutelares, universidades, etc., así como de diferentes profesionales tanto del mundo del derecho como ajenos a éste. Coinciden la práctica totalidad de ellas en entender como un acierto y un gran avance la tramitación de una ley que, por una parte, suponga un necesario cambio de terminología[426] que para la erradicación de cualquier referencia paternalista o peyorativa que atente contra la dignidad de la persona[427] y, por otra, adapte el vigente sistema de sustitución en la toma de decisiones y tutela del ordenamiento jurídico español al basado en la asistencia en la toma de decisiones que tenga en cuenta la voluntad, gustos y preferencias de la persona interesada propugnado por la CDPD. Existen, no obstante, diferencias y puntos importantes de discrepancia entre unas aportaciones y otras, que conviene reflejar aquí.

Para su análisis más detenido, intentaremos detenernos en cada uno de los bloques en los que las hemos agrupado[428].

---

[424] En virtud de lo previsto en el artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015, página 89402, Sección I.

[425] Consulta pública sobre la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429011329?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DConsulta_publica_Reforma_legislacion_civil-procesal_materia_discapacidad.PDF

[426] Hace ya más de diez años GARCÍA PONS, 2008:64, opinaba que la "terminología" en esta materia es importante, pues contribuye también a remover obstáculos en orden a la ansiada igualdad de oportunidades y plena integración social de las personas con discapacidad.

[427] Términos que pueden ser considerados discriminatorios o estigmatizantes como: "incapacitado", "incapaz", "presunto incapaz", "procedimiento de incapacitación", pero también la actual denominación del procedimiento de "modificación de la capacidad" -puesto que esta no se modifica- por la de "procedimiento de protección", etc., algo en lo que, en general, está de acuerdo la mayor parte de la doctrina. El Instituto Bartolomé de las Casas propone incluso la sustitución del término "persona con discapacidad" por el de "persona que requiere apoyo", como término general y no referido exclusivamente a las personas con discapacidad. El Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad presentado por la Sección Primera CGC dedica el apartado diez relativo a la modificación de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, precisamente a la sustitución de términos y a lo largo de todo el anteproyecto elimina toda la terminología relativa a "incapaces", "incapacitados", etc., para sustituir estos términos por otros relativos a las personas con discapacidad.

[428] La relación de propuestas aparece en Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Política Legislativa, 2018, Memoria del análisis de impacto normativo. Anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, En: mjusticia.gob.es, Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900617?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-

2.4.1.1. Propuestas que mantienen preponderantemente el sistema tradicional alejadas de las Observaciones del Comité

Incluimos dentro de éstas las presentadas por: la Coordinación de Discapacidad del Consejo General de la Abogacía Española[429], la Asociación de Fundaciones Tutelares de Personas con Enfermedad Mental Asociadas (FUTUPEMA[430]) y Fundació Malalts Mentals[431], entre otras.

Coinciden principalmente en el mantenimiento del paradigma médico tradicional[432], poniendo todo el énfasis sobre los aspectos y facetas para las que "está limitada" la persona con discapacidad.

Propugnan una regulación de la discapacidad que distinga entre discapacidad física, psíquica o sensorial, al considerar que cada uno de estos tipos presenta necesidades distintas.

Defienden la permanencia del principio del "mejor interés" como medida de protección de la persona con discapacidad[433].

Afirman que el actual ordenamiento jurídico común español es acorde con la CDPD[434]; el art. 12 no se opone al sistema tutelar español y el procedimiento de modificación de la capacidad[435] es un instrumento necesario

---

Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF

[429] Llama la atención que las propuestas que parecen más alejadas de la posición respecto a la interpretación que del artículo 12 de la Convención realizó el Comité en su Observación 1ª en el año 2014, provengan precisamente del sector de la Abogacía.

[430] Esta asociación engloba a casi una decena de fundaciones tutelares cuyas beneficiarias principales son personas con enfermedad mental y sus familias. Forma también parte de la misma, la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y personas con enfermedad mental SALUD MENTAL que ocupa el cargo de fundadora asociada de honor en representación de todas las familias y personas con trastornos mentales.

[431] Perteneciente a FUTUPEMA.

[432] Siendo algunas de estas propuestas más aperturistas hacia el nuevo paradigma y otras más conservadoras incluso que el propio sistema actual. Como muestra concreta de este tratamiento de la discapacidad, algunas sugirieron la equiparación entre el concepto administrativo y judicial de la discapacidad bajo el argumento de que "existen muchos 'discapacitados' por órganos autonómicos que no lo están judicialmente" (Consejo General de la Abogacía y algún letrado en particular), olvidando que las situaciones que se resuelven en cada uno de ellos obedece a circunstancias y finalidades completamente diferentes y no necesariamente coincidentes. El reconocimiento de "discapacidad" en el orden administrativo se basa principalmente en una condición de salud del administrado, del cual se tienen en cuenta o valoran además, sus circunstancias familiares y sociales. Nada tiene que ver con el estado civil de la persona, ni con su capacidad jurídica, por lo que el hecho de contar con el certificado administrativo en modo alguno debe estar relacionado con la obligación, ni siquiera con la necesidad de acudir a una declaración judicial de "discapacidad". La propuesta presentada por el Instituto Bartolomé de las Casas sugiere justamente lo contrario, esto es, que el término "persona con discapacidad" debe ser un término no asociado al grado administrativo. Es más, considera que debería usarse incluso solo el término "persona que requiere apoyo".

[433] Las referencias a sus gustos, deseos o preferencias son anecdóticas y secundarias, reflejando así una actitud paternalista que trata a las personas con discapacidad como objetos de recursos o servicios, pero no como verdaderos sujetos de derechos humanos que es, en definitiva, lo que pretende la Convención; así se refleja en expresiones como "tenencia de los discapacitados" o "convenio regulador de los discapacitados" utilizadas por el Consejo General de la Abogacía.

[434] En consonancia con lo anterior, consideran, siguiendo la tesis mantenida a lo largo de estos años por nuestros tribunales, que "la incapacitación (o modificación de la capacidad de obrar) no ha sido nunca, o al menos desde 1983, una medida restrictiva de derechos fundamentales, sino una medida de protección para garantizar el acceso al ejercicio de los derechos…". *Vid.* FUTUPEMA: 2018:3.

[435] En cuanto al procedimiento, proponen mayoritariamente que se tramite a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, (en este aspecto coincidirán los tres bloques de propuestas que aquí se comentan), dejando el contencioso solamente para los casos en que hubiera conflicto u oposición.

para garantizar la protección de quienes padeciendo un trastorno mental grave, según informe del médico forense basado en criterios objetivos, han perdido su capacidad de autogobierno[436]. Por ello, consideran en algunos casos necesario el sistema de sustitución de la voluntad[437].

En conclusión, este bloque de propuestas obvia no solo las Observaciones efectuadas a España por el Comité en el año 2011, sino la Observación General Primera anteriormente mencionada, según la cual los Estados Parte deben abolir los regímenes sustitutorios en la toma de decisiones que deben ser reemplazados por otros basados en la asistencia en las mismas solo cuando la persona precise de un apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

2.4.1.2. Propuestas intermedias

Incluimos aquí la presentada conjuntamente por PEREÑA VICENTE y PALLARÉS NEILA[438], cercana al sistema tradicional, aunque con algunos elementos del enfoque de derechos humanos introducido por la Convención[439].

Afirman estos autores que la CDPD no impone un sistema de apoyos, sino que la exigencia es la de establecer "medidas pertinentes"[440]. Según ellos, el apoyo no es la medida en sí, sino la finalidad de la misma[441]. Defienden la permanencia de la dualidad tutela/curatela, o, de suprimirse la tutela, el establecimiento de una curatela graduada, que admita la representación en caso necesario, y la limite en lo no dicho[442] a un acompañamiento cuando sea suficiente[443].

Abogan, además, por el reconocimiento de la plena autonomía de la persona con discapacidad en todos los ámbitos o actuaciones no recogidos

[436] En línea con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo marcada desde la STS de 29 de abril de 2009.

[437] En consecuencia, se oponen a la interpretación del artículo 12 de la CDPD efectuada por el Comité ya que sí admite la vigencia de regímenes de sustitución e interpretan que el propio artículo 12 CDPD lo permite aunque en casos excepcionales (art. 12-4 CDPD).

[438] Son los propios proponentes quienes califican su posición como intermedia entre el modelo vigente en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 1983 y la postura que ellos denominan radical del Comité y de otros sectores de la doctrina afines a él. Sobre la pretendida radicalidad del Comité y sobre el concepto de lo "políticamente correcto", a los que se refieren también otros autores, nos detendremos más adelante.

[439] Cuya propuesta nace, según dicen, de la práctica, de la experiencia y de mantener "los pies en el suelo", afirmando que lo contrario "supone consagrar un texto políticamente correcto con grandes principios que no se concreten en medidas eficaces que garanticen los derechos de las personas con discapacidad o que provoquen la violación de otros derechos". PEREÑA VICENTE, PALLARÉS NEILA: 2018:4.

[440] Esta medida puede no ser pertinente si no es necesaria, pero no imponerla si lo es, sería igualmente impertinente.

[441] Desde nuestro punto de vista, la finalidad no puede ser la medida de apoyo, sino que la finalidad es precisamente el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás y el apoyo efectivamente sí es la medida a adoptar para conseguir esta finalidad.

[442] En nuestra opinión, la "mera asistencia" en lo no dicho podría también ir en contra del principio de proporcionalidad ya que consideramos que si nada se dice es porque la persona nada precisa y, por tanto, puede realizar por sí mismo los actos para los que no se han dispuesto medidas.

[443] Pese a ello, acogen positivamente la obligación de toma en consideración de la voluntad y preferencias de la persona, antes de la adopción de cualquier medida que le afecte. Quizá por esto autocalifican su propuesta de intermedia. Esta será la propuesta del Anteproyecto redactado por la Comisión General de Codificación que más tarde se analizará.

expresamente en la resolución judicial[444]; así como por la separación de la regulación de las medidas de protección de menores y adultos[445]; e interesan la supresión de la patria potestad prorrogada por considerarla un síntoma de infantilización de las personas con discapacidad impidiendo o limitando así su capacidad de autogobierno[446].

Las medidas, según esta propuesta, estarán sometidas a término[447], el cual marcará *ab initio* su necesidad de revisión[448].

En cuanto a las salvaguardas, defienden también el mantenimiento del principio de "interés superior" de la persona adulta protegida[449].

Para actos de especial incidencia en la vida o patrimonio de la persona, como la restricción de su libertad ambulatoria o de residencia[450] u otras que afectan a la esfera patrimonial, promulgan el mantenimiento de autorización judicial preceptiva.

Proponen la prohibición de que una norma proscriba el reconocimiento de un derecho o su pérdida[451] por el hecho de acordarse judicialmente una medida de protección, independientemente de cuál sea su extensión[452].

Por último, consideran que todo ello habrá de ir acompañando de un incremento del número de juzgados especializados y de la formación del personal[453].

2.4.1.3. Propuestas con enfoque en los derechos humanos acordes con el criterio del Comité

Situamos dentro de este bloque, las presentadas por: el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas (IDDHHBC); la Universidad Carlos III de Madrid; el Real Patronato de la Discapacidad; el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI); la Confederación Salud España; la Federación Catalana de Entidades de Salud Mental en 1ª Persona (Federación VEUS); el Comité de ética en intervención social de

[444] Por ello, de entre todas las posibles, entienden que deberá ser impuesta la alternativa menos restrictiva y la que mejor se adecúe a las necesidades específicas de la persona (acompañamiento, representación). El asistente deberá actuar según la voluntad y preferencias de la asistida; se fomentará la participación de esta en la toma de todas las decisiones que le conciernen; se limitará al máximo la injerencia en su vida personal; y se impulsará la promoción y defensa de su derecho a vivir de forma independiente e integrada en la comunidad.

[445] Medida acogida en el Anteproyecto de Ley presentado por la Sección Primera CGC, en trámite.

[446] Esta medida también ha sido incluida en la propuesta de la Sección Primera CGC.

[447] No a plazo de caducidad de su eficacia.

[448] Es decir, pretenden que la medida continúe sin solución de continuidad hasta que se decida sobre su prórroga, supresión o sustitución por otra. En nuestra opinión, esto en la práctica podría dar lugar a problemas y a que, precisamente, dado el colapso de juzgados, el propio principio de temporalidad se viese burlado al extender la medida mucho más allá de lo estrictamente necesario.

[449] Por encima del "interés preferido o deseado" propugnado por el Comité. Si bien, como hemos visto, apuntan en numerosas ocasiones a la obligación de tener en cuenta las preferencias de la persona, siempre dentro del ámbito señalado en la resolución judicial.

[450] Restricción que admiten, pese a lo expuesto en los artículo 14 y 19 de la Convención y el Comité.

[451] Concretamente proponían la reforma de la Ley Electoral General para garantizar el derecho al voto.

[452] La Disposición Transitoria Primera del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad presentado por la CGC indica que (*A) partir de la entrada en vigor de la presente ley las meras prohibiciones de derechos de las personas con discapacidad quedarán sin efecto.*

[453] Como iremos viendo en este trabajo, la especialización de los juzgados para este tipo de asuntos viene siendo aclamado por la doctrina, las personas con discapacidad y sus familiares, instituciones como el Ministerio Fiscal o entidades como la Fundación Aequitas. *Vid:* FUNDACIÓN AEQUITAS, 2005:403.

Bizkaia; la asociación Plena Inclusión, Asociación Española de Fundaciones Tutelares; las fundaciones tutelares Kyros y la Fundación Tutelar Comarques Gironines y, dentro del ámbito universitario también, las propuestas presentadas por la profesora ESPERANZA ALCAÍN, de la Universidad de Granada o la profesora SOFÍA DE SALAS MURILLO, de la Universidad de Zaragoza. Cada una de las aportaciones mencionadas presentan características propias pero podemos destacar algunas notas en común entre ellas.

Reclaman un verdadero cambio de sistema y de procedimiento, exigiendo la desaparición de los actuales procedimientos limitativos de la capacidad[454] y su reemplazo por otros nuevos de provisión de apoyos.

Abogan por el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica[455] de las personas con discapacidad, término en el que queda incluido también el tradicional concepto de capacidad de obrar[456].

---

[454] La Fundación Tutelar de les Comarques Gironines se opone radicalmente, además, a la pretensión de conservar la institución de la curatela y su misma denominación en la configuración del nuevo sistema de apoyos, pues entienden que cualquier configuración de los nuevos mecanismos de apoyo que recuerde los instrumentos jurídicos basados en la incapacitación o en la limitación del ejercicio de la capacidad no permitirán que se asuma socialmente la idea de plena capacidad jurídica de la persona con discapacidad en todos los aspectos de la vida. El Anteproyecto presentado por la Sección Primera CGC mantiene la denominación de la curatela, creando incluso la curatela representativa que, aunque pudiera recordar en cierto modo a la tutela actual, se trata de una figura que ahora ni sustituirá ni complementará la capacidad de la persona sino que se limitará a representarla en los casos concretos que sea preciso, atendiendo a la voluntad de la representada o, en casos excepcionales, a actuar bajo la premisa de hacerlo siguiendo la mejor interpretación de su voluntad. Esa fundación tutelar defiende que la reforma debe asegurar el respeto íntegro a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, asumiendo que ello contempla el respeto también íntegro a la capacidad de obrar en la línea de las precisiones del Comité, sin caer en la posibilidad de restricciones o limitaciones que supongan diferencia alguna con las demás. Deben desaparecer también las instituciones de la patria potestad prorrogada o rehabilitada por contravenir los imperativos de la CDPD. Consideran que tampoco cabe la tutela parcial y por tiempo limitado ya que sigue siendo contraria a los principios del artículo 12 CDPD, en la línea del Informe de la relatora especial, CATALINA DEVANDAS, de 12 de diciembre de 2017, punto 51.

[455] El Instituto Bartolomé de las Casas reivindica expresamente la eliminación de la diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Sobre este particular, DE SALAS MURILLO invitaba a la reflexión afirmando que "nuestro CC recoge un sistema de capacidad donde la edad tiene una relevancia clave pues determina la capacidad general de obrar pero también otras capacidades especiales (25 años para adoptar, por ejemplo). Por ello, una eliminación sin más de la distinción entre capacidad jurídica y de obrar, a partir de la CDPD y sin tener en cuenta esto, implicaría destruir el actual sistema dejándolo incompleto y con contradicciones: "No conviene, por tanto, tocar la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar sin antes haber reflexionado sobre: la procedencia del cambio con una visión de conjunto de nuestro ordenamiento, teniendo presente el porqué o el fundamento del régimen de la capacidad; y sobre, en su caso, el diseño global del mismo que se desea en el futuro, teniendo en cuenta de forma coherente y justa a la persona tanto en función de su edad, como de su capacidad", afirma.

[456] A pesar de que casi todas estas propuestas engloban dentro del concepto de capacidad jurídica la de obrar y, por tanto, la prohibición de restricción de esta última, algunas aportaciones, como las del CERMI, defensor del enfoque de derechos humanos de la Convención y bastante afín a las tesis de su órgano de interpretación, admiten que, en algún caso residual o excepcional, sí podría existir la posibilidad de limitación de la capacidad. No obstante, considera que debe estudiarse la posibilidad de prever otras medidas de apoyo al margen o previas al procedimiento judicial. En todo caso, habría de actuarse siempre bajo el principio de intervención mínima y prevalencia del criterio pro capacidad plena. Por ello, afirma que se trataría de un juicio sobre los apoyos más que sobre la capacidad y solo para casos excepcionales en los que la persona con discapacidad precise apoyos puntuales para la toma de decisiones y determinación de salvaguardias en el sentido del art. 12-4 CDPD. Esta posibilidad residual de admisión de restricción de la capacidad y adopción de una figura de sustitución también es admitida por Plena Inclusión pero solo y estrictamente en los casos en los que se acredite que no ha sido posible averiguar la voluntad de la persona ajustando medidas para ello. Radicalmente opuestos a cualquier tipo de limitación de la capacidad se encuentran otros representantes de este grupo como el Instituto Bartolomé de las Casas; la Fundación Tutelar Comarques Gironines; la Federación Catalana de Entidades de Salud Mental en 1ª Persona (Federación VEUS). Acogiendo la tesis del Comité, también la Confederación Salud España, el Real Patronato de la Discapacidad o el Comité de ética en intervención

Coinciden, además, en la idea de que los apoyos no pretenden proteger sino fomentar y asegurar la autonomía de las personas[457]. Por ello, mayoritariamente defienden el reemplazo del "interés superior" de la persona con discapacidad por el principio del "interés deseado" o "preferido". Además, si, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no es posible determinar la voluntad y preferencias de una persona, la determinación del "interés superior" debe sustituirse por la "mejor interpretación de su voluntad y preferencias", en línea con la posición del Comité[458].

Proponen de forma mayoritaria el impulso, la promoción y la difusión de otro tipo de documentos que reflejen la voluntad de la persona tales como: poderes preventivos; voluntades anticipadas, instrucciones previas, etc.[459].

Tema de especial interés dentro de este bloque es el relativo a los internamientos y a los tratamientos involuntarios[460], sobre el que se presentan una diversidad de propuestas que van desde las que reclaman una revisión profunda de los procedimientos de ingreso involuntario dentro del ámbito

---

social de Bizkaia, coinciden al afirmar que el sistema actual anula la capacidad de la persona y ha sido motivo justificado a lo largo de generaciones de segregación y discriminación hacia las personas con discapacidad postura que claramente choca con la visión de otras aportaciones anteriormente comentadas como la presentada por FUTUPEMA, entre otras. A criterio del Real Patronato de la Discapacidad, cuyas aportaciones incluimos también dentro de este bloque, el aplazamiento durante estos más de diez años de la necesaria reforma legal ha permitido la convivencia, con el mismo carácter de normas de derecho positivo, de lo establecido en la CDPD y de una visión obsoleta que responde a otra consideración discriminatoria y proteccionista que aún se comprueba en el vigente texto del Código Civil. Para ese organismo, no casan ni son armonizables dos consideraciones jurídicas dispares pero relativas ambas a la discapacidad. En el posicionamiento de la Convención la discapacidad es considerada haciendo énfasis en el dinamismo hacia la plena inclusión, mientras que en el posicionamiento mantenido en el Código Civil, determina una dinámica de forzado proteccionismo, de identificación y segregación. En efecto, la incapacidad a la que se refieren el artículo 199 y siguientes del Código Civil identifica y establece una situación de limitación en el ejercicio de la plena capacidad jurídica. Esto resulta un claro exponente de la discriminación por motivo de discapacidad que la Convención proscribe, ya que establece una exclusión o restricción por motivo de discapacidad que impide, restringe o limita el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social o civil. De seguirse esta argumentación, no cabría la posición intermedia defendida por PEREÑA y PALLARÉS, anteriormente expuesta o la defendida por nuestro Tribunal Supremo y nuestro Tribunal Constitucional para los que nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente compatible con la Convención.

[457] Así lo manifiesta expresamente el Real Patronato de la Discapacidad.

[458] Federación VEUS.

[459] Respecto a esto último, la Confederación Salud España destaca la necesidad de incorporar una referencia en el artículo 1255 CC o elaborar un nuevo precepto a tal efecto, con el fin de que se promueva su desarrollo mediante normativa específica y permita que las personas con enfermedad mental puedan dejar constancia documental de sus voluntades anticipadas también. La Fundación Tutelar de les Comarques Gironines reivindica que se proporcione el sistema de voluntades anticipadas incluso para tratamiento médico en situaciones de crisis y la Federación VEUS, que el derecho a realizar un documento de voluntades anticipadas en el ámbito de la salud mental y pese a estar reconocido en el artículo 11 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, o en la autonómica de aplicación, no le sea denegado de hecho a las personas con discapacidad.

[460] La CGC había propuesto regularlo dentro del ámbito civil en un Anteproyecto aparte en el que englobaría diferentes derechos fundamentales que podrían resultar afectados. A pesar de haberse redactado por la Sección Quinta de la CGC un primer borrador de Anteproyecto, la falta de consenso sobre el mismo ha obligado a su retirada por lo que, la reforma en materia de capacidad y sobre nuestro vigente sistema de tutela ha iniciado su trámite pero en todo aquello que no afecte a una materia de tanta importancia como los derechos fundamentales por lo que, de no presentare un nuevo Anteproyecto sobre esta cuestión podríamos encontrarnos con la paradoja de implementar un nuevo sistema basado en el principio de autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad para decidir sobre negocios jurídicos pero no sobre sus propios aspectos personales que afectan principalmente al derecho fundamental a la libertad, a la integridad o, incluso, a la vida.

civil[461]; quienes sugieren su expulsión de ese ámbito y su traslado a la legislación sanitaria[462] o social[463]; o, los que, directamente claman por la abolición del internamiento por razón de trastorno psíquico del artículo 763 LEC[464].

[461] La Confederación Salud España no propone la derogación de los ingresos involuntarios, sino que, dentro del procedimiento judicial cuya resolución final pueda determinar la institucionalización forzosa de la persona, ésta tenga garantizada la asistencia letrada preceptivamente desde el inicio. Incide en el cumplimiento estricto de los plazos y en el control judicial efectivo, lo cual se traducirá en la audiencia a la persona afectada por la medida obligatoriamente; el examen de los informes médicos, recabando, además un segundo del médico forense u otro independiente. En este aspecto nos recuerda mucho al sistema médico tradicional ya que la pericial propuesta es precisamente sólo médica y por partida doble, al requerir de un segundo informe médico también.

[462] Postura defendida por el Instituto Bartolomé de las Casas, de la que discrepa rotundamente GARCÍA RUBIO 2018-I:195, como veremos más adelante.

[463] Entendemos que la postura planteada por este Instituto pretende seguir la tesis del Comité y abolir, en consecuencia, todo tipo de ingresos y tratamientos que no estén basados en el consentimiento libre y voluntario de la persona a ingresar. Es decir, no cabría, en ningún caso, ningún tipo de ingreso o tratamiento involuntario. De lo contrario, esto es, si el planteamiento admitiese la posibilidad de algún tipo de ingreso involuntario, entonces su regulación solo cabría mediante una ley orgánica (*Cf.* art. 82 CE), tipología de ley que necesariamente ha de proceder del Estado, lo que en nuestra opinión entraría en contradicción con la idea de que la cuestión se trasladase a las leyes sectoriales del ámbito sanitario o social, para las que son competentes las Comunidades Autónomas. La propuesta del Instituto, implicaría la modificación, a su vez de la Ley 41/2002, o de cualquiera de las homólogas normas autonómicas reguladoras de la autonomía del paciente y del consentimiento informado. En la mayoría de ellas, estatal y autonómicas, cabe, al día de la fecha, el otorgamiento del consentimiento por representación en los casos en los que la persona tenga su capacidad modificada judicialmente, lo cual no parece casar con las Observaciones efectuadas por el Comité en el sentido que todo tratamiento debe basarse en el consentimiento voluntario de la persona para lo cual deberán prestársele los apoyos necesarios, si fuera preciso. En la misma línea, CUENCA GÓMEZ, 2015:137. Lo mismo ocurre, respecto a los ingresos asistenciales. Por una parte, en virtud de lo previsto en el artículo 4.g de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía y Atención a las Personas con Discapacidad, solo tendrían lugar previo consentimiento de interesada; sin embargo, el artículo 4.h sí prevé la posibilidad de ingresos involuntarios, esto es, en contra o a falta de la voluntad de la persona, lo que choca también con las Observaciones del Comité efectuadas a España en el año 2011. Además, en muchas de las leyes autonómicas se regula el internamiento involuntario exigiendo la previa autorización judicial para ello. Insistimos en que este tipo de internamientos, sean asistenciales o sanitarios, requerirían siempre de la existencia de una Ley orgánica, por tanto estatal, que los legitimase. Por tanto, si lo que se pretende es el ajuste real de nuestro ordenamiento a la Convención según la interpretación del Comité, debiera tenerse en cuenta todo lo anterior a fin de proponer igualmente la reforma de las leyes mencionadas, además de la normativa autonómica en vigor y toda aquella que tenga relación con lo expuesto.

[464] La Fundación VEUS considera que el precepto es discriminatorio ya que legitima un trato diferenciado por razón de un diagnóstico de salud, el cual suele ir acompañado de la restricción de otros derechos, más allá del propiamente restringido derecho fundamental a la libertad, negación del derecho a la defensa (art. 24-2 CE); a la privacidad (art. 18-1 CE); al consentimiento informado previo a cualquier intervención sanitaria (arts. 10-1 y 17-1 CE) y, de forma especialmente grave, el derecho a la integridad física con el uso de medidas de contención mecánica (art. 15 CE), las cuales, más allá de la ausencia de evidencia terapéutica en relación a su uso, atentan a la dignidad (art. 10-1 CE). Exigen la prohibición por ley del uso de estas prácticas o el establecimiento de medidas garantistas judiciales en cuanto a su uso con el objetivo puesto en su próxima eliminación. Como novedad importante destacamos la propuesta de introducción no sólo del defensor técnico de la persona involuntariamente ingresada, aludiendo analógicamente a la Ley de Salud Mental de Argentina; sino la más novedosa del agente facilitador. Esta figura, también presentada en las propuestas de la profesora DE SALAS MURILLO y vigente en países como Israel o en México, en el marco del proyecto piloto liderado "Hacia un sistema de justicia incluyente" con notable éxito por la asociación Documenta en la Ciudad de México, supondría un claro avance en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Este proyecto se ha puesto en marcha dentro del proceso penal pero con la idea de extenderlo a todos los ámbitos. El primer equipo de Facilitadores de justicia del proyecto piloto mexicano se creó para garantizar en la práctica el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Los facilitadores son figuras neutrales que tienen como función principal adecuar las condiciones para que las personas con discapacidad puedan dar su versión de los hechos y participar del proceso de manera que sus declaraciones puedan ser lo bastante sólidas para que puedan constituir una evidencia de calidad en el proceso. Documenta se ha preocupado por formar a profesionales como Facilitadores de justicia como medio de apoyo para permitir el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, según establece el

Otros aspectos comunes en este bloque de propuestas son las reivindicaciones sobre la proporcionalidad de los apoyos, esto es, que solo deban prestarse aquellos que se necesiten para el acto o actos concretos que se pretenden realizar; su revisión periódica o a instancia de parte; la variedad, pudiendo recaer sobre la misma o diferentes personas, independiente o conjuntamente; así como la posibilidad de su rechazo[465].

Aunque todavía quedarían otras aportaciones incluidas en este grupo[466] el más próximo a la posición del Comité, consideramos que las anteriores son muestra suficiente de las sugerencias comunes entre la mayoría de ellas.

2.4.1.4. Otras propuestas

Englobamos en este apartado aquéllas que se han planteado para tratar de resolver, más que problemas jurídicos, problemas logísticos de falta de recursos o aquellas otras que se centran en la problemática concreta de un determinado colectivo o que pretenden llamar la atención sobre algún aspecto concreto novedoso a introducir dentro de la nueva normativa.

Incluimos en este bloque: la del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, la del Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos[467], la de la profesora PILAR MUNUERA GÓMEZ, de la Facultad de Trabajo Social de la

---

artículo 13 CDPD. En la práctica, las bases de la facilitación en justicia se traducen en: ser una figura neutral; no son parte ni de la defensa, ni del Ministerio Público, están con las personas con discapacidad (cualquiera que sea su implicación en el proceso) para garantizar que su voz se escuche, no hablar por ellas; todas las personas tienen derecho de ser escuchadas porque, según Lerner, especialista del Centro de Derechos Humanos Bizchut, de Israel con más de veinte años de experiencia como facilitadora, "no hay persona que no sea capaz de dar su versión", el trabajo de la figura de Facilitador es propiciar las condiciones para que las personas con discapacidad puedan rendir su declaración. En relación con este tema, *Vid.* nota[498] *ut infra.* La Fundación Tutelar de les Comarques Gironines también alude al internamiento y a las intervenciones involuntarias, recalcando que éstas han de ser las menos o ninguna, indicando que ha de ponerse el peso de cualquier intervención involuntaria sobre las circunstancias y no sobre la condición de discapacidad de la persona.

[465] DE SALAS MURILLO plantea como reflexión que la reforma debería pronunciarse sobre si la persona puede negarse a recibir apoyos o le pueden ser impuestos por las autoridades; si teniéndolos puede prescindir de su contenido -u oponerse-, lo que tendría consecuencias distintas dependiendo de si se trata tan solo de un facilitador de apoyos o de un curador, de mantenerse esta figura como cauce de apoyo. En el primer caso, se debería entender que cabe prescindir del contenido del apoyo y adoptar otra actitud asumiendo el riesgo de equivocarse. Para la Fundación VEUS no hay duda, el apoyo ha de ser siempre voluntario y además gratuito. Para la Fundación Tutelar de les Comarques Gironines, "la reforma debe ofrecer a las personas con discapacidad mecanismos de apoyo totalmente basados en la voluntad. Así, solo podría instar su solicitud la propia persona o, de iniciarla otros, sólo se podría cursar si aquélla manifestase su voluntad de que así fuera. Este planteamiento choca con otras propuestas, especialmente con todas aquellas que consideran como figuras perfectamente encajables dentro del concepto de *apoyo* a la tutela o la curatela como, por ejemplo, plantea la Fundación Tutelar Kyros. El Anteproyecto de Ley presentado por la Sección Primera CGC no se pronuncia expresamente sobre esta cuestión sino que distingue entre medidas voluntarias y las medidas de origen legal o judicial, éstas últimas subsidiarias de aquellas.

[466] Por ejemplo, la presentada por el Dr. THOUS MIRANDA. *Vid.* nota[1151].

[467] Estas dos primeras referidas al mismo colectivo profesional se resumen en tres reivindicaciones: en primer lugar, el refuerzo de los equipos técnicos de psicólogos y trabajadores sociales para la consecución de mejores resoluciones judiciales apoyadas en los dictámenes de un equipo multidisciplinar; en segundo lugar, la dotación a los equipos interdisciplinares adscritos a los Institutos de Medicina Legal, Juzgados de Familia y Juzgados de Incapacidades de un marco jurídico que los regule en cuanto a su composición, funciones y responsabilidad; por último, plantean el análisis y la planificación de la dotación de personal y medios para garantizar el cumplimiento de la función de estos equipos.

Universidad Complutense de Madrid[468], la de la Associació Catalana per a la Integració del Cec (ACIC) [469], la Asociación Española de Neuropsiquiatría[470] o la de JUAN ENDARA ROSALES, investigador predoctoral[471].

En resumen, han sido muchas las sugerencias y propuestas presentadas en relación con la esperada reforma dirigida a la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico al artículo 12 CDPD. Prácticamente la totalidad coincide en hacer hincapié sobre la accesibilidad, especialmente referida al procedimiento y sobre la participación de la persona en las decisiones que afecten a su vida. La principal diferencia entre unas y otras reside en la admisión o no dentro del nuevo sistema de algún tipo de apoyo sustitutivo de

[468] MUNUERA centra los puntos de su propuesta en la integración de la figura de la mediación. Primero: como medida facilitadora del acceso a la justicia de las personas con discapacidad y salvaguardia del cumplimiento de acuerdos adoptados durante la tramitación de expedientes sancionadores tramitados en relación con el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad. Segundo: entre las funciones de la Oficina de Atención a la Discapacidad (OPADIS) y el Sistema Arbitral de Quejas y Reclamaciones en materia de Igualdad de Oportunidades, No discriminación y Accesibilidad por razón de Discapacidad del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad y otros organismos.

[469] La Associació Catalana per a la Integració del Cec (ACIC) interesa la reforma del Código Civil y de la Ley del Notariado sobre aspectos relacionados con su derecho a testar u otorgar otros documentos públicos. Consideran que el ordenamiento jurídico en vigor es discriminatorio con las personas ciegas y sordociegas al exigir la presencia de testigos a la hora de testar u otorgar documentos públicos cuando los testadores u otorgantes son personas de dichas características, alegando que no saben o no pueden leer. Presenta propuesta escrita de reforma, concretamente respecto del artículo 697 CC en el sentido, en primer lugar, de introducir la supresión de la obligación de asistencia de testigos idóneos en el acto de otorgamiento de testamento de personas ciegas por considerar que atenta contra su derecho a la intimidad y es innecesario teniendo en cuenta los medios técnicos existentes en la actualidad (Braille, síntesis de voz mediante lectores de pantalla, etc.) recayendo en el notario la obligación de facilitar la información precisa mediante la utilización de estos medios (art. 697-2º CC). Propone igualmente la modificación de los artículos 707, 708 y 709 CC para permitir la redacción y el otorgamiento de testamento cerrado a las personas sordas, ciegas o sordociegas. En relación a la Ley del Notariado reclama la incorporación de una Disposición Adicional duodécima a fin de imponer la obligación a las notarías de facilitar la información precisa para el otorgamiento de documentos o escrituras públicas a través de los medios y canales o formatos adecuados según la discapacidad de que se trate sin que sea precisa la presencia de testigos en tales actos. En el mismo sentido, se propone la modificación del artículo 180 del Reglamento del Notariado, eliminando la exigencia de la presencia de testigos en esos mismos casos. Ambas exigencias han sido acogidas en el Anteproyecto redactado por la Sección Primera de la CGC.

[470] Incorpora diversos aspectos introducidos por el paradigma basado en los derechos humanos (promoción de la autonomía, supresión de barreras y ajustes razonables...) pero mantiene también aspectos más vinculados al sistema tradicional como el concepto de interés superior, si bien entiende por "interés superior" con carácter general aquél que, en relación con sus circunstancias personales, le reporte mayor felicidad y calidad de vida según las propias manifestaciones de la persona dentro de los límites legalmente previstos. Así, toda persona con discapacidad deberá ser oída en relación a las acciones que le incumban, respetando su voluntad cuando haya podido manifestarla. En caso de conflicto de intereses legítimos concurrentes, primaría el interés superior de la persona con discapacidad sobre cualquier otro concurrente.

[471] Sorprendente y diferente a todas las demás, se presenta la aportación del investigador ENDARA ROSALES que plantea diferentes reflexiones acerca de cómo es entendida la discapacidad en la sociedad española y su estigmatización y, al amparo del nuevo paradigma introducido por la CDPD respecto al nuevo concepto de capacidad jurídica introducido por el artículo 12, se cuestiona si debería preverse un sistema de reparación que contemplase desde la gratuidad de los nuevos procesos para recuperar la capacidad que ha sido privada, hasta la indemnización por las consecuencias de actuaciones tomadas a tenor de tal privación. Y pone de ejemplo iniciativas similares en marcha en algunos estados de los EE.UU. por lo que respecta a la práctica eugenésica de la esterilización. En este sentido, desde nuestro punto de vista, no sería tan descabellado pensar en reclamaciones contra daños causados al amparo de los preceptos en vigor, basadas en la falta de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD, es decir, en aplicación de artículos vigentes en la actualidad pero en clara contradicción con lo previsto en la CDPD.

la voluntad, esto es, de la admisión de la tutela y de la curatela como figuras de apoyo acordes con la Convención.

3. EL ARTÍCULO 12 CDPD EN ESPAÑA. CUESTIONES PENDIENTES

3.1 ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

3.1.1. Introducción, situación actual y expectativas

Aunque en la actualidad el criterio mantenido por el Tribunal Supremo a raíz de la sentencia dictada el 29 de abril de 2009 a la que ya nos hemos referido, es el de que el sistema de protección establecido en el Código Civil es compatible con la CDPD[472], la práctica ha venido a demostrar que con el modelo vigente donde las sentencias de incapacitación o de modificación de la capacidad, en la denominación actual, deberían ser trajes a medida, el 95%[473] de ellas optaron por la modalidad de "incapacitación total" con designación de la figura más protectora y sustitutiva de la voluntad, la tutela, sin establecer una verdadera graduación[474].

Sobre este aspecto concreto y, dada la trascendencia que tiene y podrá tener de cara al futuro, conviene hacer un paréntesis con carácter previo a la disertación sobre las novedades introducidas en el Anteproyecto al que se refiere este epígrafe para detenernos un instante sobre esta realidad que acabamos de exponer, cuyos datos resultan realmente abrumadores y que casi con toda probabilidad sorprenderán a los más escépticos; los últimos estudios han evidenciado que una cosa es la teoría puesta de manifiesto a través de las diferentes reformas legislativas y doctrina jurisprudencial, y otra es lo que, de hecho, ha sido constatado: que el tan repetido "traje a medida" del sistema actual no es en realidad más que casi un único modelo estándar de "traje para todos".

Ejemplo de lo anterior es que, hoy en día ante la problemática de las personas que sufren algún tipo de demencia, por ejemplo, la solución más frecuente es plantear una demanda de incapacitación. En el año 2010 en el

[472] Siempre que se interprete en el sentido, en primer lugar, de que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección; y, en segundo lugar, que la incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias.

[473] Comité de Ética y Legislación, Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN), 2016, Sobre la reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad. En: https://amsmblog.files.wordpress.com, Disponible en: https://amsmblog.files.wordpress.com/2016/06/03-aen-reforma-legislaciocc81n.pdf. Ver también el Estudio de Campo sobre Capacidad y Cognición, CyC, 2012, incluido en la Memoria Final del Observatorio sobre Salud Cognitiva, Autonomía, Competencia y Derechos Humanos (OSBCAC) del año 2013. En: docplayer.es. Disponible en: https://docplayer.es/13346634-Memoria-final-obscac.html pp. 11-12

[474] Esta experiencia mantenida durante años nos hace temer que el carácter residual de la nueva figura de la curatela representativa introducida en el Anteproyecto que luego se comentará, podría igualmente terminar convirtiéndose en la norma.

Estado español fueron cerca de 24.000 de las cuales solo se desestimaron 170 y en la mayor parte de las mismas recayó sentencia de "incapacitación" total, según un completo estudio realizado por varias entidades[475]. Sus conclusiones y recomendaciones, elaboradas conjuntamente con un Comité de Expertos integrados por reconocidos profesionales en la materia[476] proporcionaron que el dato de mayor interés es el desconocimiento del motivo real que lleva a interponer demandas de incapacitación[477]; así como el desconocimiento de los agentes jurídicos y de la población en general, de las distintas formas de protección de nuestra legislación: poderes, guarda de hecho, etc, que evitaría numerosos procesos, a juicio de las investigadoras[478]. Llamaba también sumamente la atención la escasa aplicación de medidas cautelares previas[479] y de medidas cautelares coetáneas[480], teniendo en cuenta la vulnerabilidad del colectivo. Aunque la mayoría de las demandas fueron presentadas por el Ministerio Fiscal[481] solo en un bajo porcentaje se acompañaron de documentación social[482] y la práctica de prueba pericial o testifical fue prácticamente irrelevante[483].

Desde el punto de vista médico, lo destacable, fue que en las exploraciones judiciales, revisando cada uno de los apartados precisos para formar una mínima convicción (comprensión, movilidad, actividades básicas e instrumentales de la vida diaria, orientación temporal y espacial, capacidad de cálculo, de administrar, sociobiográfica, sociopolítica, etc.), prácticamente en todos, la afectación era inferior al 50%, lo que resulta sorpresivo, según el

[475] Así lo evidenció el Estudio de Campo sobre Capacidad y Cognición, CyC, realizado en el año 2012 y cuyos resultados fueron plasmados en la Memoria Final del Observatorio sobre Salud Cognitiva, Autonomía, Competecia y Derechos Humanos (OSBCAC), 2013):53-92. El proyecto fue coordinado por la Sra. ELVIRA MARTÍN FRÍAS bajo la coordinación jurídica de la Magistrada Dña. SILVIA VENTURA y la coordinación médica de la Dra. MERCÉ BOADA ROVIRA. Se trataba de un trabajo interdisciplinar cuyas aportaciones tenían como finalidad, entre otras, consolidar las fortalezas del procedimiento de *incapacitación* y poner de manifiesto las debilidades detectadas para darles la respuesta adecuada, mejorar el procedimiento judicial y diseñar los recursos asistenciales necesarios y específicos. Para ello, se proyectó analizar la cuestión desde dos ópticas diferentes pero, a la vez, convergentes: La primera, conociendo la intervención y el proceso jurídico llevado a cabo y, la segunda, valorando la documentación clínica en que se basan y se sustentan las decisiones que adoptan los profesionales. Inicialmente, la Magistrada coordinadora del trabajo jurídico seleccionó los juzgados que formarían parte del estudio atendiendo para ello a tres criterios: a) juzgados que representasen ámbitos territoriales diferentes a nivel socioeconómico y poblacional; b) juzgados especializados y no especializados y; c) juzgados en los que se aplicaría, de una forma relevante la CDPD en sus resoluciones. El trabajo se realizó sobre expedientes del año 2010 con el fin de poder evaluar asuntos resueltos en su mayoría (los datos se analizaron en 2012). Así, pudieron obtener información desde el inicio del procedimiento hasta la sentencia así como información relativa a los tutores también. Se examinaron un total de 517 expedientes tras realizar las correspondientes visitas a los juzgados seleccionados. De tales expedientes, 277 correspondían a procedimientos de "incapacitación" relativos a personas con demencias, objeto principal del estudio. El resto pertenecían a personas que presentaban otro tipo de patologías (psiquiátricas, discapacidad intelectual, etc). El proyecto fue participado por el Consejo General del Poder Judicial, la Sociedad Española de Neurología, el Colegi Oficial de Metges de Barcelona, la Fundació Catalunya La Pedrera y la Fundación ACE (es una entidad sin ánimo de lucro al servicio de las personas con enfermedad de Alzheimer u otras demencias, y de sus familias).

[476] Entre los que destacamos la presencia de los Fiscales CARLOS GANZENMÜLLER y FERNANDO SANTOS URBANEJA.

[477] Solo en el 1% de las demandas constaba el motivo de la misma.

[478] La información sobre disposiciones autotutelares está en un 1%, dato que confirma la calificación de "exigua" incidencia de esta figura por parte del CGPJ.

[479] Solo se produjo en un 5% de los casos.

[480] Únicamente en un 4% de los casos.

[481] El 39% del total.

[482] Solo un 39 % aportan dicha documental.

[483] Únicamente en un 20% de los casos se practican esas pruebas.

estudio, sobre todo si se interrelaciona con el porcentaje de sentencias de incapacitación total dictadas. El 95% de ellas[484], resultaron ser de "incapacitación total", exceptuando un juzgado analizado durante el estudio de campo, que fue el único que invocaba como fundamento jurídico de aquéllas, precisamente, la CDPD[485]. La gran mayoría de ellas[486] devinieron firmes al no haberse presentado recurso. Solo en un 6% de los expedientes –porcentaje centrado en un mismo juzgado- fue invocada la CDPD, siendo la legislación mayoritariamente alegada el CC, incluso donde existe legislación autonómica propia. En cuanto a la contestación a la demanda, ocurría lo mismo.

Pero, quizá lo más llamativo fue constatar que, en las sentencias dictadas, la legislación aplicada fue sólo en un 13 % el CC más la CDPD[487]. Esto explicaría la óptica de las sentencias dictadas al margen del principio de autonomía que preconiza la Convención. Lo que es lo mismo que destacar el mantenimiento del tradicional paradigma médico rehabilitador de la discapacidad que, en el ámbito jurídico se traduce en el sistema tradicional sustitutivo de la voluntad y en el paternalismo que inspira el principio de "mejor interés" de la persona totalmente alejado de su voluntad y, desde luego, de lo que preconiza la CDPD y su Comité.

Resulta evidente, a la luz de este estudio, el elevadísimo porcentaje de sentencias de "incapacitación" total que no se refleja en la realidad de los propios datos de los procedimientos pues, como hemos dicho, prácticamente en todos los casos analizados, la afección de la persona es inferior al 50% en cada uno de las áreas analizadas. Esta ingente supresión de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad, con la consecuente sustitución de su voluntad por parte del tutor, supone en muchos casos una lesión a sus derechos fundamentales.

Demoledores resultaron, ya por último, los datos desglosados por juzgados que evidenciaron que, de los cinco juzgados inicialmente analizados, tres habían dictado sentencias de incapacitación total en un porcentaje superior al 93%, uno de ellos llegando incluso al 100%. Respecto a los otros dos restantes, en uno el porcentaje disminuía hasta el 50% y, en el último de ellos, único en el que sus resoluciones se fundamentaban en la CDPD, el porcentaje de sentencias de "incapacitación" total bajaba estrepitosamente hasta el porcentaje del 15% sin que ello implicase, según el mismo estudio, una inferior protección, de lo que podría inferirse, dice, que de aplicarse el mismo criterio legislativo las "incapacitaciones" totales disminuirían asimismo en todos los órganos judiciales y aumentaría la autonomía de las personas con discapacidad sujetos del procedimiento puesto que, como se ha visto, en situaciones personales similares que se enjuiciaron, correspondientes a una

[484] Se dictaron sentencias en un 72% de los expedientes analizados.

[485] Al margen de este estudio, en la práctica existen también decisiones que, pese a invocar la CDPD y hacer un exhaustivo análisis del nuevo paradigma y de las razones para su implementación, han optado por dictar sentencias de "incapacitación total" con nombramiento de tutor al recaer todo el peso de la prueba del procedimiento en el preceptivo informe médico forense y en la situación médica de la persona, ya que el propio procedimiento actual en absoluto impulsa otro tipo de actividad probatoria que sirva para esclarecer la voluntad, deseos y preferencias, o la trayectoria vital de la persona. Un breve comentario de la aplicación en la jurisprudencia española de la CDPD, se puede encontrar en TORRES COSTAS & FÁBREGA RUÍZ, 2013:278-289

[486] El estudio indica que fueron el 81%.

[487] En las sentencias dictadas, la legislación aplicada era en un 37% de las mismas, el CC más la legislación autonómica; en un 34% solo el CC; y en un 16% no constan datos.

determinada franja de población con discapacidad, las valoraciones calificativas de dicha situación y la respuesta judicial fueron muy distintas y ello pese a que, recuerda, la CDPD forma parte de nuestro ordenamiento jurídico al haber sido ratificada por España[488].

En definitiva, los datos ha venido a demostrar no solo que, en la actualidad, la CDPD no se aplica, parece que por desconocimiento de los operadores jurídicos; sino que tampoco el sistema vigente, de obligada graduación de las sentencias de modificación de la capacidad, está funcionando[489]. Sin embargo, lejos del pesimismo inicial que los datos expuestos infunden, consideramos que el Anteproyecto cuya gestación y nacimiento ahora pasamos a comentar, permitirá una interpretación más optimista y acorde con el espíritu de la CDPD.

En el mes de marzo de 2018[490], dentro del plazo concedido a tal fin, la Comisión General de Codificación (CGC) remitió al Ministerio de Justicia su propuesta de reforma para la adaptación de la normativa en vigor a lo previsto en el artículo 12 de la CDPD.

El origen de esta propuesta, sometida a la consideración del Ministro de Justicia en forma de Anteproyecto, se remonta a un Pleno que la Comisión General de Codificación celebró el 5 de noviembre de 2015 en el cual el entonces Ministro de Justicia enumeró las cuestiones a desarrollar que resultaban prioritarias para cada una de las Secciones.

Por lo que respecta a la Sección Primera, la de lo Civil, la máxima prioridad se fijó en la elaboración de un Anteproyecto sobre la reforma de la legislación civil, especialmente el Código civil, para cumplir con la exigencia establecida en la disposición adicional séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Después del trabajo realizado durante las sesiones desarrolladas entre el 18 de noviembre de 2015 y el 13 de diciembre de 2017, el texto fue finalmente presentado a la consideración del Ministro de Justicia el 20 de febrero de 2018[491].

La Comisión redactó dos textos que implicaban, por una parte en un primer momento, la reforma del Código Civil, la ley del Registro Civil, la Ley

[488] El estudio también evidenció que la duración media del procedimiento era de 232 días, hecho calificado de lamentable por las propias investigadoras, teniendo en cuenta el perfil de personas afectadas por este tipo de asuntos judiciales.

[489] Lo cual justifica el escepticismo de muchos expertos y el propio de quien esto escribe, sobre el futuro alcance de la "excepcional curatela representativa" introducida por el Anteproyecto a la que más adelante nos referiremos.

[490] El Presidente de la Sección primera, de Derecho Civil, entregó el pasado 20 de marzo al Ministro de Justicia una propuesta de reforma del Código civil, de la Ley Hipotecaria y de la Ley del Registro Civil. El texto la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria que se incluye en el anteproyecto ha sido elaborado por la Sección de Derecho Procesal a lo largo de sus sesiones iniciadas a tal efecto el 21.6.2017 hasta el 18.4.2018. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Política Legislativa, 2018, Memoria del análisis de impacto normativo. Anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, En: mjusticia.gob.es Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900617?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF En diciembre de 2018, el nombre del Anteproyecto fue sustituido por el actual: Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica.

[491] Así lo expone TORRES GARCÍA, 2018:1-3.

Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, elaborada por la Sección Primera en la parte civil y por la Sección Quinta de la Comisión, en la parte procesal. Por otra parte, paralelamente, la Sección Quinta redactaba una segunda propuesta de Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales; aunque esta última finalmente fue retirada, se analizará también más adelante por su interés.

Parece que por primera vez nuestro legislador afronta la cuestión de la retrasada reforma de la capacidad jurídica[492] y de todo el sistema de tutela de nuestro ordenamiento jurídico estatal, a fin de adaptarla a la CDPD[493].

Se aborda, en cumplimiento de la Disposición Adicional séptima de la Ley 26/2011, la adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 CDPD, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todo los apectos de la vida estableciendo, entre otras muchas cuestiones, "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"[494].

La materia relativa a los ingresos involuntarios -que se mantienen de momento en la LEC- así como la novedosa referida a los tratamientos involuntarios junto con las medidas a adoptar, de ser preciso, para garantizarlos, se abordaría aparte y con carácter de ley orgánica, al afectar directamente a diferentes derechos fundamentales que precisan ese vehículo legal, tal como rezaba la propia denominación del anteproyecto finalmente retirado.

Las propuestas presentadas por la Comisión General de Codificación recogen algunas de las reivindicaciones de diferentes sectores de la sociedad civil. Pretenden armonizar nuestra legislación con las exigencias de la CDPD y, más concretamente, como expresamente anuncia la Exposición de Motivos del primero de los textos presentados bajo el título inicial de Anteproyecto de Ley por la que se reforma el Código civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil y la Ley de la Jurisdicción

[492] Años antes, el visionario SANTOS URBANEJA, 2009:6, afirmaba rotundo que la CDPD hacía un planteamiento "¡tan revolucionario!" que daba vértigo: "¡Terminar con la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar!" Explicaba entonces el Fiscal que en España (al igual que en casi todos los Estados parte, añadimos) trasladar esto a nuestro decimonónico Código Civil significaría tocar su estructura esencial, sus cimientos y podría introducir una dosis de inseguridad jurídica no asumible.

[493] No es, sin embargo, la primera propuesta de texto presentada con ese mismo fin pues ya anteriormente, otros habían formulado diferentes propuestas, como el Real Patronato de la Discapacidad. Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, 2012. Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En: notariosyregistradores.com Disponible en: https://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-PropuestaModificacionCCLEC.pdf

[494] Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Política Legislativa, 2018, Memoria del análisis de impacto normativo. Anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. En: mjusticia.gob.es Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900617?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF

Voluntaria en materia de Discapacidad[495], "dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica".

La Exposición de Motivos de este Anteproyecto indica que supondría la culminación de un proceso de adaptación normativa a la CDPD iniciado con la Ley 26/2011, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[496]. Finaliza el apartado I de dicha Exposición de Motivos haciendo mención al Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad[497].

La mención a la Observación General Primera presentada por el Comité en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2018 hacía prever que el articulado propuesto por la CGC tanto en este Anteproyecto como en el segundo referido a los internamientos y otros derechos fundamentales, se ajustaría rigurosamente a lo expuesto en las Observaciones del Comité y las Recomendaciones efectuadas en su día a España.

Así, podría pensarse que todo el sistema propuesto para la reforma estaría basado, tal como se propugna, en la voluntad, deseos y preferencias de la persona; prevería un sistema exclusivo de apoyos para averiguación y determinación de la voluntad, especialmente en los casos de las personas con necesidades o discapacidades más intensas; catapultaría los tradicionales

[495] Ministerio de Justicia, Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, 2018, Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. En: mjusticia.gob.es Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900403?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL__por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_e n_materia_de_discapacidad.PDF
A partir del mes de diciembre de 2018, el Anteproyecto pasó a denominarse Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica y, desde enero de 2019 se conoce bajo la rúbrica Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

[496] Y seguido posteriormente, según se cita también, por el Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal, la nueva Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, modificada posteriormente por la Ley 4/2017, de 24 de junio, en relación con el derecho a contraer matrimonio en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad, la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, a fin de garantizar la participación de las personas con discapacidad o, por último, la más reciente Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

[497] Así, con carácter previo, se expone que esta nueva regulación se inspira, al igual que nuestra Constitución exige en su artículo 10, en el respeto a la dignidad de la persona, la tutela de sus derechos fundamentales y el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, además de en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que pudiera necesitar aquélla para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Respecto a este último concepto, toma en consideración la Observación General del Comité efectuada en el año 2014, según la cual, la capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos, como la legitimación para ejercitarlos o, lo que es lo mismo, los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y la capacidad de obrar vigentes en nuestro ordenamiento jurídico hasta el día de la fecha.

sistemas de sustitución y/o representación; sustituiría el principio de interés superior por el de mejor interpretación de la voluntad y expulsaría de la nueva regulación conceptos como: tutela, curatela (en cuanto que ambos sustituyen o restringen la voluntad de la persona); términos como discapacitado/a o expresiones como "si tuviere suficiente juicio", por estigmatizantes; y derogaría procedimientos forzosos, como el internamiento o el tratamiento involuntarios, basados en el hecho de la discapacidad y cimentados sobre un informe médico[498].

Lo cierto es que la propuesta presentada por la CGC, recoge efectivamente algunos aspectos importantes introducidos por el nuevo paradigma de la CDPD, lo cual ha de considerarse ciertamente un avance respecto a la situación vigente todavía después de transcurridos más de diez años de su entrada en vigor.

Resulta evidente la preocupación porque la adaptación y armonización de nuestra legislación se lleve a cabo y, en ese sentido, es encomiable el esfuerzo respecto al cambio de terminología, lo cual es destacable especialmente en relación a la supresión de términos como: incapaz, incapacitación, procedimientos de incapacitación, modificación de la capacidad, etc., labor que se ha realizado a través de un minucioso barrido por los diferentes textos normativos cuya reforma se aborda.

Plausible resulta también el esfuerzo realizado más allá de los cambios terminológicos. Así, se presenta como absolutamente rompedor del sistema tradicional la propia desaparición de las figuras de la tutela y la patria potestad en sus variantes de prorrogada o rehabilitada en relación con las personas adultas con discapacidad, figuras que considera excesivamente rígidas y poco

[498] La mención a la Observación General Primera hacía prever que esta reforma, en línea con el espíritu de la CDPD, implementaría un sistema cuyo eje principal se sustentaría sobre la dignidad y la voluntad de la persona. Para ello, se incidiría en la búsqueda de dicha voluntad, dotando a las personas con discapacidad de los apoyos y a los operadores jurídicos de los recursos necesarios, por ejemplo mediante la incorporación e implementación de figuras como el asistente o el facilitador. La primera de ellas no es desconocida en España, al haber sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico estatal mediante la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, (BOE nº 299, de 15 de diciembre de 2006) cuya definición figura en su artículo 2; y existir también en el ordenamiento jurídico catalán, regulada en su código civil, o en el aragonés. La segunda de ellas, el facilitador, ha sido implantada en España escasamente en el marco de los servicios, programas o proyectos pilotos de alguna entidad como la Fundación Carmen Pardo-Valcárcel. Esta entidad la ha incorporado dentro de su Unidad de Atención a Víctimas con el fin de ayudar a personas con discapacidad intelectual que hayan sufrido abusos sexuales para que puedan contar su historia y unir luego su declaración al proceso judicial penal. Más información en: https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/fundacion-ayuda-personas-discapacidad-que-han-sufrido-abusos-sexuales-que-declaren-justicia_20160423572 36b364beb28d446ffcdfb.html. o en la web de la fundación: https://www.alapar.org/servicios-para-personas-con-di/formacion/campvs/. La figura del facilitador es más conocida y se utiliza con mucha más asiduidad en otros países como Israel o México con un resultado e implantación absolutamente satisfactorios. En Israel ha sido implantada e implementada bajo el paraguas de la Fundación Bizchut, que ha desarrollado con éxito un modelo propio prestado a través del Servicio de apoyo en la toma de decisiones para personas con discapacidad de la propia fundación. Para más información puede consultarse Bizchut The Israel Human Rights Center for People with Disabilities. 2017. Supported Decision-Making Service for Persons with Dissabilities. Service Model. En: http://bizchut.org.il/en/631 Disponible en: http://bizchut.org.il/he/wp-content/uploads/2017/06/Support-system-Model-Bizchut.pdf En México esta figura está siendo implementada por la asociación civil no lucrativa Documenta. Véase: http://documenta.org.mx/discapacidad-justicia/

adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de éstas, que ahora se propone[499].

Por otro lado, las continuas referencias a la voluntad, preferencias o deseos de las personas con discapacidad evidencian también el ánimo de incorporar el nuevo paradigma a nuestro ordenamiento jurídico interno. Por último, la supresión de ciertos artículos que limitaban algunos derechos, como por ejemplo, el derecho a testar de personas con discapacidad sensorial, y la imposición de la obligación a las notarías de que se doten de los medios técnicos precisos para que esas personas con discapacidad sensorial puedan ejercitar sus derechos en igualdad con los demás y sin imposición de requisitos extra, confirman el avance de nuestra legislación hacia el nuevo paradigma.

Sin embargo y, pese al loable esfuerzo destacado, la lectura íntegra de ambos textos normativos redactados inicialmente[500], no permiten afirmar, a nuestro juicio, que la reforma alcance al cien por cien el grado de adaptación a la CDPD en la versión pretendida o recomendada por el Comité, ni en sus observaciones y recomendaciones particulares al estado español ni en su Observación General Primera[501], opinión bastante alejada de la expuesta, por ejemplo, por el CGPJ que considera, sin embargo, que pudiera haberse llevado a cabo una reforma de menor calado que la propuesta[502].

Hemos de traer aquí a colación la opinión de CARRASCO PERERA [503], entre los que mas radicalmente mantienen que nada debería cambiar en el Código civil

---

[499] En este sentido el prelegislador recuerda en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de los progenitores que, en la mayor parte de los casos, morirán antes que él. A los anteriores argumentos, se añade el hecho de que, cuando los progenitores se hacen mayores, a veces la patria potestad prorrogada o rehabilitada puede suponer una carga demasiado grave para aquéllos. Muestra de esta manera la reforma, la clara voluntad de apartar de nuestro ordenamiento jurídico las tradicionales figuras de representación o sustitución de la voluntad con carácter general. Tutela y patria potestad permanecen dentro del ordenamiento pero referidas exclusivamente a menores de edad no emancipados.

[500] Especialmente y con mucha mayor contundencia si nos referimos al que afectaría a la nueva regulación de los ingresos y otros derechos fundamentales, finalmente retirado.

[501] En este sentido, conviene adelantar que el propio Comité Económico y Social en su Dictamen 5/2018, emitido sobre el Anteproyecto en octubre de 2018, alude expresamente a las observaciones y recomendaciones efectuados a España por el Comité y, en concordancia con estas, formula distintos comentarios sobre la reforma proyectada en el Anteproyecto que incitan, al menos, a replantearse ciertos aspectos plasmados en él. Comité Económico y Social. 2018. Dictamen 5/2018, Sesión ordinaria del pleno de 24 de octubre de 2018, sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Disponible en: http://www.ces.es/documents/10180/5598063/Dic052018.pdf. También la Fundación Derecho y Discapacidad, aún destacando el avance de este Anteproyecto en igual sentido que el aquí expresado, se muestra crítica con algunas de las propuestas de reforma que considera lejanas no solo a las observaciones y recomendaciones del Comité sino, en ciertos casos, al propio espíritu de la CDPD.

[502] El CGPJ se presenta mucho más conservador que los anteriores pues, siguiendo la tesis jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo y también el posicionamiento del Tribunal Constitucional, considera que, en realidad, nuestro ordenamiento jurídico vigente sería compatible con la CDPD y cuestiona, incluso, que principios rechazados de plano por el Comité deban ser expulsados del mismo, como por ejemplo, el principio de interés superior de la persona adulta con discapacidad. También autores como MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2019:268, opinan que eliminar toda referencia al interés superior de la persona con discapacidad, y limitar la guía del curador (representativo o no) a una voluntad o preferencias pretéritas, por hipótesis inexistentes, es claramente insuficiente".

[503] CARRASCO PERERA, 2018:1-5. Este autor opina que quien siga la jurisprudencia actual en materia de incapacidades se dará cuenta de que la medida preponderante es la curatela frente a la tutela que considera residual. Para esta autor no hay nada en el Anteproyecto que indique que la cosa deba ser de otra forma y que la curatela con funciones de representación vaya a ser más residual de lo que es hoy. Para este autor, la reforma proyectada no se sustenta en "auténticas" normas de Derecho Privado, porque

sobre la materia que nos ocupa. La crítica efectuada al Anteproyecto por este autor resulta ciertamente demoledora y demuestra una incomprensión absoluta del cambio de paradigma que significa la CDPD; considera que es el fruto de lo que, denomina "pensamiento único" que rige hoy en materia de discapacidad y que todos los que hablan hoy del tema "reman en la misma dirección", lo que como hemos visto en epígrafes anteriores, dista mucho de la realidad[504].

Para CARRASCO PERERA resulta obvio que una ley que no contemple la diferencia esencial que existe entre un ciego y un niño con síndrome de Down no puede acertar en el tratamiento de la discapacidad. Y es aquí donde, desde nuestro punto de vista, se equivoca de manera radical. El tratamiento de la discapacidad ha de ser acorde al paradigma impulsado por la CDPD, donde aquélla no se encuentra en la deficiencia del individuo, sino en la interactuación de ésta con las barreras externas cuando el resultado implica la imposibilidad de actuar en las mismas condiciones con los demás[505]. Reiteramos nuevamente que este paradigma no responde a esa "especie de pensamiento único" que con tanta vehemencia menciona el autor, sino que es fruto de una reivindicación unánime y contundente de todo el diverso colectivo de la discapacidad[506].

Como venimos señalando a lo largo de este trabajo, el punto de partida del Anteproyecto no es la representación individual que cada uno de los miembros de la CGC puedan hacerse de las personas con discapacidad[507], ni es ni debe ser así. El punto de partida es la CDPD que España firmó y ratificó sin oponer ningún tipo de reserva y, por enésima vez y, aun a riesgo de aburrir, repetimos que fue fruto de esas negociaciones en las que llegaron a participar más de setenta asociaciones pertenecientes a la sociedad civil en defensa y representación de los derechos e intereses de las personas con todo tipo de discapacidad. La CDPD obliga a los Estados partes a revisar su legislación para adaptarla a sus postulados cuando sea preciso y, particularmente, el

---

considera que las pretensiones normativas de asistencia y desarrollo autónomo no pueden ordinariamente configurarse como derechos intersubjetivos que puedan ponerse a cargo de otra persona y que estén dotados de remedios eficaces en el orden judicial. CARRASCO PERERA opina que lo más "radical" del Anteproyecto es lo que elimina sin sustituir, esto es, la "incapacitación".

[504] El autor entiende que existen una serie de derechos que podrían dejarse a la entera disposición del "discapacitado" -atención a la terminología- por no afectar a terceros o, más bien, por tratarse de derechos de carácter potestativos no externalizables en sus efectos, como por ejemplo, la declaración de opción de la nacionalidad española o la autorización para intervenciones por parte de terceros en el propio ámbito físico o psíquico, el derecho al voto, o el derecho a testar y considera que es justo que en aquellos actos de valor jurídico que sólo importan al "discapacitado", o que importan al "discapacitado" más que a nadie, no se pueden establecer restricciones fundadas en un escrutinio de la capacidad de obrar. Sin embargo, mantiene que el Anteproyecto incurre en un error de perspectiva en los negocios de carácter oneroso *inter vivos*.

[505] Recuérdese lo expuesto en el epígrafe anterior de este trabajo: I.8.1 El Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad.

[506] Por ello, no podemos admitir, como pretende este autor que el Anteproyecto esté pensado para "ciegos y usuarios de sillas de ruedas, pero no para esquizofrénicos, para quienes padecen serias lesiones cerebrales, para la enormidad de ancianos dementes o con Alzheimer que andan por el país".

[507] Desde luego, nos parece inadmisible, al margen del vocabulario o terminología en que se expresa, la afirmación gratuita de que "el autor o autores de este producto prenormativo no se han representado realmente ningún discapacitado en particular, y parten de un icono abstracto e ideológico, muy alejado de la realidad de unos padres que dedican su vida a un hijo oligofrénico o de una familia que sufre lo indecible por demencia profunda de la abuela".

artículo 4 CDPD le obliga, entre otras cosas, a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la CDPD.

Tampoco es cierto, como a continuación se irá detallando al desmenuzar la reforma proyectada, que el Anteproyecto no distinga niveles de realidad; así por ejemplo, el objetivo del artículo 248 proyectado, que el autor tacha de simpleza, responde precisamente a la heterogeneidad existente en dicha realidad, y por ello no enumera medidas concretas pues precisamente, para que la persona con discapacidad pueda desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad, aquéllas deben ser las que precisamente necesite y no otras.

Para este autor, el Anteproyecto genera una enorme inseguridad jurídica para quienes deseen contratar con las personas con discapacidad. Sin embargo, serán precisamente las medidas que se adopten las que servirán para que ello no ocurra[508]; y lo que no parece comprender el citado es que si en algún caso extremo hay que decidir entre la seguridad jurídica que favorece los intereses patrimoniales de un tercero, y el respeto a los derechos humanos de una persona con discapacidad, el juicio de ponderación ha de inclinarse por el mayor peso de estos segundos.

3.1.2. Estructura y contenidos generales

Este Anteproyecto, en la versión de abril de 2019 y tras varias modificaciones, consta, como se adelanta en la Exposición de Motivos, de siete artículos que modifican la Ley del Notariado, el Código Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Patrimonio Protegido, la Ley del Registro Civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Además, incluye una disposición adicional única, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales[509]. En total se reforman casi doscientos artículos del Código civil. Se trata no solo de la mayor reforma del Código Civil en cuanto a número de artículos modificados sino también, desde nuestro punto de vista, de una de las más importantes, equiparable a la llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo[510]. La adaptación proyectada no se ciñe a una mera modificación terminológica[511], sino que incorpora, o al menos así se pretende, todo el nuevo paradigma de la discapacidad[512] según lo ordenado por la CDPD.

---

[508] Prueba de ello es que, precisamente en materia de contratación, desde nuestro punto de vista, el Anteproyecto presenta una confusa redacción que, según como sea interpretado, podría limitar precisamente lo que no debe limitar, que es la capacidad de la persona para contratar sin las medidas asignadas, aspecto que retomaremos al analizar los artículos correspondientes. Sobre otra posible interpretación del artículo 1263 CC proyectado *vid.* nuestros comentarios *ut infra*.

[509] Las primeras redacciones del Anteproyecto constaban de cinco artículos, pues no se preveía la reforma de la Ley del Notariado ni la de la Ley de Patrimonio protegido. Tampoco constaba la Disposición Adicional Única, que se incorporó en enero de 2019.

[510] Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE Nº 119, de 19 de mayo de 1981.

[511] A pesar de que el Consejo de Estado parece minimizarla en su informe al decir: "El Anteproyecto opera la mayor reforma en el Código Civil en lo que al número de artículos afectados se refiere (cerca de doscientos). Sin embargo, la modificación, en cuanto al fondo, no implica la magnitud que su extensión sugiere". Informe del Consejo de Estado al Anteproyecto, 2019:33.

[512] Incorporación que ha sido igualmente aplaudida en el Informe del Consejo de Estado. Esta reforma podría haber sido abordada mediante cambios puntuales en algunos preceptos concretos, en especial del

En esta nueva regulación se reordenan varios de los Títulos del Libro I del Código Civil dando respuesta a una de las demandas más repetidas por diferentes grupos representativos de la sociedad civil[513]: la separación de la regulación de la minoría de edad y las instituciones relativas a menores, por una parte y la relativa a los nuevos procedimientos de provisión de apoyos para personas con discapacidad, por otra.

Así, el actual Título XI, denominado *De la mayor edad y de la emancipación* se redacta de nuevo bajo la rúbrica *De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad*[514], lo que obliga a la reubicación del tema de la minoría de edad, la mayoría de edad y la emancipación, de modo que el Título IX del mencionado Libro, titulado actualmente *De la incapacitación*, pasa a referirse a la tutela y la guarda de los menores, mientras que el Título X se dedicará a la mayoría de edad y la emancipación.

La nueva denominación del Título XI no responde únicamente a un mero cambio de nomenclatura, sino que pretende poner de relieve que el novedoso elemento sobre el que se sostiene la nueva regulación no es el de la "incapacitación" de quien pudiera no ser considerado suficientemente capaz, ni tampoco la "modificación de la capacidad" que, en palabras de la propia Exposición de Motivos acogiendo a su vez el paradigma de la CDPD, resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse.

La idea principal ahora es la de prestar apoyo a toda aquella persona que lo precise para que pueda ejercitar su capacidad jurídica. El apoyo podría abarcar diferentes formas o aspectos, como se menciona en la Observación General Primera del Comité[515] a la que se alude. Podría ser desde un simple

---

Código Civil, pero el Anteproyecto ha optado por una reforma más ambiciosa y de mayor calado, que supone un cambio radical de ordenación sistemática y numeración del articulado del Código y que implica un profundo cambio en nuestras instituciones civiles sobre la materia y materias conexas, con todas las modificaciones procesales que ello lleva aparejado, que supondrá un cambio radical de paradigma en la regulación de las instituciones de guarda y protección de personas con discapacidad, que este Consejo de Estado valora muy positivamente. *Ibidem*:31.

[513] Esta reivindicación fue planteada, entre otras, en las propuestas presentadas durante la fase de consulta pública por PEREÑA VICENTE Y PALLARÉS NEILA.

[514] Denominación que va en la línea de la corriente de opinión que se venía gestando entre un amplio sector de entidades representativas de las personas con discapacidad, que entendía que el proceso de incapacitación judicial debía ser sustituido por uno de apoyos a la toma libre de decisiones. *Vid.* DE SALAS MURILLO, 2013:13.

[515] *"Apoyo" es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad, por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas—, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias. Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás.* NACIONES UNIDAS. 2014. CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general Nº 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement

acompañamiento, ayudas o medios técnicos para facilitar la comunicación o comprensión o, añade la Exposición de Motivos, la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad.

Respecto a esto último, conviene hacer desde este momento inicial alguna aclaración. La toma delegada de decisiones mencionada puede ser, efectivamente, uno de los apoyos a que alude el órgano de interpretación de la Convención. Ello implicaría que la persona con discapacidad hubiera elegido previamente a aquella otra a la que facultaría para que tomase ciertas decisiones en su nombre pero, como el propio Comité aclara en su Observación, es únicamente la persona con discapacidad quien decide voluntariamente delegar esas concretas tomas de decisiones y nunca un tercero en su lugar a fin de que otra persona le sustituya tomando decisiones que no responden ni a su voluntad -siquiera delegada-, ni a sus gustos, deseos o preferencias[516].

La Exposición de Motivos del Anteproyecto contempla que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones. Es decir, mantiene, siquiera con carácter excepcional, un espacio para la adopción de medidas sustitutivas de la voluntad lo cual aparentemente podría resultar contrario precisamente a lo observado por el Comité. Sin embargo, como se verá al ir analizando este Anteproyecto más en detalle y, como adelanta la propia Exposición de Motivos, la nueva reforma no busca la sustitución en la toma de decisiones sino, en estos casos extremos, tan solo la representación que, por ende, deberá estar siempre apoyada en la voluntad de la persona o en la mejor interpretación de ella, como veremos.

Esta cuestión ciertamente compleja de resolver en aquellos casos de necesidades más intensas (estamos pensando principalmente en personas que se encuentran en estado vegetativo o que se encuentran absolutamente imposibilitadas de manifestar su voluntad de modo comprensible para los demás) fue, como hemos visto al principio de este trabajo, polémica desde el inicio de la propia negociación de la CDPD, pues ciertos sectores, incluso representativos del colectivo de personas con discapacidad, se mostraban partidarios de mantener los regímenes sustitutivos de la voluntad[517]; en estos casos se contemplaban como medidas de protección frente a otros que se oponían radicalmente a su mantenimiento incluso con carácter excepcional[518],

---

p. 5

[516] El Comité aclara en esta misma Observación que el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas. Por ello, no ha de confundirse el apoyo en forma de toma de decisiones delegada con toma de decisiones sustitutiva de la voluntad.

[517] En España hemos visto, por ejemplo, la postura de FUTUPEMA en la propuesta presentada en período de consulta pública, en este mismo sentido. *Vid ut supra.* A nivel internacional, también hemos visto que *Action for Mental Ilness India* también abogaba por el mantenimiento del sistema de toma de decisiones por sustitución y tutela por considerarlo más apropiado para la defensa de los derechos de las personas más vulnerables como puso de manifiesto durante el octavo periodo de sesiones del Comité Especial para la negociación de la CDPD.

[518] Radicalmente opuestos a cualquier tipo de limitación de la capacidad hemos mencionado anteriormente las propuestas presentadas igualmente en periodo de consulta pública, del Instituto Bartolomé de las Casas; la Fundación Tutelar Comarques Gironines; la Federación Catalana de Entidades de Salud Mental en 1ª Persona (Federación VEUS). Acogiendo la tesis del Comité, la Confederación Salud España, el Real Patronato de la Discapacidad o el Comité de ética en intervención social de Bizkaia, coinciden al afirmar que el sistema actual anula la capacidad de la persona y ha sido motivo justificado a lo largo de generaciones de segregación y discriminación hacia las personas con

por entender que dentro de este grupo reducido podrían ir incluyéndose cada vez más personas con discapacidad generalizando a no mucho tardar una medida que debiera, en todo caso, aplicarse con carácter absolutamente excepcional[519].

Pues bien, el Comité resuelve esta cuestión en la propia Observación General Primera indicando que, en aquellos casos en los que pese a haberse hecho un esfuerzo considerable no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias. Esto sí respetaría los deseos, la voluntad y las preferencias de la persona en consonancia con lo ordenado por el artículo 12-4 CDPD[520]. Es decir: la protección o el apoyo no se han de ejercitar de un modo objetivo –«en interés de las personas con discapacidad» –sino de un modo subjetivo– «atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona», en palabras precisamente del Presidente de la CGC[521].

Para que la reforma que se propone por la CGC se adecúe al espíritu de la CDPD, habrá de analizarse si ese sistema excepcional planteado en este Anteproyecto se ajusta a lo recomendado por el Comité. Para ello, habrá que estudiar si la nueva regulación obligaría, en primer lugar, a realizar un esfuerzo previo de comprensión de la voluntad de la persona con discapacidad, facilitándole todos los medios necesarios para que ella misma pudiese emitirla. Solo en caso de que de ninguna manera esto fuese posible, en segundo lugar, ordenaría realizar al eventual representante la tarea de mejor interpretación de la voluntad[522] de su representado en la toma de decisiones que le afectasen. De

---

discapacidad. En este mismo sentido, durante las discusiones habidas en el tercer periodo de sesiones de negociación de la CDPD *Disabled Peoples International* declaró que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a tomar decisiones con apoyo ha resultado en la institucionalización, esterilización forzada e infinidad de infracciones a los derechos humanos de las personas con discapacidad en todo el mundo. NACIONES UNIDAS, 2004, *Daily summary of discussions related to Article 9 Equal Recognition as a person before the law,* UN Convention on the Rights of People with Disabilities. Third session of the Ad Hoc Committee - Daily Summary, Volume 4, #3, May 26, 2004, Morning Session. En: un.org. Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3sum9.htm

[519] *Vid.* Notas anteriores[169], [170], [201] y [202].

[520] Para el Comité, el principio del "interés superior" no es una salvaguardia que cumpla con dicho precepto en relación con los adultos y por ello ha de ser reemplazado por el de su "voluntad y preferencias" para que la persona pueda ejercitar su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

[521] PAU, 2018:5-28 con cita a GARCIA RUBIO, 2017:173 y ss. Sin embargo, en España, el propio CGPJ en el informe consultivo emitido en relación con este Anteproyecto ha cuestionado la elusión del concepto de "superior interés" de la persona con discapacidad, advirtiendo que con su desaparición plena no se podrá garantizar completamente el derecho de tutela judicial efectiva al quedar fuera del control judicial todos aquellos aspectos incluidos en el sistema de autorregulación escogido por la persona. Consejo General del Poder Judicial, 2018. Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad. En: poderjudicial.es. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad p. 98.

[522] Cuando no sea posible conocer la voluntad actual de la persona habrá que apoyarse en lo que dijo o hizo. Y en los casos en que deba procederse a sustituir su voluntad ha de reconstruirse "lo que hubiera hecho" la persona en el supuesto que se plantea y actuar conforme a la guía que "más se ajuste" a sus manifestaciones de voluntad -de palabra o de obra- realizadas en situaciones similares o en ocasiones conexas. Se trata, por tanto, de "inducir" cual hubiera sido la voluntad de la persona para el supuesto concreto de que se trate si hubiese tenido capacidad para decidir. En otras palabras, cuando hay que sustituir la voluntad, ha de efectuarse la "mejor interpretación de su voluntad y preferencias" posible74 . Lo que ordinariamente será fruto de un "delicado trabajo de reconstrucción hermenéutica". LEGEREN MOLINA, 2019:192-193.

no ser así, la reforma no se ajustaría verdaderamente a la CDPD sino que perpetuaría el sistema que ésta proscribe [523].

La Exposición de Motivos parece ir en la línea apuntada por el Comité. Así, pues aboga no solo por un cambio de nomenclatura sino por un verdadero y revolucionario cambio social y de mentalidad que entienda definitivamente la discapacidad como una cuestión de derechos humanos haciendo una especial llamada a los operadores jurídicos: jueces, notarios, abogados, etc., para que en la ejecución de sus funciones atiendan a estos nuevos principios dejando atrás las viejas, caducas y superadas visiones paternalistas de la discapacidad.

Por y para ello, cobran un nuevo protagonismo dentro de este innovador sistema de apoyos todas las medidas preventivas que sirvan para definir, conocer y reconocer la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad (poderes preventivos, autocuratela, etc.), a las que la Exposición de Motivos otorga absoluta preferencia[524]. En este sentido, es absolutamente importante resaltar ya desde este momento, que el nuevo procedimiento judicial de provisión de apoyos se presenta como subsidiario, con el fin de que solo pueda acudirse a él cuando no existan medidas de apoyo previstas voluntaria y convencionalmente por la persona con discapacidad o, de existir, se consideren insuficientes y también lo sean los apoyos fácticos.

La Exposición de Motivos deja entrever que además de este tipo de apoyos configurados o elaborados por la propia persona con discapacidad, se contempla la posibilidad de que existan otros que se adopten, no por la propia persona beneficiada, sino externamente, aunque sea con carácter subsidiario. Esto nos incita a plantear desde el inicio la cuestión relativa a la voluntariedad en el uso o disposición del apoyo. Esto es, si el apoyo puede serle impuesto o, por el contrario, como el Comité expone en su Observación General Primera[525], la persona tendrá "derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento"[526]. En este punto

---

[523] Esta misma, parece ser la filosofía subyacente en las aportaciones efectuadas al Anteproyecto por la Fundación Derecho y Discapacidad. Aportaciones de la Fundación Derecho y Discapacidad al anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, 2018. En: www.fderechoydiscapacidad.es Disponible en: http://www.fderechoydiscapacidad.es/2018/10/10/aportaciones-de-la-fundacion-derecho-y-discapacidad-al-anteproyecto-de-ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad/

[524] *Vid.* También GARCÍA RUBIO, 2018-II.

[525] *b) Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo.*
g) La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento. NACIONES UNIDAS, 2014, CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general Nº 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement, pág. 8

[526] Reivindicación planteada también por algunas entidades o asociaciones de personas con discapacidad como la Fundación VEUS o la Fundación Tutelar de les Comarques Gironines, como ya vimos anteriormente; derecho que también venía siendo reclamado, entre otras, por Inclusion International que explicaba que "Algunas personas con discapacidades pueden sentir que no necesitan la ayuda de otros en la toma de decisiones, y no quieren una red de apoyo en la toma de decisiones reconocida. Es imprescindible respetar el derecho de las personas a ejercer su capacidad jurídica individual – es decir, sin la ayuda reconocida formalmente de los demás. Una red de apoyo en la toma de decisiones no debe ser forzada a nadie. Esto violaría el principio básico del respeto a la autonomía que en el que se basa derecho a la capacidad jurídica". *Independiente pero no solo. Informe Mundial sobre el Derecho a*

tenemos que mostrar desde ya nuestras dudas respecto de que, de aprobarse el Anteproyecto presentado por la CGC, podría imponer indirectamente en algunos casos, ciertos apoyos, los que se regulen en la nueva legislación, a las personas con discapacidad que los precisen incluso aunque ni ellas los hubieran solicitado ni tampoco aceptado.

Esta conclusión parece deducirse de la propia legitimación activa para la promoción del procedimiento de provisión de apoyos proyectada, que se extiende, además de a la propia persona interesada, a otras legitimadas como: su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, sus descendientes, ascendientes o hermanos, quienes "podrán" promover el procedimiento de provisión de apoyos, pero también, al Ministerio Fiscal quién "deberá" promoverlo (artículo 757 LEC), si las anteriores personas no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, pero también en aquellos supuestos en los que, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de curador, y sea previsible la inexistencia de oposición por las circunstancias concurrentes en la persona afectada[527].

Aunque se irá ahondando en este tema a medida que se comente la propuesta de reforma, anticipamos que no se ha previsto de forma expresa la posibilidad de rechazo o renuncia al apoyo aunque sí, en algún caso, las consecuencias de ello. Así lo han evidenciado, entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, al afirmar que la existencia de una limitación formal general de la capacidad de obrar no es imprescindible, puesto que, en su opinión, "puede ser suficiente establecer una limitación refleja, ligada a los actos para los que el Juez considere necesaria la asistencia o representación en la toma de decisiones"[528]. RIBOT IGUALADA[529], por su parte, afirma que, si bien puede reconocérsele a la persona con discapacidad aptitud suficiente para solicitar las medidas de apoyo que precise, de ahí no se sigue que, necesitándolas, pueda rechazarlas. Es más, este autor, coincidiendo con MARTÍNEZ DE AGUIRRE afirma que el Anteproyecto presentado se ha inclinado por la técnica de limitar la capacidad de obrar de la persona no de un modo autónomo o directo, sino como un "efecto reflejo" de la entrada en vigor de alguna medida de apoyo de las previstas por la ley. Por ejemplo, como luego reiteraremos, se prevé la eventual ineficacia de los actos para los que la persona precise asistencia llevados a cabo sin utilizar las medidas de apoyo correspondientes, aplicándose entonces consecuencias muy parejas a las que actualmente se derivan de los actos jurídicos llevados a cabo por personas tuteladas en el ámbito de representación legal del tutor, o de los realizados por las curateladas sin la asistencia de la curadora[530]. No es esta, sin embargo, la opinión de la

Decidir. INCLUSION INTERNATIONAL, 2014:140-141.

[527] Con todo, de la lectura del Anteproyecto se evidencia el carácter subsidiario de segundo grado de las medidas judiciales. Se reitera una y otra vez que, siguiendo el espíritu de la CDPD, ha de primar por encima de todo la voluntad de la persona, de manera tal que sólo así, esto es, contando con el consentimiento de ésta, se podrían asignar las medidas de apoyo interesadas prefiriendo además la guarda de hecho suficiente, sobre cualquier otra. Sin embargo, nuestro punto de vista difiere de que, en la práctica, esto vaya a ser realmente así.

[528] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, 2014:142.

[529] RIBOT IGUALADA, 2019:234.

[530] De forma igualmente contundente se expresa la Fundación Derecho y Discapacidad que, abierta y expresamente considera que la directriz señalada con el número 29 de la Observación General Primera en el sentido de que la persona ha de tener derecho a rechazar el apoyo, modificar o incluso dar por

Vocal permanente de la Sección 1ª de la CGC, GARCÍA RUBIO, quien defiende contundentemente la primacía de la voluntad de la persona, incluyendo en esta, la facultad de rechazar los apoyos y el derecho a equivocarse de las personas con discapacidad[531].

Volvemos a indicar que, ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de apoyos voluntarias o fácticas en el nuevo Anteproyecto, se mantiene la curatela que pasa a ser la medida de apoyo judicial principal[532] con una regulación detenida y detallada, si bien, con un concepto totalmente nuevo y distinto del tradicional que la venía entendiendo como un complemento de la capacidad de obrar en nuestro sistema jurídico interno[533]. Aunque se trata de una curatela nueva y distinta de la vigente, cabe plantear la oportunidad de conservar una denominación tradicional que puede llevar a algunos a pensar que la figura es la misma y que en realidad nada cambia con la reforma.

Como luego se analizará, la nueva curatela se plantea como una figura de carácter estable para aquellas personas que requieran de un apoyo de forma continuada. Aunque se presenta, en esencia con un contenido básicamente asistencial, lo cierto es que la reforma introduce un concepto de curatela representativa que recuerda por momentos a la tradicional y ahora extinguida figura de la tutela, especialmente al admitir, aún excepcionalmente, la ya mencionada, "curatela con carácter general y con facultades de representación ante casos especialmente graves de discapacidad". Sin embargo, hay un matiz ciertamente importante y que impregna toda la reforma y deberá ser tenido en cuenta a la hora de ejercitar esta curatela con facultades de representación.

---

finalizada la relación de apoyo en cualquier momento, no se cumple en la regulación proyectada ya que, tajantemente afirma, puede imponerse el apoyo por resolución judicial en contra de su voluntad. Aportaciones de la Fundación Derecho y Discapacidad al anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Fundación Derecho y Discapacidad, 2018:2.

[531] GARCÍA RUBIO, 2018-II:32-33.

[532] Según PAU, 2018:13, entre los criterios más concretos sobre los que se asienta la regulación proyectada del Código Civil, dentro del marco de los principios marcados por la CDPD, se encuentra la prestación de las medidas de apoyo establecidas judicialmente a través una sola institución jurídica, la curatela, que por su propia naturaleza es graduable, flexible y adaptable a cada caso concreto.

[533] SANCHO GARGALLO, 2000:229, establece que la curatela es un complemento de la incapacidad del incapacitado para realizar actos de disposicion. Es decir, la limita al ámbito patrimonial. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2011:69, indica que el proceso de incapacitación dará lugar, por tanto, a la constitución de la tutela cuando queda acreditada una limitación funcional de la persona para regir su capacidad y administrar sus bienes, y a la constitución de la curatela en relación con aquellas personas que, en atención a su grado de discernimiento, requieren un complemento de su capacidad en el marco patrimonial. DE SALAS MURILLO, 2013:17, la distingue de la tutela recordando que la curatela se instrumenta para completar la capacidad de obrar del sometido a ella, sin comprender su representación y, ordinariamente, tampoco la guarda ni la administración. NÚÑEZ ZORRILLA, subraya que "el curador no susbstituye la voluntad del incapacitado, sino sólo la complementa" 2014:34, En este sentido, RODRÍGUEZ ESCUDERO, 2016:294-295 recuerda que la nota distintiva tradicionalmente entre las figuras de tutela y curatela es que en la primera de ellas el tutor ha de proceder a "suplir" la voluntad de la persona declarada incapaz, en atención a que la Ley le niega capacidad para declararla; en cambio, cuando se trate de curatela, se reconoce a la persona afectada la capacidad indispensable para manifestar su propia voluntad, pero exigiendo para su validez, además, que vaya acompañada por la del curador nombrado al efecto, de manera que éste, bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, venga a "complementar" la voluntad de la persona declarada incapaz, pero sin sustituirla y se hace eco de la polémica doctrinal surgida en los últimos años acerca del contenido de la curatela entre la doctrina, dentro de la cual, algunos autores como niegan de forma absoluta que el curador pueda ser, siquiera esporádicamente, representante legal del incapaz, o administrador de su patrimonio, limitándose a complementar la capacidad del sujeto a curatela; y otros autores, como GONZÁLEZ, 2004:190, consideran que sí sería conveniente que en ocasiones el curador asuma la representación legal del incapaz, si así la curatela cumple mejor el fin de proteger a la persona sometida a la misma.

Este matiz será clave para entender la enorme diferencia que habrá de separar la nueva figura de la curatela no solo respecto a la tradicional sino también respecto a la todavía vigente figura de la tutela. Se trata de que, de acuerdo al nuevo paradigma incorporado al Anteproyecto, la curadora, tenga o no facultades de representación, no "sustituye", como hemos dicho, la voluntad de la persona, sino que habrá de actuar conforme a ésta, es decir, sí "representa" la voluntad de aquella, realizando la mejor interpretación posible de su voluntad, deseos y preferencias en los casos más extremos, pero no podrá adoptar decisiones "por" ella. Por tanto, no estaríamos ante el tradicional sistema de sustitución, sino que se incorporaría un sistema de apoyos para el cual se admitiría en situaciones solo excepcionales la representación acorde a la voluntad, deseos y preferencias de la representada.

El nuevo paradigma obliga a que, incluso desde el punto de vista del procedimiento, se produzcan importantes variaciones. Así, el novedoso sistema de provisión de apoyos deberá servir al único objetivo de determinar y fijar solo aquellos que la persona precise para el ejercicio del acto o actos concretos que pretende realizar garantizándose de este modo la plena igualdad con los demás en su actuación. Por ello, el Anteproyecto prohíbe que la sentencia prive a la persona de cualquier otro derecho[534], sea éste de carácter personal, patrimonial o político[535].

En la redacción del Anteproyecto de modificación de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, participaron, como se ha indicado, la Sección Primera (Civil) y la Sección Quinta (Procesal) de la CGC. Ha sido esta última la encargada de redactar la propuesta de reforma relativa a las leyes reguladoras del procedimiento, principalmente la LEC y la LJV. La tarea que debía abordar esta Sección no era sencilla, pues suponía el difícil reto de sustituir los vetustos procedimientos de "incapacitación" o "modificación de la capacidad" por los no solo nuevos sino novedosos y pioneros de "provisión de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica" propugnados por la CDPD y tantas veces reclamados por su Comité. Para cumplir con los fines enmarcados en la

[534] En línea con la obligación impuesta a los Estados Parte, según la Observación General Primera del Comité que prevé en su apartado *f) El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio, o a establecer una unión civil, y a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad.* NACIONES UNIDAS, 2014, CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general Nº 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement, pág. 8

[535] Sin embargo, al estudiar el Anteproyecto relativo a la materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales, se concluye que, en la práctica, de haber continuado su tramitación, podría haberse defendido jurídicamente la privación de alguno de esos derechos acordada en sentencia judicial dictada en un procedimiento de provisión de apoyos. El Artículo 763-º LEC, según la retirada propuesta de Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales decía: *En los casos de internamiento de una persona sometida a curatela, tampoco será necesaria la autorización judicial cuando quien lo solicite sea su curador y dicha medida esté prevista en la resolución que puso fin al proceso de provisión de medidas de apoyo, salvo que los facultativos se opusieren a dicho internamiento.* En todo caso, la aplicación e interpretación de lo previsto ahora en el apartado 1º del proyectado artículo 285 dirá si, por esta vía, pudiera llegar a producirse ese mismo efecto pues no ha de olvidarse el carácter de ley ordinaria con que se tramita el presente.

CDPD, no bastaba con una mera modificación terminológica, sino que la Sección Quinta tenía la difícil tarea de garantizar que tales procedimientos serían totalmente accesibles a las personas con discapacidad. La reforma debía, desde nuestro punto de vista, poner especial énfasis en la regulación de los ajustes de procedimiento para garantizar la plena participación en condiciones de igualdad de la parte interviniente con discapacidad que los precisase: ajustes en los tiempos del procedimiento; ajustes ambientales como retirada de símbolos especialmente formales (togas, estrados, etc); intervención de expertos facilitadores; uso de pictogramas o sistemas alternativos de comunicación, etc.; pero debía incluir también el sistema de "mesa redonda[536]" anunciado en la Exposición de Motivos del propio Anteproyecto; hacer hincapié en los medios técnicos y humanos precisos para facilitar la comunicación con la parte interviniente con discapacidad, adaptando el sistema de notificaciones con ésta e incluyendo la posibilidad de emisión de las resoluciones judiciales y demás diligencias procesales en lenguaje de lectura fácil, si fuera preciso; debería aprovecharse la oportunidad para incluir mecanismos que incidieran en la averiguación real de la voluntad de la persona interviniente, etc.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, muy poco se ha avanzado en este sentido por parte de la Sección Quinta de la CGC. Prueba de ello es que la reforma procesal presentada ha sido reiteradamente criticada hasta la fecha por considerarla no adecuada al espíritu de la CDPD, no acorde con la reforma de carácter sustantivo presentada en el mismo Anteproyecto y, por entenderla como un mero trasunto en muchos de sus preceptos, del vigente procedimiento de modificación de la capacidad si bien con un mero cambio de terminología[537] tampoco adecuado por las razones que, a lo largo de este trabajo, se irán exponiendo. El desacuerdo con las primeras versiones del Anteproyecto ha sido de tal magnitud que ha habido quien directamente ha interesado su íntegra modificación, como iremos viendo más adelante. Por todo ello, los sucesivos trabajos de la Sección Quinta de la CGC han tenido en cuenta muchas de las críticas planteadas y han modificado la redacción inicial de algunos artículos propuesta, con el fin de adecuarse al espíritu propugnado en la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto y, por ende, en la CDPD.

Volviendo al Anteproyecto de reforma del Código Civil y demás leyes complementarias, es necesario señalar que la modificación del actual concepto de discapacidad afecta no solo a la parte de Derecho de la Persona del Código

[536] En cierto modo, este sistema de "mesa redonda" venía siendo ya reclamado por algunos operadores jurídicos especializados en la materia. Así, el Fiscal FÁBREGA RUÍZ, 2000:31, indicaba hace ya casi veinte años que, dada la importancia y trascendencia dela misión protectora del Ministerio Fiscal, debería buscarse la especial dotación de medios, órganos auxiliares técnicos- asistentes sociales, médicos, etc- para el cumplimiento de dicha misión, al tiempo que reconocía que no siempre era así. En este sentido la Magistrada ELÓSEGUI SOTOS, 2010:25, consideraba imprescindible encontrar mecanismos de colaboración entre Instituciones, Fiscalía, red social y asistencial, Fundaciones tutelares, servicios de salud, que actuasen coordinadamente ante la existencia de un posible discapaz al que la declaración de incapacidad –con la nueva reforma sería la designación de medidas de apoyo- pudiera beneficiar y manifestaba que así intentaban hacerlo en su partido judicial.

[537] Como ya habíamos mencionado, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia ya obligaba mediante su disposición adicional octava obliga a que las referencias que en los textos normativos se efectuen a "minusválidos" y a "personas con minusvalía" se entiendan realizadas a "personas con discapacidad", y a la propia terminología adoptada por la CDPD con la que se ha de armonizar.

Civil sino también a un enorme elenco de normas dentro del mismo texto legal que pertenecen a todas las partes del mismo; así en materia de familia, sucesiones, contratos y responsabilidad civil. Además, otras leyes sustancialmente afectadas por la reforma serán la Ley del Registro Civil o la Ley del Notariado y, por supuesto, la Ley de Jurisdicción Voluntaria además del Código Penal en aquellos preceptos reguladores de la responsabilidad civil derivada de delitos.

A continuación analizaremos someramente los puntos principales de estas reformas.

3.1.2.1. Reforma de la Ley del Notariado

Las primeras redacciones del Anteproyecto, no incluían la reforma relativa a esta Ley del Notariado[538]. Posteriormente sí se añadió para introducir modificaciones de carácter eminentemente terminológico, como así se indica en la propia Exposición de Motivos. La reforma proyectada afectaría a los artículos 23-a); 54-1; 56-1; 57-3; 62-3; 70-1-c) y 81-2-a).

En el 23-a) se suprime la exigencia de que las personas posean "capacidad civil" y en su lugar se añade la exigencia de la mayoría de edad sin más limitación.

En el 54-1, se sustituye la expresión "hijos mayores con la capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos" por la de hijos mayores "respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores". Al igual que ocurre con lo que posteriormente comentaremos respecto a lo previsto en la reforma de los artículos 81 CC y 82 CC, la adaptación terminológica del proyectado artículo 54 que se acaba de transcribir no viene acompañada de una real adaptación al espíritu de la CDPD, al equiparar a los hijos menores con lo hijos que sean las personas adultas con discapacidad provistos de apoyos por parte de los cónyuges que pretenden separarse, para impedir la separación notarial cuando estos existieren, dejando otro resquicio al viejo paternalismo del sistema tradicional. Sin embargo, como repetiremos también en el caso de separación judicial, debemos resaltar que, en estos casos, los prestadores de los apoyos al hijo mayor con discapacidad son ambos progenitores, por lo que su separación notarial incidiría inevitablemente sobre el hijo que los precisa. Quizá por eso, y como salvaguardia, el prelegislador ha preferido que sea la autoridad judicial quien intervenga en estos casos donde las medidas de apoyo judicialmente acordadas podrían verse modificadas o, incluso revocadas sin conocimiento de la autoridad judicial. Cosa distinta sería el caso donde las medidas de apoyo hubieran sido acordadas voluntariamente. En este caso, debería entenderse que sí tendría cabida la separación notarial.[539]

En los artículos 56-1, 57-3 y 62-3, se sustituye igualmente la expresión "persona con capacidad modificada judicialmente" por "persona con discapacidad sin apoyo suficiente"[540]. En estos tres supuestos, se prevé la

[538] Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, Gaceta de Madrid nº 149, de 29 de mayo de 1862.
[539] Nada se dice respecto a la existencia de medidas de apoyo del hijo adulto con discapacidad de carácter voluntario, por lo que entendemos que este supuesto quedaría fuera del precepto.
[540] En el artículo 62-3 proyectado se observa un error omisivo al olvidar anteponer la expresión "persona con" a la palabra "discapacidad".

comunicación de esta circunstancia por parte del Notario al Fiscal con la finalidad de que éste inste el nombramiento de un "defensor judicial". Desde nuestro punto de vista, debiera preverse que el Ministerio Fiscal instase la adopción de la medida de apoyo que fuese necesaria, si es que lo fuese, atendiendo al caso concreto y no ceñirla, como propone el Anteproyecto, al nombramiento del defensor judicial aunque *a priori* y, en términos generales, pareciese la más apropiada.

El artículo 70-1 c) pretende incorporar también una modificación que, entendemos, iría en el mismo sentido pero la redacción del Anteproyecto en lo que consideramos un error tipográfico ha mantenido la misma expresión "personas con la capacidad modificada judicialmente".

Por último, el artículo 81-2-a) suprime toda referencia a las personas con la capacidad modificada judicialmente, lo que supone una reforma que va más allá de lo meramente terminológico ya que, con el nuevo paradigma introducido ya no quedarán personas con la capacidad modificada judicialmente al serle reconocida a todas igual capacidad jurídica a todos los efectos. Respecto al aspecto formal, el precepto proyectado incurre en lo que consideramos pudiera ser un error por omisión, al olvidarse de suprimir la coletilla "para la libre administración de sus bienes" que en el artículo actual va unida a las personas con la capacidad modificada judicialmente y no a los menores como queda en la redacción reformada. Por ello, consideramos más apropiado suprimir también esta coletilla[541] .

Desde nuestro punto de vista, la proyectada reforma de la Ley del Notariado resulta insuficiente. Como hemos mencionado, no estaba prevista al menos en las cuatro primeras versiones del Anteproyecto, lo que hace pensar que la modificación propuesta se ha realizado de forma bienintencionada aunque precipitada o, al menos, no con todo el detenimiento que sí se observa en otras de las leyes modificadas por el Anteproyecto, especialmente en la del Código Civil, con el que, sin duda, se producirán unas algunas distorsiones.

Nos resulta especialmente llamativa la nula referencia a la obligación de los Notarios de contar con los medios técnicos, materiales o humanos para prestar apoyo a las personas con discapacidad que hayan de intervenir en el otorgamiento de cualquier tipo de documento público[542]. Esto choca, por ejemplo, con la previsión expresa al respecto contemplada en el artículo 695 CC proyectado[543]. Desde nuestro punto de vista, si el Código Civil ordena que

[541] Lo mismo sugiere el Consejo de Estado en su preceptivo Informe al Anteproyecto, 2019:69.

[542] Recordemos que, respecto a la Ley del Notariado, la Associació Catalana per a la Integració del Cec (ACIC) proponía la incorporación de una Disposición Adicional duodécima a fin de imponer la obligación a las notarías de facilitar la información precisa para el otorgamiento de documentos o escrituras públicas a través de los medios y canales o formatos adecuados según la discapacidad de que se trate sin que sea precisa la presencia de testigos en tales actos. En el mismo sentido, se proponía la modificación del artículo 180 del Reglamento del Notariado, eliminando la exigencia de la presencia de testigos en esos mismos casos. *Vid.* nota[469].

[543] Artículo 695 CC proyectado: *El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos. Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad.*

el Notario ponga a disposición de la persona que desea testar aquellos medios cuando los precise, con mayor motivo la específica Ley del Notariado debería contemplar dicha obligación en relación con cualquier otro acto en el que intervengan personas con dificultades o imposibilidad para realizarlo, especialmente cuanto hayan de leer u oír el contenido de los documentos o instrumentos notariales[544]. Por ejemplo, la propia reforma de los artículos 56-1, 57-3 y 62-3 podía haberse aprovechado para introducir la obligación de la que venimos hablando, sobre todo si, con la provisión de aquellos apoyos sí fuera suficiente para que la persona pudiera intervenir en el acto en cuestión sin necesidad de que, como se prevé en el Anteproyecto, se tenga que acudir imperativamente a la derivación al Ministerio Fiscal para el impulso por parte de éste del nombramiento de un defensor judicial; medida que, en contra de lo previsto en la CPDP y en el propio espíritu de la reforma, podría vulnerar el principio de proporcionalidad y que tampoco casa demasiado bien con las salvaguardas que, en la práctica, se vienen llevando a cabo entre los fiscales y notarios, especialmente a raíz del Convenio de Colaboración firmado el 26 de julio de 2016, entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Notariado[545].

Otro ejemplo similar lo encontraríamos en el artículo 51 de la Ley, cuya reforma no se plantea. Este precepto, al igual que el artículo 58 LRC, al que se remite expresamente en su apartado segundo y al que también nos hemos referido, fue introducido por la LJV[546]. Como acabamos de decir, el artículo 51-2 de la Ley del Notariado se remite al artículo 58 LRC respecto a la solicitud, tramitación y autorización del acta matrimonial por Notario. A su vez, el artículo 58 LRC se remite al artículo 56 CC respecto a la determinación de la capacidad de los contrayentes. En su redacción dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria[547], el artículo 56 CC contempla la posibilidad de que el Notario recabe de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación

[544] Por otra parte, tampoco se ha incluido en la reforma proyectada la modificación del artículo 180 del Reglamento del Notariado, eliminando la exigencia de la presencia de testigos en el otorgamiento de documentos o escrituras públicas cuando la persona no pueda leer o escribir, lo cual afecta claramente a las personas ciegas, sordas o sordociegas, como proponían desde algunas asociaciones de personas con discapacidad (*Vid.* nota[542] *ut supra)*, lo cual, además supone otra incoherencia con la reforma proyectada del Código Civil, particularmente, en su artículo 695.

[545] Convenio de Colaboración entre el Consejo General del Notariado y la Fiscalía General del Estado en materia de protección jurídica de la infancia, adolescencia y personas adultas con capacidad modificada judicialmente o por modificar, firmado el 26 de julio de 2016, con una vigencia de cuatro años y entre cuyas medidas incluye, en primer lugar, el establecimiento de sistemas de comunicación entre las Notarías y la Fiscalía, en diferentes ámbitos, siendo el primero de ellos, curiosamente, la posible existencia de personas "en situación de incapacidad"; pero también actuaciones notariales en materia de constitución de patrimonios protegidos y ulteriores aportaciones; expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de sucesiones; o situaciones de posible abuso económico. En segundo lugar, establecimiento de sistemas de requerimiento de la Fiscalía al Consejo General del Notariado para la obtención del índice único informatizado en las materias anteriormente indicadas. Por último, establecimiento de sistemas de requerimiento de la Fiscalía a Notarios a través del Consejo General del Notariado, sobre las mismas materias.

[546] Ninguno de estos dos preceptos ha entrado todavía en vigor, tras la modificación introducida al respecto por la también mencionada Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la LJV, que ha postergado su entrada en vigor hasta el 30 de junio de 2020.

[547] En la que se había introducido la polémica reforma de la que ya hemos tenido oportunidad de hablar en este trabajo que nunca entró en vigor. *Vid.* nota[345].

y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Pues bien, en nuestra opinión, el prelegislador podría haber aprovechado esta ocasión para añadir a la reforma proyectada la ampliación de este artículo en el sentido de incorporar al precepto expresamente esta previsión.

Por último, consideramos que la labor del propio Notario puede ser considerada en sí misma un elemento de apoyo, dada su función de asesoramiento[548]. Por ello, el Anteproyecto podría también haber potenciado esta labor.

Como decimos, parece que el esfuerzo o, quizá la premura en la redacción de la reforma de esta ley, no han sido suficientes para incorporar en ella, además de ciertos cambios terminológicos más bien anecdóticos, lo que realmente importa: el nuevo paradigma social basado en el enfoque de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

3.1.2.2. La reforma del Código Civil

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la adaptación del ordenamiento jurídico español a la CDPD producirá la modificación de un gran número de preceptos del Código Civil[549], siendo este, como es lógico, el cuerpo legal que resulta más afectado por dicha adaptación.

El cambio de terminología y, con ello, principalmente de conceptos y de paradigma se encuentra a lo largo de todo el articulado modificado y, entre

[548] Se refieren a ella TORRES GARCÍA & GARCÍA RUBIO, 2014:80-87, destacando la necesaria intervención del notario en el momento de otorgar testamento como una de las salvaguardas que el Derecho español contempla para asegurar que el testamento refleje la verdadera voluntad de su autor. Para estas autoras, esta imperativa intervención cumple varios fines garantitas; entre otros, está destinada a asegurar la capacidad del testador, la integridad de la voluntad testamentaria y la corrección jurídica del acto, comportando una garantía *ex ante* en el testamento abierto. En cambio, si la forma elegida es el testamento cerrado la intervención del notario se relega a la segunda fase de su otorgamiento, según señala el artículo 707-4 CC. Muestra de la importancia que el ordenamiento jurídico da a la figura del notario es, por otro lado, la estricta exigencia sobre su presencia y sobre la constancia de ella que deriva de la jurisprudencia de nuestros tribunales, como destacan estas autoras, citando como ejemplo de ello la STS de 10 de junio de 2005 en la que, en relación con un testamento en inminente peligro de muerte (art. 700 CC) se sustituye la presencia del notario por la de cinco testigos; pero también destacan la máxima relevancia de la intervención notarial en el hecho de que los testamentos en los que se requiera la autorización y/o la firma del notario, su falga producirá la nulidad del testamento. NIETO ALONSO, 2018:253, en la reseña bibliográfica relativa a la obra de MESA MARRERO, 2017, al referirse a la importante labor de asesoramiento del notario como salvaguarda en los actos de otorgamiento de testamento de las personas vulnerables, particularmente de las personas mayores, al indicar que: "no cabe duda de que las personas de edad avanzada pueden resultar más vulnerables, y consiguientemente más influenciables, a la hora de concluir el negocio jurídico testamentario, por eso, aunque la vejez no sea obviamente causa de discapacidad para testar ni de incapacitación, sí será oportuno establecer las necesarias salvaguardias, como puede ser la intervención del sabio asesoramiento previo del notario, asesoramiento adaptado a las circunstancias de la persona vulnerable, que recogerá la última voluntad de este tipo de testadores y evitará cualquier suerte de influencias indebidas sobre la voluntad de tales otorgantes. Se compadecería bien esta propuesta con la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que prescribe se tomen las medidas oportunas que «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*» —la cursiva es añadida— (art. 12.4)".

[549] Para una visión rápida de las modificaciones proyectadas por el Anteproyecto véanse las Tablas Comparativas preparadas por Registradores y Notarios en: *Notarios y Registradores*, 2018, Tablas Comparativas Anteproyecto de Ley reforma Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad, En: https://www.notariosyregistradores.com Disponible en: https://www.notariosyregistradores.com/web/cuadros/comparativas-articulos/tablas-comparativas-anteproyecto-de-ley-reforma-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad/

otros que se comentarán, en los artículos 9-6 CC[550], relativo a la ley aplicable a las personas con discapacidad; en el artículo 10-8 CC[551], sobre la validez de los contratos onerosos celebrados en España por extranjeros; en el segundo párrafo del artículo 15-1 CC [552], relativo a la opción de la nacionalidad española por extranjero; en el artículo 20-2 CC[553], respecto al derecho de optar

[550] El vigente artículo 9-6ºCC dice: *La ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual. En el caso de cambio de la residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección.* Este artículo sustituye el término "medidas de protección de las personas mayores de edad" por el de "medidas de apoyo de las personas con discapacidad" lo cual evidencia el afán de dejar atrás el paternalismo del sistema tradicional, basado en la protección de las personas mayores por el nuevo paradigma cimentado sobre el apoyo para el ejercicio de la capacidad de la persona con discapacidad. Como hemos visto anteriormente una de las propuestas presentadas en fase de consulta pública del Anteproyecto proponía la incorporación al artículo 9 CC de una norma de conflicto específica para los poderes preventivos o instituciones similares que garantizase su libre circulación y el respeto a la voluntad de la persona siempre que se cumpliesen los requisitos de autenticidad. *Vid.* epígrafe 2.4.1.2. Propuestas intermedias.

[551] La redacción del artículo 10-8 CC actual establece: *Serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de la incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española. Esta regla no se aplicará a los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero.* El precepto proyectado sustituye el término "incapaz" por la expresión por "extranjero que no pueda contratar según su ley nacional", que no se refiere particularmente a "persona con discapacidad" sino a cualquiera, dejando totalmente al margen la condición de discapacidad como elemento de discriminación a la hora de contratar.

[552] En la actualidad, el artículo 15-1 dice: *El extranjero que adquiera la nacionalidad española deberá optar, al inscribir la adquisición de la nacionalidad, por cualquiera de las vecindades siguientes:*

a) La correspondiente al lugar de residencia
b) La del lugar del nacimiento
c) La última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes.
d) La del cónyuge.

Esta declaración de opción se formulará, atendiendo a la capacidad del interesado para adquirir la nacionalidad, por el propio optante, por sí o asistido de su representante legal, o por este último. Cuando la adquisición de la nacionalidad se haga por declaración o a petición del representante legal, la autorización necesaria deberá determinar la vecindad civil por la que se ha de optar.

En este artículo nos encontramos con las siguientes propuestas proyectadas: modifica las expresiones relativas a la "capacidad". Así, se sustituye la expresión "atendiendo a la capacidad del interesado para adquirir la nacionalidad" por la expresión "según los casos". También se cambia la expresión "por sí o asistido de su representante legal" por la de "solo o con los apoyos que la persona con discapacidad, en su caso, precise". No se menciona la discapacidad sino que se emplea una expresión mucho más amplia. El segundo párrafo del artículo 15-1 queda redactado en los siguientes términos: *"Esta declaración de opción se formulará, según los casos, por el propio optante, solo o con los apoyos que la persona con discapacidad, en su caso, precise, o por su representante legal. Cuando la adquisición de la nacionalidad se haga por declaración o a petición del representante legal, la autorización necesaria deberá determinar la vecindad civil por la que se ha de optar.* Al respecto, en su informe consultivo acerca de este Anteproyecto, el CGPJ, consideraba más conveniente que, al referirse a los apoyos que el optante precise, se determinase que éste ha de ser persona con discapacidad para así dotar de mayor claridad al precepto. Consejo General del Poder Judicial, 2018. Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad p. 52

[553] En el Anteproyecto, el artículo 20-2 se redacta del siguiente modo: *2. La declaración de opción se formulará:*

a) Por el representante legal del optante menor de 14 años. En este caso, la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor.
b) Por el propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquél sea mayor de 14 años.
c) Por el interesado, por sí solo, si está emancipado o es mayor de 18 años. La opción caducará a los 20 años de edad.
d) Por el interesado con discapacidad con los apoyos que, en su caso, precise.

por la nacionalidad española[554]; en el artículo 21-3 CC, en cuanto a la solicitud de la nacionalidad[555]; o en el 22-c CC, respecto a la adquisición de la nacionalidad por residencia [556].

---

e) Por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la extinción de las medidas de apoyo que le hubieran impedido ejercitarla con anterioridad.

[554] En la nueva redacción d el apartado c) del precepto, ya no hay referencia ni a la incapacitación, ni a la prohibición por sentencia de ejercitar la opción y parece que solo cabe el ejercicio de esa opción por sí mismo (derecho personalísimo) si bien, en su caso, con los apoyos que fueran precisos. La redacción del apartado d) del artículo 20-2 CC del Anteproyecto generado algunas dudas, pues hay quien ve en la redacción de la expresión "con los apoyos que, en su caso, precise" la imperativa imposición del uso de las medidas de protección cuando la persona las precise y, por tanto, la imposibilidad de rechazarlas para ejercitar la declaración de opción a que se refiere el precepto. Esto último no casaría con las directrices del Comité por lo que consideramos que dicho apartado d) debe ser interpretado como la posibilidad legal de que la persona con discapacidad que precise de medidas de apoyo pueda ejercitar la opción valiéndose de ellas, pero igualmente pueda hacerlo por sí misma si, voluntariamente prefiriese no utilizarlas. En los casos de necesidades más intensas, consideramos que sí cabría el ejercicio de la opción por representación, bien entendido que ésta habría de ejercitarse siempre bajo el principio de "mejor interpretación de la voluntad" de la persona representada.

El apartado e) del artículo 20-2 CC en su nueva redacción mantiene el plazo de dos años para el ejercicio de este derecho, que se contará a partir de la extinción de las medidas de apoyo que, en su caso, le hubieran impedido ejercitarla con anterioridad. Este impedimento solo se nos ocurre factible en tres situaciones: primera, que la medida de apoyo acordada prohíba a la persona ejercitar su derecho de opción, lo cual no sería compatible ni con la Convención ni con el propio Anteproyecto presentado; segunda, que la medida adoptada haya sido la curatela con facultades de representación y el curador no hubiera ejercitado el derecho de opción en nombre de su representado; o, por último, que las medidas de apoyo a las que se refiera sean las dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, a partir de la cual quedarán sin efecto las meras prohibiciones de derechos, según lo ordenado por la Disposición Transitoria Segunda del Anteproyecto. Se echa de menos en este artículo una mención expresa a la necesidad de utilización del apoyo solo en los casos en que realmente fuese necesario, cuando la persona venga de haber sido sometida al nombramiento de tutor, curador o defensor judicial con arreglo al sistema tradicional y ello con independencia de que, de hecho, pudiera ejercitar por sí misma y en solitario su derecho de opción. Para el CGPJ, esta última previsión es tributaria de la redacción del vigente artículo 20-2 c) CC, que prevé el ejercicio de la facultad de opción por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad. Sin embargo, la redacción proyectada no guarda la debida coherencia con la previsión contenida en la reformada letra d) del mismo artículo, que faculta al interesado a formular la declaración de opción con los apoyos que, en su caso, precise; de manera que si los apoyos fueron dispuestos, precisamente, para ejercitar la declaración de opción por la persona con discapacidad, pierde sentido en gran medida la previsión posterior. Consejo General del Poder Judicial, 2018. Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad p. 53.

En relación con el apartado 2 del artículo 20 la Fundación Derecho y Discapacidad (por error se refiere al precepto como el 21-2) ha presentado otra propuesta ampliando las medidas de apoyo a aquellas que pudieran resultar también del eventual acuerdo o declaración que las hubiese establecido. Esta propuesta mantendría igual los párrafos a) y b) del apartado 2 del artículo 20 proyectado. En el párrafo c) se refundirían los proyectados c), d) y e) quedando con la siguiente redacción: *c) Por el interesado, por sí solo, si está emancipado o es mayor de 18 años. La opción caducará a los 20 años de edad. Si cuenta con medidas de apoyo en la toma de decisiones, se estará a lo que resulte del acuerdo, declaración o resolución judicial que las haya establecido. En caso de que las medidas de apoyo le hayan impedido ejercitar la opción, tendrá derecho a hacerlo dentro de los dos años siguientes a la extinción de tales medidas.* La posibilidad de que las medidas de apoyo impidan el ejercicio de la opción, planteada por la Fundación Derecho y Discapacidad tampoco casaría demasiado bien con el espíritu de la Convención ni con lo previsto en el Anteproyecto donde, por encima de todo, prevalece la finalidad de garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con respeto al principio de respeto o mejor interpretación de su voluntad. Por ello, solo cabría ese impedimento, a nuestro juicio, en el supuesto referido a las medidas adoptadas conforme al sistema todavía en vigor; conforme al proyectado, solo cabría la opción cuando el prestador de apoyos no cumpliese su función.

[555] El texto propuesto, reconoce a la persona con discapacidad legitimación para presentarla, suprimiendo el requisito exigido actualmente por el artículo 21-3 CC que requiere la obtención de autorización previa de su representante legal.

El Derecho de familia recogido en el Código Civil español también se ve afectado por distintas modificaciones -más allá de las semánticas[557]- del Anteproyecto que nos ocupa. Analizaremos a continuación algunas de las más señeras.

El nuevo artículo 82-2 CC[558], impediría la separación consensuada ante el Secretario judicial o ante Notario, cuando existiera un hijo con discapacidad dotado de medidas de apoyo prestadas por los cónyuges que careciese de ingresos propios y conviviese en el domicilio familiar; lo que parecería no casar muy bien con la CDPD, ya que con ello podría estársele negando el ejercicio de su capacidad jurídica para prestar consentimiento respecto de las medidas que le pudieran afectar. Sin embargo, como se ha visto al comentar las modificaciones de la Ley del Notariado, la medida puede constituir una salvaguardia en aquellos casos donde los apoyos son prestados al hijo adulto con discapacidad por sus progenitores, ya que podría plantearse un conflicto de intereses entre los prestadores del apoyo o entre estos y el hijo a quien han de asistir. Bien es cierto que esta situación se podría salvar con el nombramiento provisional de un defensor judicial; pero quizá fuese peor ese remedio que el propuesto por el prelegislador[559].

---

[556] La redacción relativa al artículo 22-2 CC presentada por la CGC es la siguiente: *c) El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, curatela con facultades de representación plena, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud.*
El Anteproyecto añade la figura de la curatela representativa; sin embargo, no se menciona ni en el precepto actual ni en la nueva redacción proyectada, la figura de la curatela "a secas", figura que "complementa" la capacidad en la actualidad. Con la nueva reforma, ya no cabe hablar de "complemento de la capacidad", pues a la persona se le reconoce capacidad jurídica plena; ello implicaría que no se podría exigir la concurrencia del curador para otorgar validez al acto a realizar. En las primeras versiones del Anteproyecto, solo se especificaban las reglas que se aplicarían a quienes hubiesen venido fungiendo como tutores o guardadores de hecho. A partir de la redacción de enero de 2019, la Disposición Transitoria Segunda sí menciona a los curadores, pero solo en relación con los menores y los pródigos. Hay que recordar que existen sentencias con nombramientos de curador cuyo contenido real se extiende a funciones de representación en mayor o menor grado al igual que existen sentencias con nombramiento de tutor cuyas facultades de representación se limitan solo a ciertos actos, debiendo tan solo complementar la capacidad del "incapacitado" para otros. Respecto de la remisión directa a las reglas de la curatela o curatela representativa efectuada en las Disposiciones Transitorias del Anteproyecto respecto de las situaciones anteriores a su entrada en vigor también se ha mostrado muy crítico el notario ESCARTÍN IPIÉNS 2018:227-245, precisamente porque se plantea este tipo de problemática justamente por la obligada graduación de las sentencias convirtiendo cada una de ellas en el famoso *traje a medida* propugnado por la legislación actual introducida por la ley del 13/1983. Literalmente manifiesta el notario*: tampoco considero acertada la expresión de la DT Segunda cuando dice que «a los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos». Tal texto servirá para quienes la sentencia, que declaró su incapacitación, lo hubiera hecho en términos absolutos que no admitieran otra solución que la del tutor representativo; pero en aquellas otras sentencias en las que conforme al artículo 760.1 LEC, en su versión todavía vigente, al declarar la incapacitación hubieren determinado la extensión y límites de ésta, así como el régimen de tutela y guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, éste no podrá quedar en peor condición, después de la entrada en vigor del nuevo sistema, de la que ya tuviera antes. Ello supone que debe darse nueva redacción a la DT Segunda, sustituyendo la frase «A los tutores con las personas con discapacidad se les aplicarán las normas de los curadores representativos»; bastaría o suprimir la palabra «representativos». Ello es, además, congruente con la nueva redacción que se propone para el 760 de la LEC.*

[557] Al sustituir en los artículos 81 y 82-2 CC, por ejemplo, las expresiones referidas a los hijos "con la capacidad modificada judicialmente" por la de "los mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo".

[558] Artículo 82-2 CC: *No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos en la situación a al que se refiere el artículo anterior*,

[559] Nada se dice respecto a la existencia de medidas de apoyo del hijo adulto con discapacidad de carácter voluntario, por lo que entendemos que este supuesto quedaría fuera del precepto.

Con la reforma se incorpora una destacable novedad valorada favorablemente por el Consejo de Estado[560], al añadir un párrafo segundo al artículo 91 CC, cuyos destinatarios principales serán aquellos hijos del matrimonio que, contando con la edad de diecisiete años[561] al tiempo de la separación, divorcio o nulidad, se encuentren en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, cuando alcancen la mayoría de edad. El precepto cohonesta con el artículo 250 CC del Anteproyecto, que contempla igualmente la hipótesis en un procedimiento autónomo y específico; en efecto, según esta última disposición, se prevé la posibilidad de que la autoridad judicial a instancias del propio menor, Ministerio Fiscal, los progenitores o los tutores de un menor de dieciséis años[562], del que a su vez se prevea que pueda necesitar medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica una vez alcanzada la mayoría de edad, pueda acordar la procedencia de las que correspondan[563] para cuando concluya la minoría de edad. Tales medidas se adoptarán, en todo caso, dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias, según ordena el citado artículo 250 CC. La intención del artículo 91 CC es que, por razones de economía procesal, el nombramiento del apoyo se pueda realizar también en procedimiento matrimonial.

[560] Informe del Consejo de Estado al Anteproyecto, abril 2019:41.

[561] Entendemos que la edad de diecisiete será rectificada durante la tramitación del Anteproyecto para reducirla a dieciséis, en coherencia con la modificación llevada a cabo en el mismo sentido respecto a los artículos 250 CC y 770-8 LEC. *Vid.* Nota *infra.* Esta misma es la opinión del Consejo de Estado reflejada en su informe preceptivo.

[562] En las primerísimas versiones del Anteproyecto se preveía la edad de diecisiete, igual que en el artículo 91 CC y el 770-8 LEC. Posteriormente, tomando en cuenta las peticiones realizadas en ese sentido, el Anteproyecto modificó el artículo 250 CC y el 770-8 LEC para rebajar la edad del menor de los diecisiete a los dieciséis años. El artículo 91 CC, sin embargo, permaneció igual debido probablemente a un error por olvido del prelegislador que adivinamos será subsanado para adecuarlo en coherencia con los demás. Tampoco las primeras versiones contemplaban la legitimación activa del propio menor.

[563] En su versión original, el Anteproyecto limitaba en el artículo 250 CC estas medidas al defensor judicial o a la curatela. Esto fue criticado, entre otros, por el CGPJ que recomendó ampliar las medidas a adoptar, recomendación que fue acogida por el prelegislador en las versiones siguientes. En su informe consultivo, el CGPJ advertía que, al enfrentar el artículo 91 CC con el 250 CC proyectado encontraba cierta discordancia que se debería corregir, pues mientras el primero de los preceptos se refería a "medidas de apoyo" en general, el segundo las limitaba al defensor judicial y a la curatela. Para este organismo, los procedimientos judiciales de provisión de apoyos para menores de edad, debían ser homogéneos, con independencia de que hubiera sentencia de separación, nulidad o divorcio, o no, de manera que pudiera la autoridad judicial fijar, respecto de los menores que se encontrasen en estas circunstancias, en cualquiera de los procedimientos las medidas de apoyo resultasen adecuadas y proporcionadas a las necesidades futuras de la persona con discapacidad o con razonable previsión de discapacidad para cuando alcanzase la mayoría de edad, sin estar limitadas a la constitución de la curatela o al nombramiento de un defensor judicial ya que, en muchas ocasiones bastaría con la guarda de hecho, que podría ostentar uno u otro progenitor, un familiar o un tercero, con la pertinente autorización judicial para la acreditación de la representación y el ejercicio de las funciones representativas en los términos previstos en el artículo 261 del Anteproyecto, sin necesidad de acudir a la provisión de un curador, aunque fuera meramente asistencial y o representativo, o un defensor judicial, concebido este último con carácter puntual, ocasional o temporal. Consejo General del Poder Judicial, 2018. Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad, 2018: 53-54.

Dicha novedad obliga al juez, previa audiencia de este menor[564], a que resuelva en la sentencia que se dicte en el procedimiento matrimonial acerca de los apoyos que pudiera necesitar ese menor y de la forma de ejercicio de los mismos, medidas que, según ordena el nuevo precepto, deberán entrar en vigor cuando el hijo alcance la mayoría de edad.

Resulta un artículo claramente garantista previendo, sin más, la eventual necesidad del uso de apoyos del hijo una vez cumplidos los dieciocho años, dando así la impresión de que tales medidas se ofrecen con carácter de permanencia y estabilidad. Una posible inteligencia del precepto es que la aplicación de este artículo supone la adopción de medidas a futuro, de modo que, mientras los legitimados para ello no insten nuevo procedimiento judicial, parece que el menor se vería obligado a asumirlas. No obstante, cabe una interpretación del precepto más flexible, según la cual tales medidas sólo entrarían en vigor si el hijo con discapacidad precisase y quisiese disponer de ellas una vez cumplida la mayoría de edad, interpretación que nos parece más acorde con el espíritu de la CDPD[565], con la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto y, específicamente, con su artículo 248 CC.

Esta especie de cautela que ha querido proyectar la CGC en el precepto citado en el proceso matrimonial, en el art. 250 CC y en el art. 770-8 LEC con carácter general, responde a la intención de establecer una

[564] Audiencia que preceptivamente habrá de llevarse a cabo según lo ordenado en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor cuyo Artículo 9 recoge el derecho del menor a ser oído y escuchado bajo el siguiente tenor literal:

1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.

[565] Recuérdese que el artículo 12-4 CDPD expresamente ordena "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" pero, sobre todo y, además, que "respeten la voluntad y las preferencias de la persona que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida y que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la personas".

salvaguardia que evite la situación de vacío que pudiera darse en los casos de menores que pasan a la mayoría de edad necesitados de apoyo[566]. Sin embargo, insistimos en que en estos casos se estaría anticipando la dotación de apoyos que, de acuerdo con el nuevo paradigma, solo serían utilizados cuando voluntariamente lo decidiese la persona afectada, interpretación que como decimos, es la preferible.

Como lógica consecuencia de esa interpretación, esas medidas "anticipatorias" dejarían de tener efecto por el otorgamiento de medidas de carácter voluntario por la persona con discapacidad, una vez alcanzada la mayoría de edad, lo que sin embargo puede chocar con el tenor de lo previsto en el artículo 761 LEC proyectado[567] sobre el que luego volveremos.

En todo caso, respecto a la suficiencia de las medidas de apoyo acordadas, habrá de tenerse en cuenta el criterio seguido por nuestro Tribunal Supremo en las últimas sentencias dictadas en relación con la presunción de capacidad natural o mental de la persona, concepto diferente al de capacidad jurídica (que ahora ya no se presume porque todos la tienen), como ya hemos visto anteriormente. Se refiere a ellas el Presidente de la CGC citando concretamente las SSTS 146/2018, 846/2018 y 936/2018, todas ellas de 15 de marzo (y ponente Mª ÁNGELES PARRA), donde el criterio del Alto Tribunal se pone de relieve y en la última de las sentencias nombradas destaca que *la capacidad natural ha de comprobarse in situ, es decir, en el lugar y momento en que pretenda otorgarse el acto de que se trate. La posibilidad concreta de realizar u otorgar, caso por caso, esos actos no contemplados en la sentencia que pone fin al procedimiento de prestación de apoyos, corresponde constatarla al funcionario competente respecto de cada uno de ellos, y en el momento en que pretendan realizarse, momento en que se harán las valoraciones, apreciaciones, exámenes o controles que en cada caso procedan*[568].

Desde nuestro punto de vista, el establecimiento de esas medidas de apoyo al menor para cuando alcance la mayoría de edad, en previsión de que pueda precisar de ayuda o asistencia, debe ceñirse exclusivamente a aquellas que con toda seguridad precisará entonces para la realización concreta de aquellos actos que deba ejecutar a fin de cumplir de la manera más ajustada posible con los principios de proporcionalidad y temporalidad. De este modo, se dejaría que la persona ya mayor de edad pudiera decidir, conforme a su voluntad, sobre las medidas de carácter voluntario o judicial que quisiese otorgar sobre aquellos asuntos que no figurasen en la sentencia dictada en el procedimiento judicial seguido a instancia de sus progenitores[569]. Por lo

[566] Mientras son menores el apoyo se lo proporciona la patria potestad o la tutela que les protege, pero esto se extinguirá una vez cumplidos los dieciocho años, toda vez que, como hemos dicho, la patria potestad ya no se prorrogará. Como dice el preceptivo Informe del Consejo de Estado: "En la nueva redacción del articulo 250 del CC se prevé la posibilidad de anticipar la provisión de las medidas de apoyo para los menores mayores de dieciséis años; ello es consecuente con la supresión de la patria potestad prorrogada o rehabilitada (vigentes artículos 171, que suprime el apartado diecinueve del artículo 2 del Anteproyecto y 201 del CC, al que se da nueva redacción por el apartado veinte del artículo 2 del Anteproyecto).

[567] El párrafo 1º del artículo 761 LEC proyectado dice: *La sentencia dictada no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un incidente que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de las medidas judicialmente adoptadas…*

[568] PAU, 2018:5-28.

[569] Todo ello sin perjuicio de las medidas que, de acuerdo con lo establecido en la ley, el menor pudiese y quisiese otorgar antes de alcanzar la mayoría de edad. No ha de olvidarse que al menor le está vedada

demás, creemos que el Anteproyecto no obliga a que la medida a adoptar en el caso de crisis matrimonial *ex* art. 91 CC, o en el previsto en el 250 CC, sea la curatela por lo que, el juez podrá acordar la que le parezca más oportuna.

El Anteproyecto también incorpora novedades en el artículo 94 CC. Como hasta la fecha, permite que en el mismo procedimiento de separación, divorcio o nulidad se resuelvan las medidas relativas a las visitas o comunicación de los progenitores no custodios con sus hijos mayores con discapacidad "que no estén en condiciones de decidirlo por sí solos". Será el juez, a solicitud del progenitor no custodio y previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal, quien dicte las medidas concretas en sentencia.

Lo primero que llama la atención es el requisito respecto a los hijos: "que no estén en condiciones de decidirlo por sí solos", lo que plantea varias cuestiones. En primer lugar, cuándo se determinará que la persona no está en condiciones de decidir por sí misma. La segunda cuestión obliga a preguntarnos por qué, si la persona no está en condición de decidir por sí solo, no se le provee, como ordena la CDPD, de los apoyos necesarios para expresar su voluntad[570]. La tercera cuestión nos plantea cómo se tendría en cuenta la voluntad de los hijos mayores con discapacidad que "no estén en condiciones de decidir por sí solos" si no se les provee de apoyos: al respecto, se echa de menos la obligación de dotarlos preceptivamente de los mismos o de establecer ajustes razonables, que podrían consistir en este caso en ajustes de procedimiento concretos.

Por otra parte, parece un poco incoherente la asunción de la incapacidad para decidir por sí solos, con el requisito de su audiencia en el pleito. Quizá debiera hacerse hincapié en el nuevo texto en la finalidad de esta audiencia, que sería precisamente la de fijar su voluntad, gustos y/o preferencias, lo cual evidenciaría, en todo caso, que el hijo con discapacidad sí tendría capacidad para decidir por sí solo aunque con necesidad de asistencia o de ajustes de procedimiento y, para el caso de que, pese a haber hecho un esfuerzo importante no se hubiera podido determinar su voluntad, haber deducido, al menos, su mejor interpretación; en función de ello, el juez debería resolver[571].

---

la posibilidad de otorgar algunas medidas preventivas o voluntarias y prioritarias frente a las judiciales, y que, en caso de que estas hayan sido acordadas solo podrán modificarse o dejarse sin efecto a través de un nuevo procedimiento judicial *ad hoc*.

[570] A este respecto, conviene recordar que durante la negociación de la Convención fueron muchas las asociaciones de personas con discapacidad, y también de otros intervinientes en la misma, que defendieron a ultranza el hecho de que toda persona con discapacidad, incluso aquellas con necesidades de apoyo más intensas, tienen voluntad y, de una u otra manera, capacidad para expresarlas. Quizá el problema no está tanto en la persona que se expresa de forma diferente, sino en el receptor de la información que no alcanza a entenderla, ni propone la adopción de medios o apoyos para que la comunicación con la persona con discapacidad pueda producirse de modo que su voluntad pueda ser transmitida y comprendida en este caso por el juez.

[571] Nada de esto se establece de manera expresa en el nuevo texto, con lo que se corre el riesgo evidente de que en la práctica, perdure el "interés superior objetivo" frente al "interés preferido" por el sujeto, contradiciendo el espíritu del que, sin duda, pretende dotarse a la nueva reforma plasmado de forma general en el Anteproyecto. Como resalta el informe emitido por el CES en el nuevo precepto proyectado también se atenúan, de graves a relevantes, el tipo de circunstancias concurrentes por las que se pueden limitar o suspender judicialmente los derechos de visita y comunicación con los hijos de los progenitores que no los tengan consigo tras una separación o divorcio, y se incluye a los hijos mayores con discapacidad en el reconocimiento judicial del derecho a las relaciones personales con ellos de hermanos, abuelos y demás parientes (artículo 160.2 cc). Comité Económico y Social, 2018. Dictamen 5/2018, Sesión ordinaria del pleno 24 de octubre de 2018 Sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. En: ces.es. Disponible en:

Respecto al derecho de comunicación al que alude el precepto, en nuestra opinión, resulta preocupante que solo se prevea la audiencia previa de los progenitores y de los parientes concretos que hayan solicitado el régimen de comunicación con el hijo mayor con discapacidad y, sin embargo, no se prevea la propia audiencia de éste, pese a obligar el precepto a tener en cuenta su voluntad, deseos y preferencias[572]. Por otro lado, creemos que la solicitud del régimen de comunicación entre estos parientes y el hijo mayor de edad con discapacidad en el mismo procedimiento de separación se justifica en razones de economía procesal pues, siendo mayor de edad, las visitas y comunicaciones debieran regirse única y exclusivamente por la voluntad de ambas partes[573].

El artículo 96 CC incorpora una garantía en relación al uso de la vivienda familiar respecto a los hijos mayores de edad que se encontrasen en situación de discapacidad al tiempo de la separación, si bien, tales hijos han de ser comunes del matrimonio, es decir, la garantía no sería extensiva si el hijo fuese tan solo de uno de los cónyuges[574]. Esta salvaguarda consistiría en la

---

http://www.ces.es/documents/10180/5598063/Dic052018.pdf , p. 7. Esta observación, igualmente es efectuada por el CGPJ, quien además añade que el precepto no difiere en esencia del vigente respecto al reconocimiento del derecho de los progenitores que no tengan consigo a los hijos menores o ahora también a los mayores con discapacidad a relacionarse y estar con ellos. Consejo General del Poder Judicial, 2018. Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad

[572] Afirma el CGPJ que la redacción del precepto es formalmente coherente con el reconocimiento del derecho de los padres de relacionarse con sus hijos y quiere serlo también con un régimen de protección de las personas con discapacidad basado en el autogobierno. Pero pone en evidencia que una coherencia no meramente formal con el sistema de apoyos proyectado debiera conducir a ponderar mejor el peso de la voluntad del hijo mayor con discapacidad, tanto más relevante cuanto se trata del derecho a relacionarse con él de sus hermanos, abuelos, parientes y allegados, y tanto más cuanto el elemento o hecho causante de la discapacidad no comporta una anulacion completa o especialmente importante de sus facultades cognitivas y volitivas. Consejo General del Poder Judicial, 2018. Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad, p.55.

[573] En la misma línea se pronuncia la Fundación Derecho y Discapacidad para quien, respecto de personas mayores de edad o emancipadas, tales derechos sólo deberán reconocerse si no pueden decidirlo por sí solos, escuchándoles previamente y de acuerdo con su voluntad y preferencias o la mejor interpretación posible de las mismas. Los dos primeros requisitos exigidos en la reforma del precepto propuesta se establecen en relación con el derecho de visita de los padres, pero no de los abuelos, y el tercero no se señala en relación con ninguno de ellos. La Fundación propone otra redacción para este precepto, que sería: "La autoridad judicial determinará el tiempo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores, podrá ejercitar su derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía". Aportaciones de la Fundación Derecho y Discapacidad al anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, 2018:4.

[574] En fase de consulta pública del Anteproyecto, el CERMI presentó la siguiente propuesta de reforma referida específicamente al artículo 96 CC que ahora comentamos: *En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Igual derecho corresponderá, por el tiempo que el Juez considere necesario, al hijo con discapacidad de cualquier edad, tenga o no declarada judicialmente alguna medida de apoyo para la toma de decisiones, y aunque acuda también a un recurso de atención especializado. Se considerara como tal tanto el hijo de ambos cónyuges, de uno de ellos, o el que esté vinculado por acogimiento a cualquiera de los cónyuges.*
Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.
No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

extensión del uso de la vivienda familiar atribuida al hijo con discapacidad más allá de la mayoría de edad[575] por un período fijado en sentencia por el juez[576]. Se trataría de una salvaguardia establecida a tenor de lo previsto en el artículo 12-4 CDPD. Por ello, consideramos que el reconocimiento de este derecho pertenece a los hijos mayores con discapacidad con independencia del que pueda corresponder al cónyuge con quién convivirán[577].

Sin embargo, la redacción del párrafo segundo del proyectado artículo 96[578] que expresamente, y a los efectos de atribución del uso de la vivienda, equipara a los hijos mayores con discapacidad al tiempo de la separación, divorcio o nulidad, con los hijos menores, en cierto modo es criticable. La crítica se basa en dos aspectos: primero en que parece reiterativa y, por tanto, superflua, si se tiene en cuenta que la equiparación podría hacerse con los hijos adultos con discapacidad dotados de medidas ya durante la minoría de edad, según la previsión del apartado primero del artículo[579] y, en segundo lugar, porque precisamente durante toda la redacción del Anteproyecto se ha tratado de huir de la equiparación con los menores porque, a tenor de la doctrina jurisprudencial referida, el interés objeto de protección es distinto en ambos casos.

Otra salvaguardia se encuentra recogida en el párrafo 3 de este artículo 96 CC. Se trata de una restricción sobre el derecho de disposición de

---

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial. La propuesta presentada por el CERMI sí ampliaba la garantía a los hijos de uno solo de los cónyuges.

[575] El plazo limitativo de la mayoría de edad otorga seguridad jurídica a la medida y coloca en la misma situación de igualdad a ambos cónyuges, mientras que prescindir de ese límite temporal supondría una vulneración del artículo 96 CC. En este sentido, léase la STS de 4 de abril de 2018 , ROJ: 1166/2018- ECLI: ES:TS 2018:1166, según la cual: "La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad. El interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad". En la misma línea, el informe del CGPJ cita también las SSTS (Sala de lo Civil) 181/2018, de 24 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1166).

[576] A este respecto, es de importancia la STS, Sala Primera, 31/2017, de 19 de enero de 2017 (ROJ: STS 113/2017 - ECLI: ES:TS:2017:113) , que contempló el derecho de una persona con discapacidad no reconocida judicialmente que convivía con su madre, después de indicar que el artículo 96 CC no alude a esta situación, posiblemente porque asume como instrumento protector la prórroga de la patria potestad. El Tribunal se cuestionaba si entre los apoyos del artículo 12 CDPD se encontraba el de mantenerle en el uso de la vivienda, al margen de la normativa propia de la separación y divorcio, toda vez que este supuesto no se contemplaba en el artículo 96 CC que solo preveía esta medida para los menores pero no para los mayores con discapacidad y nunca con carácter indefinido ni expropiatorio para ninguno de los cónyuges.

[577] A juicio del CGPJ, el precepto debería ser más concreto a la hora de establecer si la atribución del uso del domicilio familiar al hijo mayor necesitado de apoyos es un derecho independiente del correspondiente al cónyuge en cuya compañía se queda. Consejo General del Poder Judicial, 2018. Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad, 2018:55-58.

[578] *A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.*

[579] O con el artículo 250 CC proyectado con el que cohonesta.

la vivienda[580] , consistente en la exigencia de contar con el consentimiento de ambos cónyuges o, en caso contrario, con una preceptiva autorización judicial para ello[581].

Sobre la materia relativa a la filiación, el Anteproyecto elaborado por la CGC incorpora importantes novedades respecto al Código Civil actual. Citaremos sucintamente algunas de las más relevantes.

Son objeto de modificación, el párrafo segundo del artículo 112 CC, sobre su determinación y efectos [582] ; y el artículo 121 relativo al reconocimiento de la filiación no matrimonial[583]. Los proyectados artículos 123 y 124 CC también han sido objeto de varios cambios a lo largo del proceso de elaboración del Anteproyecto, reubicándose algunos párrafos en

[580] Que deberá constar en el Registro de la Propiedad. En este sentido, la reforma parece recoger la doctrina seguida por el Tribunal Supremo en sus sentencias más recientes. Se ha criticado que la obligación de inscripción registral se prevea sobre la restricción de la disposición de la propiedad y no sobre el derecho de uso atribuido al hijo mayor con discapacidad pues tal restricción deriva, precisamente, de este derecho de uso. Desde nuestro punto de vista, aunque esto último es cierto, resulta mucho más respetuoso con el derecho a la intimidad de la persona con discapacidad, la inscripción simplemente de la restricción dispositiva pues protege tanto el derecho de los terceros como el derecho de esta última.

[581] Durante los trabajos del Anteproyecto, este párrafo también fue objeto de una pequeña pero importante modificación que probablemente respondió a una de las críticas efectuadas por el CGPJ. La versión originaria establecía la obligación de contar con el consentimiento de ambos cónyuges "y" con autorización judicial, por lo que resultaba una restricción mucho mayor no sólo respecto a la actual sino a la precedente, que no parecía encontrar justificación suficiente. La última redacción dada al Anteproyecto vuelve a la conjunción "o" actual, lo que nos parece suficiente.

[582] Se sustituye el sustantivo "incapaz" por la expresión "mayores con discapacidad" y se dispone que "conservarán su validez los actos otorgados, antes de que la filiación hubiere sido determinada, en nombre del hijo menor por su representante legal o, en el caso de los mayores con discapacidad, los realizados conforme a las medidas de apoyo relativas a estos actos". Se conservará, respecto a los mayores con discapacidad, la validez de los actos realizados según lo establecido en las medidas de apoyo previstas. Para evitar equívocos, creo que no sobraría añadir al final del párrafo la expresión "si las hubiere". Aunque la Fundación Derecho y Discapacidad propone directamente la supresión del apartado referido a las personas con discapacidad, al considerar que este inciso final carece de sentido porque al quedar desvinculado el régimen de apoyos de la patria potestad no queda afectado directamente por la determinación de la filiación, nosotros consideramos que, a pesar de esa desvinculación, nada obsta para que el apoyo recaiga directamente sobre alguno o ambos progenitores, bien en calidad de guardadores de hecho, curadores, etc., o porque así lo ha determinado la persona otorgando alguna medida voluntaria, o se hubiera determinado judicialmente.

[583] Se desglosa su primer párrafo en dos, separando, de este modo, la regulación específica relativa a los menores de edad de la referida a los mayores con discapacidad. El nuevo párrafo incorporado en este artículo por el Anteproyecto se refiere a la validez del reconocimiento otorgado por personas mayores de edad respecto de las que se hayan establecido medidas de apoyo, determinando que se estará a lo que resulte de la resolución judicial que las haya establecido. La previsión final de este párrafo también ha ido cambiando a medida que avanzaban los trabajos de la CGC y llegaban informes y aportaciones nuevas. Así, la primigenia versión del Anteproyecto establecía que cuando las medidas de apoyo que se hubieran establecido no previesen nada sobre este aspecto, la validez del reconocimiento requeriría aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. Esta redacción se modificó posteriormente en el sentido de que, cuando nada se hubiera establecido, se instruirá, según lo previsto en la LEC, el correspondiente incidente de modificación de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas para completarlas a este fin. Fruto de los avances del Anteproyecto, el procedimiento de revisión de medidas podrá ser tramitado siguiendo el cauce establecido en el artículo 761 LEC en su redacción actual o en un expediente de jurisdicción voluntaria, según la nueva redacción del artículo 42 bis c) de la LJV. Ello obligaría a que la redacción final del proyectado artículo 121 CC se ampliase para añadir la referencia a la LJV o se suprimiese la existente en la redacción actual, relativa a la LEC (sugerencia también efectuada en el Informe preceptivo del Consejo de Estado). La propuesta no menciona aquellos casos de personas mayores con discapacidad que precisasen apoyo, pero respecto de las cuales no se hubiese dispuesto ninguna medida. Entendemos, aunque ello resulte de Perogrullo, que en estos casos nada obstaría para solicitar, si fuese preciso, la adopción de apoyos específicamente para este asunto concreto.

artículos diferentes a los inicialmente previstos[584] o separando nuevamente las previsiones para menores y mayores con discapacidad[585].

De una primera y rápida lectura de estos artículos podría pensarse que estamos ante una puerta de entrada para la imposición de medidas de apoyo en contra de la voluntad de la persona, ya que la validez o eficacia del reconocimiento o consentimiento a que se refieren queda sometido a lo que se determine en la resolución por la que se adoptan las medidas de apoyo. Sin embargo, no ha de olvidarse en primer lugar, que las medidas judiciales de apoyo son subsidiarias a las voluntariamente otorgadas por la persona, por lo que siempre habría de estarse a éstas con carácter preferente. En segundo lugar, que las judiciales, aunque pueden ser adoptadas por instancia de otros legitimados, deben respetar siempre la voluntad, deseos y preferencias de la persona, por lo que la autoridad judicial deberá fundamentarlas sobre esta base y; por último, que para el caso de que ello no fuera posible, se adoptarán teniendo en cuenta su mejor interpretación. Por lo tanto, habrá de entenderse que si la resolución judicial exige la concurrencia de alguna de las figuras de apoyo previstas para otorgar validez o eficacia al acto es porque previamente ha habido una aceptación expresa, tácita o interpretada, por parte de la persona asistida; porque la persona asistente se ceñirá a acompañarla en el acto de expresión de la voluntad o a expresarla en su nombre; y, por último, porque constituyen una salvaguardia para la persona con discapacidad, lo cual resulta acorde con el sistema de apoyos. Por este motivo, desde nuestro punto de vista, ya no es preciso contar con la aprobación judicial ni con la intervención del Ministerio Fiscal [586]. Dado el carácter personalísimo de este reconocimiento, y de que está en juego la filiación del hijo reconocido, se autoriza a la persona con discapacidad a prestar el consentimiento por sí misma pero, como advierte el CGPJ[587], no se prescinde ni de la intervención judicial ni del establecimiento de medidas judiciales, entre las que se encontrarían las adecuadas para otorgar el reconocimiento sin que sea posible,

[584] Por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 123 del Anteproyecto figuraba inicialmente como párrafo segundo del artículo 124. El cambio de ubicación quizá se deba a las aportaciones de la Fundación Derecho y Discapacidad, para la cual el párrafo 2º del artículo 124 debería ser trasladado al artículo 123 también como párrafo segundo, ya que este precepto era el que regulaba el reconocimiento del hijo mayor de edad y, por tanto, ahí era donde debía figurar esta especificidad.

[585] En la versión inicial, el proyectado artículo 124 regulaba conjuntamente la eficacia del reconocimiento del menor y el de la persona mayor con discapacidad. El artículo 125 CC queda ahora constreñido únicamente a los menores de edad al suprimirse cualquier referencia a los "incapaces" y a la "capacidad". Este artículo fija el plazo *ad hoc* para la invalidación por parte del menor de la filiación determinada judicialmente respecto de su segundo progenitor, en los casos a los que se refiere el precepto a partir de la adquisición de su mayoría de edad, momento en el que, en todo caso, adquiriría plena capacidad jurídica. La última versión del Anteproyecto ha añadido un párrafo a este artículo para indicar que la determinación de la filiación efectuada en este procedimiento no quedará al margen de los procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad que lo precisen. Es decir, en caso de menores con discapacidad sobre los que estuviese en curso un procedimiento de provisión de medidas de apoyo, habrán de ser tenidas en cuenta estas para que en el procedimiento de determinación de la filiación pueda valerse de las que hayan sido acordadas a tal fin. En todo caso, alcanzada la mayoría de edad, la persona podrá impugnar la filiación si no la hubiere consentido.

[586] Quizá por ello, se suprimió este requisito existente en las primeras redacciones del Anteproyecto.

[587] Consejo General del Poder Judicial, 2018. Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad, 2018:59.

a criterio de este organismo, otorgarlo sin ellas válida y eficazmente. Como medidas de salvaguardia, su función será, en nuestra opinión, la de dotar a la persona asistida de las competencias necesarias para emitir su consentimiento libremente.

El artículo 137 CC relativo a la impugnación de la paternidad presenta igualmente modificaciones[588]. Se suprime toda referencia a quienes tengan su "capacidad judicialmente modificada", pero se introduce una previsión en relación con la impugnación de la paternidad de aquellas personas con discapacidad sobre quienes se hubiesen determinado judicialmente medidas de apoyo que "exigiesen" la intervención de "curador" para impugnar la paternidad, fijando el *dies a quo* desde que se hubiesen extinguido las medidas de apoyo[589].

El problema es que el párrafo segundo del apartado primero habla de medidas de apoyo dispuestas judicialmente que "exijan" la intervención del curador. El verbo escogido por el prelegislador puede ser interpretado en el sentido de que la impugnación de la paternidad ha de ser realizada imperativa y conjuntamente con la asistencia del curador –lo cual sería lo mismo que equiparar la nueva curatela con la tradicional de "complemento" de la capacidad- de tal manera que no pudiera llevarse a cabo si éste no concurre. Dicho de otra manera: que dicha impugnación no podría llevarse a cabo sin la concurrencia de la medida asignada. En este caso, no parecería posible, entonces, que la persona beneficiaria de la medida pudiera rechazar su intervención, lo cual se apartaría del criterio del Comité y del expresado en la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto. Pero también cabría otra interpretación positiva que implicaría simplemente que, cuando la persona

[588] El apartado diecisiete del Anteproyecto dice: "*Diecisiete. Se da nueva redacción a los apartados 1 y 2 del artículo 137, que quedan del siguiente tenor: 1. La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo dispuestas judicialmente que exijan la actuación de curador para impugnarla, el plazo del año se contará desde la mayoría de edad o desde la extinción de las medidas de apoyo.*
El ejercicio de la acción en interés del hijo que sea menor, corresponderá, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad, a su representante legal o al Ministerio Fiscal.
Si se tratares de personas con discapacidad, el curador, facultado para ello o, en su defecto, el Ministerio Fiscal, podrán ejercitar la acción de impugnación durante el año siguiente a la inscripción de la filiación.
2. Si el hijo, pese a haber transcurrido más de un año desde la inscripción en el registro, desde su mayoría de edad, o desde la extinción de la medida de apoyo, desconociera la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento".

[589] La curatela se contempla aquí como una verdadera figura de representación que ha de ser ejercida en consonancia con lo ordenado por el artículo 248 del Anteproyecto tantas veces comentado. Por tanto, no cabe la sustitución de la voluntad de la persona asistida sino que, de acuerdo con el nuevo paradigma, actuará según los deseos de la curatelada de impugnar la paternidad. Para el caso de no haberlo hecho en el plazo de un año a contar desde la inscripción de la filiación, la propia persona con discapacidad dispondría también del plazo de un año a contar desde la extinción de la medida de apoyo, para hacerlo por sí misma. Con la intervención del curador parece que se está pensando solo en la medida de apoyo continuado. Sin embargo, puede haber casos donde se precise solo el apoyo puntual y ésta podría ser una de las situaciones en las que podría bastar con la asistencia de un defensor judicial (*vid*. art. 293-1º CC proyectado) o de un guardador de hecho (*vid.* art. 261 y ss. del Anteproyecto), salvo que se esté pensando en la curatela con facultades de representación, que es lo que parece, y así lo entiende también el CGPJ en su informe consultivo Consejo General del Poder Judicial, 2018. Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad…pp. 59-60, párrafo 151.

hubiera sido dotada con una curatela y la curadora no hubiese impugnado la paternidad en su nombre, el plazo del año para que aquélla pudiese ejecutar la acción de impugnación correría desde que la medida se extinguió, con independencia de las razones que llevaron a la curadora a no hacerlo. Esta interpretación, acorde con la CDPD y con el propio espíritu del Anteproyecto, permitiría que, incluso habiendo sido proveído de la curatela, la persona pudiera ejercitar su acción sin la concurrencia de ésta y antes del plazo mencionado, si así lo decidiese voluntariamente; en todo caso y, con fines aclaratorio, consideramos que no estaría de más sustituir el verbo "exigir" por otro menos tajante.

Continuando dentro del ámbito del Derecho de familia, encontramos otro ejemplo de adaptación al artículo 12 CDPD, en el proyectado artículo 156 CC. La nueva redacción del precepto permitirá ahora que la patria potestad sea ejercida por uno solo de los progenitores en defecto o por ausencia o imposibilidad del otro, con independencia de que pudiera existir cualquier condición de discapacidad en alguno de ellos y de que puediera tener medidas de apoyo para ejercerla[590].

De forma análoga, se suprime el artículo 171 CC, consagrado a regular la prórroga o la rehabilitación de la patria potestad de los hijos "incapacitados", en coherencia con la eliminación de esta figura en la reforma proyectada, aunque esta eliminación también ha merecido ciertas críticas[591]. La eliminación de esta figura en sus dos variantes se comprende plenamente dentro del modelo social de la discapacidad, que aboga precisamente por la promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad, resaltando y potenciando sus capacidades al máximo y apoyándola para que pueda desarrollarse. La infantilización supone justamente su negación. La Exposición de Motivos del Anteproyecto, justifica su eliminación al considerar que la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada son figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que se propone. En este sentido, recuerda que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores[592] que, en la mayor parte de

[590] Se reconoce así, tácitamente, la capacidad jurídica de ambos progenitores.

[591] Al comentar la reforma proyectada de este precepto, el CGPJ insiste de nuevo en la sugerencia de articular en el sistema de protección y apoyos a las personas con discapacidad, mecanismos de protección de carácter familiar que resulten eficaces y eficientes y que contribuyan a disminuir la sobrecarga de los órganos judiciales, proponiendo al prelegislador la valoración del establecimiento de estas medidas siquiera limitadas a los casos de discapacidad grave, con afectación profunda, prolongada e irreversible de las facultades cognitivas, intelectivas y volitivas. Desde nuestro punto de vista, esta sugerencia se opone al espíritu de la Convención y, por ende, al del propio Anteproyecto que, deliberadamente, suprime la patria potestad en sus dos variantes por las razones que ya se han expuesto anteriormente y que se reflejan en su Exposición de Motivos.

[592] Si bien las familias representan la principal fuente de apoyo para las personas con discapacidad intelectual, los padres se preocupan por lo que les sucederá a sus familiares cuando ellos ya no estén o no puedan cuidarlos. Las estrategias para construir redes de apoyo para personas con discapacidad intelectual le permiten a la persona dirigir su propia vida y recibir el apoyo necesario para tomar decisiones por sí misma (toma de decisiones con apoyo). Al contar con esos apoyos, se reduce la vulnerabilidad y el aislamiento de las personas con discapacidad intelectual, así como la dependencia de sus familias para poder vivir como desean. *Independiente pero no solo. Informe Mundial sobre el Derecho a Decidir*. INCLUSION INTERNATIONAL, 2014:86.

los casos, morirán antes que él; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera. En definitiva, se rompe una lanza a favor de las capacidades del hijo con discapacidad que podrá, al menos legalmente, huir de un excesivo proteccionismo de sus progenitores para poder desarrollar su plan de vida, aún con asistencia, de la manera más autónoma posible, pudiendo solicitar apoyos cuando los precise, pero también prescindir de los mismos cuando no los considere necesarios[593].

3.1.2.2.1 El proyectado régimen de provisión de apoyos

3.1.2.2.1.1. Las medidas de apoyo voluntarias: autocuratela, poderes y mandatos preventivos

El artículo 251 CC comentado, contiene la tantas veces aludida subsidiariedad del procedimiento judicial de fijación de medidas de apoyo al establecer expresamente que "solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias". En este artículo se recoge la pieza clave del nuevo paradigma, cual es la supremacía de la voluntad de la persona a quien la reforma proyectada le otorga plenas facultades para decidir sobre el modo en que quiere gestionar su vida para cuando necesite de apoyos para ejercitar plenamente su capacidad jurídica. Lo que determine habrá de ser y vinculará incluso a la autoridad judicial, que solo podrá intervenir, si la persona hubiese otorgado medidas preventivas de carácter voluntario, cuando éstas resulten insuficientes, ineficientes o cuando no respondan a lo que verdaderamente quería la persona, es decir, no se ajusten a su voluntad. Solo cuando esto ocurra[594], y no exista un guardador de hecho que actué como apoyo suficiente, entrará en juego la autoridad judicial que, además, deberá tener siempre en cuenta los deseos y preferencias de la persona, a la hora de resolver. Para ello, la destinataria de los apoyos deberá convertirse también en verdadera protagonista del procedimiento, durante el cual habrá de acreditarse su voluntad. No bastará ahora con su mera audiencia o "exploración judicial". Éste es el verdadero cambio de paradigma: la adecuación de las medidas a sus deseos y preferencias[595].

Todas las medidas voluntarias otorgadas mediante escritura pública deberán ser remitidas de oficio al Registro Civil para que consten en el expediente judicial de la persona a quien incumban[596].

---

[593] En todo caso, como indica MUNAR BERNAT, 2018:131, ello no supone que los padres no puedan desempeñar la función de prestar esos apoyos como curadores, puesto que el art. 274-3 CC, al establecer las personas a las que la autoridad judicial podrá nombrar, se refiere al progenitor, siendo preferido el que conviva con la persona precisada de apoyos.

[594] O cuando la persona no hubiese adoptado medida de ningún tipo.

[595] Más adelante analizaremos si la reforma procesal del Anteproyecto lo consigue.

[596] El tema de la publicidad de las medidas de apoyo también ha sido objeto de crítica o, al menos de reflexión, por algunos de los juristas citados en este trabajo, según se comentará también más adelante.

El artículo 251 no establece ningún tipo de límite ni clasificación en cuanto al tipo de medidas anticipatorias que se podrían adoptar. Por ello, consideramos que sirve como marco normativo general y que en él cabe cualquier disposición relativa a futuras medidas de apoyo de carácter personal -incluidas las relativas a cuestiones de salud pero también las relativas, por ejemplo, a las voluntades digitales[597]-, o patrimonial adoptadas en razón de la futura concurrencia de circunstancias que hagan preciso el uso de tales apoyos, ya sean de carácter particular ya sean de carácter general. La cuestión, sin embargo, no es pacífica[598], pues hay quien opina, por ejemplo, que las relativas a la salud deben quedar circunscritas al ámbito de la legislación sanitaria[599]. En nuestra opinión, aunque este tipo concreto de directivas o medidas anticipadas no se mencionan expresamente en el Anteproyecto, sí quedarían incluidas dentro del artículo 251 CC propuesto, y concurrirían con las previstas en la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente o las establecidas en las leyes autonómicas donde existan.

Otra cuestión que cabría también preguntarse es si, dentro de ese marco general regulador del artículo 251 CC proyectado tendrían también cabida aquellas previsiones consistentes en determinar que, ante la circunstancia o circunstancias invalidantes o limitantes del ejercicio de la capacidad jurídica, la persona ordenase no recibir ningún tipo de apoyo. Desde nuestro punto de vista y, teniendo siempre presente el espíritu del nuevo paradigma, la medida sería perfectamente válida y, por tanto, debería ser respetada[600]. Pero somos conscientes de que el problema es ciertamente complejo y plantea una cuestión jurídica que habrá de solventarse previa resolución de la difícil cuestión bioética que hay detrás: la de determinar qué ha de prevalecer en el momento exacto en que la persona que dejó expresada

[597] Se trata, por ejemplo de decidir qué pasaría con nuestras cuentas de redes sociales: si se cerrarían, quién lo haría o quién las administraría en caso contrario, etc., en consonancia con lo previsto en el artículo 96 1-d) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE nº294, de 6 de diciembre) a la que ya hemos aludido en este trabajo, que expresamente otorga legitimación activa a la persona prestadora de apoyos para acceder a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información en caso de fallecimiento de personas con discapacidad, cuando tales facultades se entendieran comprendidas dentro de las medidas de apoyo prestadas por la designada.

[598] La pone sobre la mesa el CGPJ en su informe consultivo al Anteproyecto recomendando su aclaración en el transcurso de la elaboración de la norma.

[599] El propio Tribunal Constitucional, en su STC 133/2017, de 16 de noviembre, por la que declaró inconstitucionales ciertos preceptos de la Ley de Derecho Civil Gallega, entre ellos el relativo a la regulación de la autotutela, tal como ya se ha comentado en este trabajo anteriormente, considera que los documentos de instrucciones previas no tiene vinculación con la legislación civil ya que para este Tribunal, no son más que desarrollos competenciales en materia de sanidad. Sin embargo, TORRES GARCÍA, 2013:145-146, alaba la normativa catalana sobre derechos del paciente, entre los que se incluyen el relativo al otorgamiento de instrucciones previas, en primer lugar, por su ubicación sistemática, al desplazar su regulación de una norma de marcado carácter administrativo, como es la Ley 41/2002 a su lugar de procedencia, el Derecho Civil, y dentro de él en la normativa propia del derecho de la persona; pues solo a esta corresponde prestar su consentimiento de acuerdo con la naturaleza del derecho sobre el que se tomará la decisión –aunque no sea contractual-, y en este sentido resulta muy gráfica, dice la autora, la expresión que utiliza el artículo 212-17 CCCat. Al decir que: *la libre decisión de las personas es determinante*…; y otra por la propia estructura que tienen las instituciones de protección de la personas, las cuales deben dirigirse en interés de ésta. En contra del criterio seguido por el Tribunal Constitucional, también GARCÍA RUBIO 2018-I:195 y, de la misma autora, 2018-III:23-26 y 2018-II:29-60.

[600] Opinión compartida con GARCÍA RUBIO, 2018-II:43. Sin embargo, el CGPJ vislumbra un eventual conflicto, por lo que considera que sería deseable una mayor concreción del sentido y contenido posible de la voluntad anticipada del otorgante, teniendo en cuenta las esferas de actuación sobre las que podría proyectarse y su eventual incidencia en derechos, principios y valores de raigambre constitucional.

su voluntad de no recibir apoyos precisa de ellos pero ya no puede manifestar su voluntad de modo comprensible para los demás; se trata entonces de decidir si la voluntad que debe respetarse es la expresada en aquel documento de medidas anticipatorias o la existente en el momento en que necesita del apoyo. El brete en el que esta cuestión coloca al prelegislador no es fácil de resolver pero, sin duda, su respuesta evitaría la inseguridad jurídica en la que nos podríamos encontrar de no ser zanjada.

La respuesta más acorde con la CDPD sería aquella que respete al máximo la voluntad, esto es, el deseo de la persona a no recibir apoyos. No obstante, creemos que la voluntad a tenerse en cuenta es la que corresponde al momento en que se ha de realizar el acto, de tal manera que, si llegado el caso, se opone a la que tiempo atrás plasmó en un documento de autocuratela o en un poder preventivo, ha de primar la voluntad actual por encima de la anterior. Cosa distinta es cómo se llegue al convencimiento real de cuál sea la verdadera voluntad en el momento de realización del acto.

Dentro de las prioritarias medidas de apoyo de carácter voluntario, nos centraremos ahora en las enunciadas: autocuratela, poderes y mandatos preventivos.

La sección segunda del Capítulo IV del Anteproyecto que venimos analizando, desarrolla de forma específica la figura de la autocuratela[601], que recuerda también, en cierto modo, a la denominada autotutela[602]; de este modo se adapta la propia terminología al espíritu de la nueva regulación de la discapacidad en la que, recordemos, ya no cabe la tutela ni siquiera aunque uno mismo la prevea para sí.

El artículo 251 y más específicamente el artículo 269 CC[603], proyectados, regulan la posibilidad de que la propia persona mayor de edad, en previsión de una futura circunstancia que pueda dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, otorgue escritura pública de lo que pasará a denominarse autocuratela y que vendría a sustituir en cierto modo, a la vigente autotutela[604].

---

[601] Este artículo se ubicaba inicialmente junto a la regulación de los poderes y mandatos preventivos. En la última versión del Anteproyecto, el prelegislador ha preferido situarlo en la Sección 2ª, Subsección Primera del Capítulo IV, dedicado a la curatela, del Libro I, Título XI del Código Civil proyectado.

[602] Las diferencias entre ambas figuras, autotutela actualmente vigente y autocuratela prevista, sin embargo, existen desde el momento en que la primera figura exigía para su entrada en juego la previa declaración de incapacitación del otorgante, mientras que la autocuratela entrará en juego cuando la persona se encuentre en situación de precisar medidas de apoyo, pero nunca perderá su capacidad jurídica.

[603] Artículo 269. *Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de que se produzca alguna de las circunstancias a las que se refiere el artículo 248 podrá, en escritura pública, proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador.*

Podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, dispensa de la obligación de hacer inventario y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.

Una vez instado el procedimiento de provisión de apoyos, no tendrá eficacia la propuesta de nombramiento de curador, si bien la autoridad judicial deberá tener en cuenta las preferencias manifestadas por la persona que precise apoyo.

[604] Una cuestión interesante a tratar en otro foro será la de debatir acerca de los efectos jurídicos que tendrían en el futuro las escrituras públicas de autotutela que se hubiesen otorgado de acuerdo con el vigente sistema y que no hubieren desplegado sus efectos todavía una vez que entrase en vigor la reforma planteada por el Anteproyecto.

La autocuratela es definida por GARCÍA RUBIO como "la medida voluntaria, anticipatoria o preventiva establecida por una persona en previsión de su futura discapacidad por la que nombra a una o varias personas para que, llegado el momento y por el procedimiento que se establezca, ejerza o ejerzan las funciones de apoyo en su condición de curador o curadores y dispone, en su caso, sobre sus reglas de actuación; se trata, en definitiva, de autodeterminar el apoyo tomando como referencia el marco institucional.

En estos términos se describe en el artículo 269 CC, según el texto proyectado, donde también se prevé la posibilidad de que el autor de la medida preventiva haga precisamente lo contrario, es decir, excluir a determinada o determinadas personas de la posibilidad de que, cuando lo precise para el ejercicio de su capacidad, puedan llegar a ser sus curadores[605]".

ESCARTÍN IPIÉNS se atreve a intentar una definición de la figura "Aun sabiendo que toda definición es peligrosa". Así, declara que "Podemos adoptar una definición comprensiva de dos manifestaciones de la institución: a) como declaración de voluntad; b) como situación jurídica «salvaguardia» (art. 12 de la Convención) o «medida institucional de apoyo» en la terminología del Anteproyecto.

a) Como declaración de voluntad del mismo potencial beneficiario, una persona física, mayor de edad, menor emancipado (artículo 269 CC) o habilitado de edad (artículo 244 CC), que en previsión de que se produzca una eventual y futura situación de discapacidad (artículo 248 CC) que requiera un apoyo continuado (artículo 249 CC), propone la curatela como medida de apoyo necesaria para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, desarrollo pleno de su personalidad y en condiciones de igualdad (artículo 248 CC).

b) Tal declaración de voluntad vincula a la autoridad judicial y genera una situación jurídica, de conformidad con la extensión y límites de la resolución judicial que constituya la curatela, regulada por las disposiciones del declarante, por lo declarado en la resolución judicial y lo establecido por la ley con carácter imperativo o dispositivo[606]".

Como ambos juristas exponen, el otorgamiento de la escritura de autocuratela trata de establecer una curatela, para lo cual se requiere la intervención de la autoridad judicial. Según ESCARTÍN IPIÉNS esta compleja naturaleza (jurídica), declaración de voluntad-resolución judicial-ley, caracteriza a la autocuratela como una medida de apoyo institucional, dentro de la curatela, pero dotada de su propia regulación (artículo 269 CC).

En dicha escritura, el otorgante podrá prever las medidas de apoyo de las que pretenda valerse para ello y que pueden referirse tanto a su esfera personal como patrimonial. Asimismo podrá ordenar el régimen de gestión de tales medidas así como el alcance de las facultades de la persona que haya de prestar el apoyo. El precepto finaliza determinando que, una vez iniciado el procedimiento para la provisión de apoyos, en su caso, no tendrá eficacia el nombramiento de curador propuesto aunque la autoridad judicial deberá tener en cuenta las preferencias que la persona necesitada de apoyo haya manifestado en dicha escritura. Este párrafo final ha de ser entendido en el sentido de que el nombramiento de curador propuesto se hubiese producido

[605] GARCÍA RUBIO, 2018:29-60.
[606] ESCARTÍN IPIÉNS, 2018:85-119.

en una escritura de autocuratela otorgada después de incoado el procedimiento judicial de provisión de apoyos[607], medida que ha de entenderse como salvaguardia hacia la persona con discapacidad.

El artículo habla solo de persona. Entendemos que ésta podrá ser física o jurídica pero se plantea nuevamente la duda acerca de si podrá designarse a más de una o incluso a una red de apoyos estableciéndose el modo en que estos deben ser ejercitados. En nuestra opinión, a la luz del nuevo paradigma, nada debería obstar para permitir que fuera la propia persona con discapacidad quien dispusiese sobre cómo y a través de quién quiere gestionar su futuro. Ello significaría que, de prever en su documento de autocuratela una red de apoyos, uno o más curadores, etc., el juez quedaría vinculado por la voluntad expresada de ese modo, salvo que, por razones excepcionales y mediante resolución debidamente motivada, considerase que debieran aplicarse otras medidas diferentes a las previstas, a tenor de lo previsto en el nuevo artículo 270 CC[608].

El Anteproyecto prevé que el cargo de curador pueda recaer tanto sobre una persona física como sobre una jurídica. Respecto a esta última, se ha planteado una cuestión francamente interesante, cual es si las limitaciones que la ley establece para quien haya de ser judicialmente nombrado curador operarían también a la hora de otorgar la medida voluntaria y preventiva de autocuratela.

Cabría preguntarse, en primer lugar, si el curador nombrado en un documento de autocuratela debería ser imperativamente una entidad sin ánimo de lucro o si, atendiendo siempre a la voluntad del otorgante, podría ser una persona jurídica con ánimo de lucro. Las ventajas que tendría esta segunda opción serían varias: por una parte, respondería a la sacrosanta voluntad de la persona que nombraría curadora a quien realmente quisiera; en segundo lugar, este tipo de empresas[609] pueden inspirar más confianza para la gestión de determinados asuntos, especialmente, cuando se trata de gestionar

---

[607] Así lo destaca también la profesora GARCÍA RUBIO, 2018:29-60, quién expone que "no obstante, según lo previsto en el artículo 270 CC, en tanto no se inicie el procedimiento de provisión de apoyos, la designación voluntaria del curador por el interesado vincula a la autoridad judicial, que también en este supuesto será quien en verdad constituya la curatela, en tanto que medida de apoyo institucional, pero sin prácticamente margen para decidir si el designado es o no el más adecuado para desempeñar el cargo. En cambio, una vez iniciado el procedimiento de provisión de apoyos, las preferencias por una u otra persona manifestadas por el interesado, incluso de forma documental, no vincularán a la autoridad judicial a quien le incumba la designación, si bien sí habrá de tenerlas en cuenta, para atender una vez más al mantra de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.. En el mismo sentido, ESCARTÍN IPIÉNS, 2018:85-119, expone que "Si bien tiene carácter vinculante para la autoridad judicial, sin embargo, corresponde a la misma: nombrar al curador, calificar la aptitud del propuesto e incluso «podrá prescindir total o parcialmente de las mismas (propuestas) de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela, o por el Ministerio Fiscal, y siempre por resolución motivada, si existen circunstancias graves, desconocidas por quien las estableció o la alteración de las causas expresadas por el mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones» (artículo 270 CC)".

[608] Artículo 270 CC, según el Anteproyecto: *La propuesta de nombramiento y demás disposiciones voluntarias a que se refiere el artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela.*

No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de las mismas, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, y siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció, o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.

[609] En Estados Unidos pueden ser "tutores" tanto las personas físicas como las personas jurídicas –tengan o no finalidad lucrativa-. LEGERÉN MOLINA A. , 2013:159.

patrimonios, bienes o derechos, especialmente complejos que requieren de una gran especialización de la que suelen carecer las entidades no lucrativas, que precisamente acaban encomendando la gestión a aquellas empresas; por otra parte porque, la otorgante podría nombrar curador a una entidad con ánimo de lucro para determinadas cuestiones, y curador a una entidad sin ánimo de lucro, para otras -entre ellas para ejercer las labores de control sobre aquélla-, al igual que podría nombrar varios curadores con, sin, o con y sin ánimo de lucro, para que gestionasen diferentes parcelas de su vida. Desde nuestro punto de vista, nada debería impedirlo, pues la propia persona puede establecer en el mismo documento los mecanismos de control y supervisión de la curatela, su carácter retribuido o no, etc. Además, no ha de olvidarse que para el caso de que el o los curadores no cumpliesen debidamente las funciones encomendadas, podría instarse su extinción y el nombramiento de un nuevo curador. En este último caso, de ser nombrado judicialmente, la redacción del Anteproyecto impediría que el nuevo curador fuese persona jurídica con ánimo de lucro[610].

Otra cuestión que cabría preguntarse sería si la persona jurídica designada para ocupar el cargo de curador en el documento de autocuratela, estaría también obligada a tener entre sus fines el de la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. La conclusión, desde nuestro punto de vista, debe ser parecida a la anterior, pues habrá que ver qué funciones concretas le atribuye la otorgante y si éstas pueden ser ejercitadas por la entidad con ánimo de lucro designada, a tenor de lo previsto en sus propios fines sociales que, desde nuestro punto de vista, serían los únicos que podrían impedirle realizar las tareas encomendadas.

En definitiva, creemos que debiera permitirse que el cargo de curador fuera ejercido por quien elija la persona sin las limitaciones establecidas en el artículo 273 CC y 274 CC proyectados[611].

Existen, además, otras cuestiones de interés en relación con la medida anticipatoria que venimos comentando.

El otorgamiento de escritura pública de autocuratela en el que plasmar su voluntad sobre las medidas que le pudieran ser aplicadas en su

---

[610] Artículo 274: *La autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiera delegado, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 270. En defecto de tal propuesta, la autoridad judicial nombrará curador: 7º. A una persona jurídica en la que concurran las condiciones indicadas en el párrafo segundo del artículo anterior.*
Artículo 273-2 CC proyectado: *Podrán ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.*

[611] Durante los casi tres años que el texto del Anteproyecto estuvo en deliberación, ESCARTÍN IPIÉNS, 2018:85-119, miembro de la CGC, intentó convencer a sus colegas de la Sección Primera de la CGC de suprimir ambos requisitos. Por ese motivo, durante la deliberación del texto, el notario presentó propuestas escritas a modo de enmienda y un voto particular en dos sesiones plenarias que, sin embargo, no prosperaron. Para él lo realmente importante no es tanto la carencia de ánimo de lucro de la entidad cuanto un verdadero control administrativo o jurisdiccional de la persona jurídica que ejerza la labor de curador.
El propio CGPJ ha recomendado también al prelegislador que reconsidere la posibilidad de abrir paso a entidades no lucrativas para el desempeño de la labor de curador a la vista de las tendencias marcadas en la actualidad por el derecho comparado y teniendo en cuenta los múltiples controles a los que la figura se ve sometida, el carácter retribuido del cargo y, todo ello, sin perjuicio de ampliar las garantías, hipotecas o salvaguardas para el ejercicio del cargo. Sin embargo, de momento esta sugerencia no ha sido acogida en el seno de la CGC.

interés continúa estando vedado a los menores de edad no emancipados, por mor de lo previsto en el artículo 269 CC proyectado[612]. Tampoco se le permite el otorgamiento de instrucciones previas en materia de salud, a tenor de lo previsto en el artículo 11 de la Ley 41/2002[613]. El Código Civil, sin embargo, permite en los artículos 662 y 663 que los mayores de catorce años de edad, con carácter general, puedan testar. Por ello, no entendemos la prohibición al menor respecto al otorgamiento de las mencionadas medidas voluntarias de apoyo que, de acuerdo a su voluntad, deberían regir su propia vida en su futuro. Creemos que, de convertirse en ley este Anteproyecto, podría darse la circunstancia de que al menor con discapacidad (mayor de catorce años) se le permitiese realizar disposiciones voluntarias *mortis causa*, esto es, en beneficio de sus herederos pero, sin embargo se le prohibiese realizar disposiciones anticipadas que reflejarían su propia voluntad sobre aspectos que se refieren a su propia vida y que redundarían en su propio beneficio entendido éste como aquél que recogería su propios deseos o preferencias.

Autoras como GARCÍA RUBIO[614] consideran que los menores sí podrían otorgar este tipo de medidas en virtud de lo previsto en el artículo 1263 CC. En su opinión, aunque el Anteproyecto parece estar pensado exclusivamente para los mayores de edad y los menores emancipados, por lo que esta parece una premisa ineludible de este tipo de documentos, considera que los menores de edad podrán realizar previsiones similares siguiendo las reglas que le son propias, entre las que destaca la capacidad reconocida al menor, por ejemplo, en los temas relativos a su salud, así como el valor que como principio y como derecho subjetivo ha de otorgarse en este caso al interés superior del propio menor.

Así debiera ser también en nuestra opinión pues lo contrario resulta incongruente, como hemos visto, con la propia posibilidad de hacerlo por vía judicial. Pero, además, existen otras razones que avalarían este argumento.

---

[612] Artículo 269 CC Anteproyecto: *Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de que se produzca alguna de las circunstancias a las que se refiere el artículo 248 podrá, en escritura pública, proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador.*
Podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, dispensa de la obligación de hacer inventario y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.
Una vez instado el procedimiento de provisión de apoyos, no tendrá eficacia la propuesta de nombramiento de curador, si bien la autoridad judicial deberá tener en cuenta las preferencias manifestadas por la persona que precise apoyo.

[613] Artículo 11-1 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: *Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.* En el mismo sentido, el artículo 5 de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, de Galicia.

[614] GARCÍA RUBIO, 2018-II:39

En primer lugar, el propio artículo 162-1 CC[615], que permanece inalterado en el Anteproyecto, excluye de los actos correspondientes a la patria potestad ejercitada por los padres de la persona menor de edad, aquellos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, en atención a su madurez, pueda desempeñar por sí mismo. Dentro de los derechos de la personalidad[616] se encuentran: la salud, la vida, la integridad física, etc.

En segundo lugar, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor[617] introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de los derechos de los menores y establece que las limitaciones que pudieran derivarse de tal hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva, abogando de forma decidida por la promoción y participación del menor en los asuntos que le conciernen. En concordancia con lo expuesto, el artículo 2-1-2º de la LO 1/1996, relativo al interés del menor, establece que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

Estos postulados tienen su reflejo en la normativa sanitaria. Un claro ejemplo de ello es la prestación del consentimiento informado que, en principio corresponde a los menores que tengan capacidad de entender suficiente, estableciendo expresamente el artículo 9-4 de la Ley 41/2002 que, en el caso de menores emancipados o mayores de 16 años, no cabe el consentimiento por representación, salvo en los casos excepcionales allí expuestos[618]. Sin embargo, a pesar de ello, como ya hemos mencionado anteriormente, el artículo 11 de la Ley 41/2002, impide al menor el otorgamiento de instrucciones previas[619], lo cual tiene cierta coherencia con lo previsto en el artículo 9-4-2 *in fine* que, para los casos de grave riesgo para la vida o integridad del menor sí exige la prestación del consentimiento por representación, aunque con la participación de este, a pesar de que pueda resultar incoherente con el principio de promoción de su voluntad.

Las instrucciones previas podrían ser adoptadas dentro de un documento público de autocuratela, pero, como hemos visto, de la redacción del artículo 269 CC proyectado y, en relación también con el tenor del artículo 1263 CC, nuestra conclusión a estos efectos, difiere de la expresada por GARCÍA RUBIO, aunque, igual que ella, consideremos que tales facultades le debieran estar permitidas al menor en coherencia con los argumentos que se acaban de exponer y, sobre todo, porque consideramos una incoherencia que se le reconozca tal facultad siguiendo el procedimiento judicial pero no a través del otorgamiento de esas medidas voluntarias.

---

[615] Artículo 162 CC. *Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.*
No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

[616] Que son, en palabras de BELTRÁN AGUIRRE, 2007:10, los derechos básicos inherentes a todo ser humano por el mero hecho de serlo.

[617] Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE nº 15, de 17 de enero de 1996.

[618] Artículo 9-4-2 Ley 41/2001: *cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.*

[619] *Vid.* LIÉBANA ORTIZ & PÉREZ ESCALONA, 2015

En todo caso, resulta indudable que para cualquier otra medida de carácter voluntario cuya intervención por sí mismo no le esté vedada, por supuesto el menor podrá otorgarla sin problema.

El artículo 251 CC proyectado regula, asimismo, la posibilidad de otorgamiento de poderes preventivos sin que aquí existan las limitaciones a la edad recién comentadas[620], ni tampoco a la persona jurídica anteriormente expuestas, ya que no hablamos de curador sino de apoderado, por lo que ésta podría ser una vía alternativa a la autocuratela[621].

Cuando el poder haya sido otorgado con cláusula de subsistencia para cuando el poderdante requiera apoyo para el ejercicio de su capacidad y comprenda todos sus negocios, el apoderado, según lo previsto en el proyecto de artículo 257 CC, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sometido al régimen de la curatela, "salvo que el poderdante haya determinado otra cosa", con lo cual esta medida podría ser una alternativa a la autocuratela para la gestión de los intereses de la persona por entidades con ánimo de lucro[622] .

El capítulo II del Título XI aborda la regulación concreta y detallada *De los poderes y mandatos preventivos* en sus artículos 254 CC a 260 CC de los que algo acabamos de comentar. Como notas destacables indicamos las siguientes:

Respecto a los artículos 254 CC y 255 CC proyectados, una primera cuestión que se nos plantea es la de decidir si en verdad estamos ante actos unilaterales de la persona que los otorga o si por el contrario, se trata de un acto que precisa la aceptación del destinatario y posee naturaleza bilateral. Ninguno de los preceptos aclara expresamente esta cuestión[623] que tampoco ha sido interpretada de forma unánime entre la doctrina[624]. Para nosotras, se trata

---

[620] Si bien en este sentido, respecto a la capacidad, autores como DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2008:238, destacan que el mandante deberá ser capaz, esto es, mayor de edad o menor emancipado cuando el contenido del contrato o la actividad que deberá desplegar el mandatario se incluya entre los actos y contratos que pueda realizar sólo el mandante, en otro caso, debería contar con el complemento de capacidad de los padres o del curador. Es sabido, que una de las reglas que disciplinan la representación está en que el poderdante tenga capacidad adecuada para llevar a término personalmente los actos cuya gestión encomienda al mandatario, no pudiendo encomendarse a este último la realización de negocios para los que el mandante no tenga capacidad aunque sí la tenga el mandatario.

[621] ESCARTÍN IPIÉNS, 2018:103, destaca la precariedad de la norma toda vez que, como se verá más adelante, su extinción podría ser instada por persona distinta al poderdante.

[622] Pues, en palabras de GARCÍA RUBIO, 2018-II:29-60 "…y como no puede ser de otra manera dada el absoluto imperio de la voluntad del poderdante en este tipo de negocios, el mencionado artículo 257 CC se configura como un precepto puramente dispositivo de suerte que…el disponente podrá establecer el régimen de ejercicio y control que considere oportuno". En el mismo sentido, también ESCARTÍN IPIÉNS, 2018.

[623] El CGPJ sugiere en su informe consultivo que para clarificar la naturaleza jurídica y el contenido obligacional que deriva de los poderes preventivos con cláusulas de subsistencia –artículo 254- y los poderes preventivos de apoyo –artículo 255- sería aconsejable que se previera la aceptación del apoderado, si bien admite una aceptación tácita, de usarse el poder por éste.

[624] Como pone de relieve GARCÍA RUBIO, 2018-II:37-38, la doctrina ha discrepado en torno a la naturaleza del artículo 1732 CC, debido a su escasa regulación. Para algunos, entre los que cita a AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, la figura solo puede desempeñarse de manera adecuada si se configura como un mandato representativo directo, que aúne el negocio unilateral de apoderamiento con el bilateral de mandato, pues si se configurase solo como acto puramente unilateral el representante no quedaría obligado a actuar por no existir aceptación. Para otros, como PARRA LUCÁN, 2014:206-207, en estos supuestos no hay un contrato de mandato sino un apoderamiento basado en la confianza. GARCÍA RUBIO se hace eco también del *Memorandum* de la Recomendación CM/Rec (2009) 11, cuyo número 84, en relación a los sistemas de derecho comparado, dice que en la mayor parte de los Estados, el poder preventivo es unilateral en el momento del otorgamiento y se convierte en un contrato con la aceptación del apoderado, mientras que en otros, se trata de un contrato desde e primer momento. Pero cuando el

de actos unilaterales que no precisan de la voluntad de la persona apoderada para admitir su validez y eficacia, pues éstas dependen exclusivamente de la voluntad de la poderdante.

La misma opinión es defendida también por GARCÍA RUBIO para quien, no obstante lo anterior, como cualquier genuino apoderamiento, se trata de un negocio recepticio, de suerte que el poderdante ha de dirigirlo a la persona o personas elegidas para suministrarle los apoyos. Ahora bien, advierte esta autora que, llegado el momento previsto en la cláusula que da sentido a este tipo de poderes, la colaboración de las personas designadas es imprescindible para que el apoyo querido por el autor del negocio pueda producirse efectivamente, lo que en su opinión no significa que la voluntad de los designados sea, en todo caso, constitutiva del negocio de apoderamiento, ni que haya que ser interpretada siempre como una propia aceptación contractual; baste señalar que el poder existe desde que el poderdante lo otorga con los requisitos pertinentes, aunque la actuación requerida se produzca tiempo después, una vez sobrevenida la necesidad de apoyo.

No obstante, como asimismo apunta esta autora, el proyectado artículo 260 CC deja claro que también se permite que esta clase de disposiciones en previsión de futuras necesidades de apoyo se hagan a través de un genuino contrato de mandato, supuesto en el que será precisa la voluntad de ambas partes, mandante y mandatario, para su plena validez y eficacia.

En efecto, conforme al citado artículo las disposiciones sobre poderes y mandatos preventivos se aplicarán igualmente al mandato sin poder, precepto que en principio puede suscitar alguna perplejidad, pero con el que se quiere atender a aquellas situaciones en las que la autorización que fundamenta la actuación en apoyo no se exterioriza ante terceros, si bien llegado el momento, el que ha actuado en interés del mandante puede justificar, ante cualquier reclamación de un familiar, de un sucesor o de un tercero, que su actuación está amparada por la voluntad de dicho mandante[625].

En segundo lugar, destacamos también la previsión del artículo 255 CC de que se incorpore junto con el acta notarial un informe pericial para acreditar que se ha producido la necesidad de apoyo prevista en el poder otorgado con carácter preventivo[626], momento a partir del cual la medida preventiva desplegará su eficacia. Lo llamativo es que el artículo no especifica que dicha pericia deba ser médica, luego podría ser cualquier otra necesaria en el caso concreto, apreciándose, de este modo, una separación del criterio médico legal imperante en el tradicional tratamiento de la discapacidad que nos parece muy positiva.

Pero, sin duda, lo verdaderamente relevante del nuevo precepto es que será la propia otorgante y no un tercero, quien determine, a través del

---

mismo documento explica el contenido de la Recomendación en este aspecto concreto dice que los poderes preventivos pueden tomar forma de un acuerdo pero también pueden ser actos unilaterales, en cuyo caso será preferible que se informe al apoderado de que ha sido nombrado para que acepte su actual o futuro rol.

[625] GARCÍA RUBIO, 2018-II:38.

[626] La redacción propuesta por la CGC para el artículo 255 es la siguiente: *El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro se vea necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido.*

sistema que le parezca más oportuno, cuándo será el momento en que se producirá la necesidad de apoyo que activará el mecanismo preventivo o que no impedirá que el previsto continúe siendo eficaz. Habrá de actuarse, pues, según las previsiones de la poderdante, quedando incluso la autoridad judicial vinculada por esta previsión, de modo que ni siquiera ella deberá intervenir para determinar el comienzo, ni para homologar la eficacia del poder. El tercero o, en su caso, la autoridad judicial solo podrán intervenir si así hubiera sido previsto por quien otorga el poder. Se sigue de este modo, el criterio marcado por el Comité que da prevalencia absoluta a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, colocando a la persona con discapacidad en el mismo plano de igualdad que las demás que es, en definitiva, lo que exige la Convención. La intervención judicial *a priori* para homologar el poder sin ningún tipo de justificación más que el hecho de la discapacidad supondría la perpetuación del estigma en contra de las personas con discapacidad, al presumirse su incapacidad, omitiendo que, en el nuevo paradigma la presunción es justamente la contraria.

En todo caso, como recoge el artículo, solo para garantizar el cumplimiento de las previsiones de la otorgante, podrá extenderse acta notarial que incorporará el juicio del notario y además el referido informe pericial que irá destinado también a garantizar el cumplimiento de lo previsto por la poderdante. De ahí que, como antes hemos dicho, la pericia pueda ser del tipo que se hubiera previsto para salvaguardar el cumplimiento de las voluntades reflejadas en el poder y ya no imperativamente médica.

Por otra parte, queremos poner de relieve la posibilidad de permanencia y concurrencia de estos poderes junto con otras medidas de apoyo, hayan sido estas previstas judicialmente o determinadas de forma voluntaria por la propia persona (artículo 256 CC proyectado), si bien también se contempla la posibilidad de interesar la extinción de aquellos en el supuesto de que se detecte que el apoderado pueda haber incurrido en alguna de las causas previstas para la remoción del curador[627]. La legitimación activa para ello recaerá sobre cualquier legitimado para instar el procedimiento de provisión de apoyos[628]. En cuanto a esta legitimación activa se plantea una duda respecto a los hermanos pues, como veremos más adelante, tras las sucesivas redacciones del Anteproyecto, la reforma plantea la posibilidad de que los apoyos puedan ser proveídos bien mediante un procedimiento contencioso de provisión de apoyos, regulado en el artículo 757 LEC proyectada, bien mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, según el nuevo artículo 42 bis a) LJV del Anteproyecto. Pues bien, el artículo 757 LEC otorga legitimación activa a los hermanos de la persona para quien se solicitan los apoyos, sin más. Sin embargo, el artículo 42 bis a) LJV citado sólo legitima activamente a los hermanos que convivan con la persona para quien se interesan las medidas. Esta discordancia entre ambos procedimientos, hace que se plantee la duda acerca del alcance de los sujetos legitimados también para solicitar la extinción de los poderes preventivos, en los casos a los que se

[627] El Anteproyecto regula las causas de remoción del curador en el artículo 276 CC proyectado previendo que, una vez removido, se nombre otro nuevo a la persona necesitada de apoyo o se designe, en su caso, otra figura de apoyo diferente, para lo cual, lógicamente, deberá contarse con la voluntad de la persona que precisa el apoyo.

[628] De ahí que ESCARTÍN IPIÉNS, 2018:109, hable de la precariedad de la norma.

refiere el artículo 256 CC proyectado que ahora se comenta; duda que, consideramos, debería ser solventada durante la tramitación del Anteproyecto.

Otro de los aspectos que merece ser objeto de comentario, es el relativo a la obligación de otorgamiento de los poderes en escritura pública[629]. Esta obligación, para GARCÍA RUBIO, habría de ser repensada pues, como afirma, pese a que de ella derivan todas las ventajas inherentes a la intervención notarial, supone una fuerte limitación al modo de expresar la auténtica voluntad de la persona a la hora de definir sus posibles apoyos futuros, limitación que puede no estar justificada, especialmente en los casos de los apoyos más débiles[630]. Además, explica la autora citada, el Principio 5 de la Recomendación CM/Rec (2009) 11, de 9 de diciembre de 2009, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios relativos a las autorizaciones permanentes y las directivas anticipadas relacionadas con la incapacidad, cuyos dictados se cumplen en este Anteproyecto, con los poderes preventivos y otras directivas anticipadas, solo exige la forma escrita del *continuing power of attorney*, es decir, el poder previsto para cuando se dé la circunstancia de requerir apoyos, pero no que ni siquiera se exige para otro tipo de medidas anticipatorias, aunque sí se reconoce que en el caso de las *advance directives*, los Estados pueden decidir la exigencia de la forma escrita para darles eficacia jurídica.

Aludiendo a nuestro propio Derecho interno, recuerda también GARCÍA RUBIO que, en relación con las medidas anticipatorias relativas a la salud, ni la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, ni las paralelas autonómicas, exigen la escritura pública para su otorgamiento y validez. Por todo ello considera que si el artículo 251 proyectado pretende ser el paraguas que ampare todo tipo de directivas anticipadas, en realidad, debería suprimirse[631] la exigencia de escritura pública o, al menos, limitarla a los supuestos especiales que lo exigieran[632], opiniones que compartimos. Desde nuestro punto de vista, la exigencia de escritura pública supone, además, un coste que no todas las

[629] El requisito formal que ahora se exige no existe en nuestro ordenamiento jurídico actual por lo que opera el principio de libertad de forma. Sin embargo, entre la doctrina hay quienes, mediante la reconducción de los poderes preventivos a la autotutela, someten aquéllos a las exigencias formales previstas en el artículo 223 CC, contraviniendo lo establecido en el artículo 1732 CC. Para DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, 2008:257-258, que discrepa absolutamente de este parecer, hubiera sido deseable, sin embargo, la previsión por parte del legislador, de algún requisito formal. Esta autora, pone como ejemplo la solución práctica dada por el Derecho francés, que introdujo a través de la reforma del Código Civil en el año 2007, la realización de dos tipos de mandato, aunque con efectos jurídicos diferentes: el Notarial y el privado, lo cual también existe en el mandato preventivo de Quebec, en el cual parece haberse inspirado. En el poder notarial debe figurar tanto la escritura pública de mandato como la aceptación del mandatario. En ese tipo de poder cabrían todos los actos de disposición, sin necesidad de contar con autorización judicial, excepto si se trata de actos gratuitos. En el mandato privado, se exige que esté fechado y firmado por el mandante, debiendo también firmar el mandatario como prueba de la aceptación del mandato, debiéndose refrendar con la firma de un abogado o realizarse mediante un modelo oficial. En este último caso, el mandato solo cabe para actos para los que no sea preciso la autorización judicial..

[630] GARCÍA RUBIO, 2018-II:29-60.

[631] SAN JULIÁN PUIG, 2015:577-578, defiende como medio idóneo el otorgamiento de este tipo de medidas mediante la escritura pública y pone de manifiesto los problemas de forma existentes en las diferentes CCAA, reguladoras del documento administrativo de registro de las instrucciones previas que, en muchos casos se han convertido en meros formularios prerredactados, de manera tal que, en realidad no recogen la voluntad individualizada de cada persona.

[632] *Ibidem*.

personas con discapacidad estarán dispuestas a asumir, especialmente para cuestiones no excesivamente relevantes.

El Anteproyecto establece también como causa de extinción automática de los poderes, en los casos en que hubieren sido otorgados a favor del cónyuge o pareja de hecho, el cese de la convivencia entre estos y el poderdante, salvo en dos supuestos: la voluntad en contrario del otorgante, o su internamiento. Es una previsión lógica, si se piensa que el cese de la convivencia puede ser debido a múltiples razones no necesariamente contrarias a los intereses o preferencias del poderdante. Antes al contrario, dicho cese, en ocasiones, puede responder a la mejor defensa o protección de sus intereses. Es bastante frecuente que, pese al ingreso o incluso debido a él, las personas quieran que sus familiares o apoderados elegidos gestionen sus propios negocios. El precepto así redactado no hace sino dar valor a la propia voluntad y autonomía de la persona que requiere apoyo.

Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise de apoyo en el ejercicio de su capacidad, o se conceda solo para este caso y comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen de la curatela, salvo que el poderdante haya dispuesto otra cosa[633]. Por ello, uno de los problemas concretos que se nos ocurre, es que el poder puede haber sido otorgado a una persona física o jurídica que se encuentre en alguno de los supuestos de incapacidad para ser nombrado curador[634]. Por ejemplo, en el caso de que el apoderado sea una persona jurídica con ánimo de lucro, la duda sería si podría continuar ejercitando el cargo pese a no reunir los requisitos de carecer de ánimo de lucro y de prever entre sus fines la protección y asistencia a personas con discapacidad. Desde nuestro punto de vista, debe primar indudablemente la voluntad del otorgante, pero existen casos que se presentan algo más complejos. Nos referimos, por ejemplo, al supuesto de que la persona hubiese otorgado el poder a una persona con quien pueda existir conflicto de intereses o aquella que hubiere sido condenada por un delito que haga prever que no desempeñaría bien el cargo de curador. Consideramos que su voluntad sigue siendo la que ha de primar. Ahora bien, habrá de atenderse a la voluntad en el momento de realizar el acto en cuestión. Si continúa siendo la misma que manifestó en el momento de otorgar poder, debería respetarse. Si no es la misma, porque no previó esas circunstancias o,

---

[633] Artículo 257 proyectado**.** *Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el otorgante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto, y comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen de la curatela, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa.*

[634] Artículo 273. *Podrán ser curadores las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función.*

Podrán ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

La autoridad judicial no podrá nombrar curador, por incurrir en causa de inhabilidad para el ejercicio de la curatela, a las personas siguientes:

1.º A quien haya sido excluido por la persona que precise apoyo.

2.º A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela.

3.º A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo.

4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.

porque, aún habiéndolas previsto, ya no responden a su voluntad, entonces habrá de atenderse a la manifestada en el momento de realizar el acto y respetarse. Para el caso de que, entonces, ya no pudiera manifestarla, habrá de estarse a su mejor interpretación.

Otra de las cuestiones que se han planteado es la relativa a la situación de los mandatos ordinarios y a los otorgados dentro de la actividad empresarial del mandante cuando tales mandatos se refieren a la totalidad de los negocios del mandante y contengan cláusulas de subsistencia. Como se ha mencionado, en virtud de lo previsto en el proyectado artículo 257 CC, al apoderado se le aplicarían las reglas de la curatela, salvo que el mandante hubiera previsto otra cosa; tal previsión podría poner en riesgo el funcionamiento de los poderes o mandatos en el tráfico ordinario ya que, aunque el artículo 257 CC se remita a las reglas de la curatela sin más, consideramos que habrá de incluirse dentro de estas a la curatela con facultades de representación, por el propio contenido del poder. Ello podría implicar que, para ciertos negocios, el apoderado ahora necesitaría contar con autorización judicial lo cual no parece respetar demasiado la voluntad de la persona a la hora de otorgar poder notarial.

Tampoco parece razonable que quien otorga un poder, mandato o comisión mercantil para todos los negocios del mandante, con cláusula de subsistencia para el caso de discapacidad sobrevenida del mandante, poderdante o comitente, se vea abocado al régimen jurídico de la curatela, por la vía de la doble conversión que, por mor del citado artículo 257 CC proyectado, se produce al convertir el poder ordinario en un poder preventivo en cierto modo, ya que se prevén efectos para cuando la persona precise de medidas de apoyo y, por otra parte, la conversión del negocio de mandato o apoderamiento, en cierto modo, en una curatela[635].

Otro problema que plantea también la redacción de este artículo, concretamente la expresión "todos los negocios del otorgante", es la de determinar si engloba todos los actos de administración referidos en el mandato concebido en los términos generales del artículo 1713 CC, o si comprenden también los actos de disposición sobre los que serían de aplicación directa las limitaciones establecidas en el nuevo artículo 285 del Anteproyecto y que se refieren a la exigencia de autorización judicial para la realización de los actos a que el mismo se refiere. Somos de la opinión de que, una vez más habrá de estarse a la voluntad de la persona. Si ella eximió al apoderado de la obligación de interesar autorización judicial para la realización de los actos relacionados en el artículo 285 proyectado, entonces el precepto no operaría en este caso. En definitiva, surge la duda sobre las

[635] En este sentido se manifiesta también ESCARTÍN IPIÉNS, 2018:227-245, quien plantea su reserva también frente a los mandatos ordinarios y a los otorgados dentro de la actividad empresarial del mandante. Considera que a estos supuestos habrá que darles una solución y para ello se remite a la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y a la Propuesta de regulación del contrato de mandato, que en los años 2009 y 2011, respectivamente, remitió al Ministerio de Justicia la CGC y que establecían previsiones al respecto. Para este miembro de la CGC, deben separarse enérgicamente las normas generales del contrato de mandato y la comisión mercantil, de las especiales de los poderes y mandatos preventivos de la discapacidad ya que no es lo mismo un poder o mandato que está otorgado para que produzca efectos desde ya, sin más trámites ni averiguaciones que el juicio de capacidad que ya el notario hace en la escritura de poder o mandato, que un poder o mandato preventivo que difiere la producción de efectos a la acreditación del hecho de la discapacidad.

disposiciones relativas a la curatela, además del artículo 285 proyectado, que serían aplicables al apoderado[636].

3.1.2.2.1.2. La guarda de hecho como institución de apoyo

De las tres instituciones de apoyo a las personas con discapacidad enumeradas por el artículo 249 CC, la guarda de hecho ha sido calificada por la Memoria de Impacto Normativo, elaborada por la Secretaría General Técnica de la Subdirección de Política Legislativa del Ministerio de Justicia[637] como la más informal de todas ellas.

El Capítulo III del Título XI se dedica específicamente a esta figura en sus artículos 261 CC a 265 CC propuestos. Según el párrafo segundo del proyectado artículo 249 CC, guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando[638].

Parece que la figura de la guarda de hecho se mantiene en su significado y, en parte, en su contenido actual, si bien ahora nace no con el carácter de temporalidad que la caracteriza en el presente, sino más bien dotada de un carácter institucional de permanencia. Para el Fiscal FÁBREGA RUÍZ, la guarda de hecho del Anteproyecto no hace sino recoger algo que ya existía; en su opinión, no es una figura nueva, sino que era algo que ya venía existiendo con normalidad[639]. Sin embargo, a criterio de este jurista, la terminología dada a la nueva guarda de hecho es incorrecta porque para él, al elevar esta figura al grado de institución de protección, ya no se puede hablar de guarda "de hecho", sino que, en todo caso, habría de hablarse de una guarda "derivada de la ley"[640].

En línea con la definición del artículo 249-2 CC, el proyectado artículo 261CC[641] establece que quien viniera desempeñando esta función

---

[636] Interrogantes que también se plantea el CGPJ, que duda, incluso, de la eficacia misma de esta disposición, ante la existencia y regulación de la autocuratela.

[637] Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Política Legislativa, 2018, Memoria del análisis de impacto normativo. Anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, En: mjusticia.gob.es, Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428900617?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL_por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF

[638] Artículo 249-2º, Anteproyecto CGC. La propuesta presentada en su día por la Subcomisión del Expertos sobre el procedimiento de Modificación de la Capacidad del Real Patronato sobre Discapacidad mantenía igualmente la figura de la guarda de hecho en sus artículos 219 a 223. El artículo 219 establecía literalmente: *Desempeña la guarda de hecho la persona física o jurídica que cuida de una persona en quien se da una causa que determine necesidades de apoyo, cuando ésta no se encuentra bajo la patria potestad, o no le han sido atribuidas determinadas medidas de apoyo o, aunque las tuviera, si los titulares de estas funciones no las ejercen o fuese preciso algún apoyo concreto que no hubiese sido contemplado en el documento constitutivo de esta medida. El guardador de hecho no sustituye la voluntad de la persona sino que la apoya o complementa, respetando siempre la voluntad de ésta.*

[639] "La guarda de hecho a la luz del proyecto de reforma del Código Civil". Jornadas Aequitas. Centro de Estudios Jurídicos. Nueva legislación en materia de discapacidad. Madrid, 7 y 8 de marzo de 2019. FÁBREGA RUÍZ, 2019.

[640] La designación de guardador legal es competencia del órgano judicial. GARCIMARTÍN MORENO, 2013:97.

[641] En la redacción presentada por la Sección Primera de la CGC el Artículo 261 reza así: *Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad, continuará en el*

seguirá haciéndolo, "a menos que existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente". Desde nuestro punto de vista, la redacción de este apartado resulta oscura[642] y puede dar lugar a diferentes interpretaciones.

Una interpretación podría llevar a pensar que la intención de la CGC sería fijar la incompatibilidad entre esta figura de la guarda de hecho y cualesquiera otra, sea judicial o voluntaria; si la guarda de hecho existe cuando no hay otras medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente podría pensarse, *a sensu contrario*, que cuando estas medidas existen y funcionan eficazmente, la guarda de hecho no cabe. De ser correcta esta interpretación, podría pensarse que el Anteproyecto pretendería imponer un sistema de apoyos rígido o, al menos poco elástico, limitando de forma incompresible la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad. Esta lectura recordaría al rígido sistema tradicional donde solo cabría la asignación de una única figura de protección (tutela, curatela, etc.), y no admitiría el sistema amplio y flexible que se extrae del espíritu de la CDPD y de su Comité.

Además, siguiendo esta misma interpretación, si se recuerdan definiciones de otras figuras como, por ejemplo, la del defensor judicial que se utilizaría cuando la necesidad del apoyo se precise de forma ocasional, aunque pudiera ser recurrente, tampoco se comprendería porqué ambas figuras no podrían concurrir ya que podría suceder que para ciertos actos, por ejemplo la administración ordinaria de bienes o la toma de medicación, la persona quisiese valerse de un guardador de hecho que podría ser un familiar próximo, un vecino, un amigo, etc. y, sin embargo para algún otro acto puntual, por ejemplo, la venta de un inmueble, o de acciones, la realización de una donación, la prestación de la imagen para una campaña publicitaria, o incluso el reparto de una herencia a la que también concurriese su guardador de hecho, precisase otro apoyo más específico, incluso más profesional, que pudiera ser prestado de forma puntual por un defensor judicial[643].

---

desempeño de su función, a menos que existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente.
Cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá realizarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. Esta le podrá ser concedida, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias de cada caso.
La autorización judicial podrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo.
En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial el procedimiento indicado en el párrafo segundo de este artículo, para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado, cuando esta no pueda prestarlo.
No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad o realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.
El Letrado de la Administración de Justicia podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan.

[642] Opinión igualmente expresada por el Ministerio Fiscal en su informe consultivo emitido en relación con el Anteproyecto en septiembre de 2018. A criterio de la Fiscalía debería precisarse que la guarda de hecho puede ejercerse aunque existan esas medidas, lo que ocurrirá cuando las mismas no se ejerzan de manera eficaz. Esa situación, expone, podría conllevar el incidente de modificación en el caso de medidas establecidas judicialmente.

[643] No ha de olvidarse que en el Anteproyecto, al guardador de hecho, además, le está vedada la realización de actos que excedan de la mera administración.

El precepto, interpretado así, impediría, además, que la guarda de hecho se compatibilizase con medidas voluntarias que, en su caso, hubiese previsto la propia persona. Esto haría pensar que el otorgamiento de un poder preventivo cuyo apoderado estuviese facultado tan solo para la realización de determinados actos y bajo ciertas condiciones, podría impedir que la persona pudiera valerse, además, para otro tipo de actos, incluido los actos cotidianos, de un guardador de hecho. Lo mismo podría ocurrir en el caso de que se hubiese otorgado una escritura de autocuratela sobre la que no quedasen plasmados todos los actos o circunstancias relativas a la persona. Se estaría impidiendo que la otorgante organizase su situación personal futura a través de una diversa red de apoyos.

En resumen, de aceptar como válida esta interpretación, en la práctica se podrían plantear numerosos problemas en claro perjuicio de la persona con discapacidad. La CDPD, por el contrario, obliga a los Estados parte en su artículo 12 a dotar a la persona de cuantas medidas precisase para el ejercicio de su capacidad jurídica, sin ningún tipo de límites[644].

Por ello, abogamos por otra interpretación más acorde con la CDPD y con el espíritu del Anteproyecto.

Si atendemos a lo previsto en el párrafo final de este precepto[645], ha de admitirse la compatibilidad, al menos, entre la figura de la guarda de hecho y el defensor judicial, como más adelante se explicará; hemos de tener en cuenta, además, que el propio Anteproyecto admite la concurrencia justificada de más de un curador, con lo que por analogía debiera interpretarse que sí cabría establecer más de una figura de apoyo. Por ello, al igual que la Fiscalía y que autores como PAU o PEREÑA VICENTE, consideramos que la guarda de hecho será compatible con la existencia de otras medidas que no estén funcionando de forma eficaz o suficiente; es decir, la incompatibilidad la

[644] En la actualidad, es bastante frecuente encontrarnos ante situaciones en que una misma persona tiene más de un guardador de hecho, incluso. Piénsese en aquellas que se encuentran institucionalizadas y de cuyos asuntos personales y/o económicos se encarga un familiar (hijos de padres ingresados en una residencia de mayores; padres de hijos ingresados en centros para personas con discapacidad; familiares de personas con discapacidad psicosocial institucionalizadas, etc.) y de sus asuntos relativos a su cuidado, alimentación, bienestar, vigilancia, etc., se encargan los responsables de los centros en los que se encuentran. Estamos en ambos casos ante dos situaciones de guarda de hecho diferentes pero al mismo tiempo concurrentes: unos prestan a la persona apoyo para unas cuestiones y otros, de hecho, para otras. Y ello no necesariamente es excluyente de otro tipo de apoyos que la persona pueda precisar y, por tanto, deban prestárseles tales como, por ejemplo, las propias previsiones que hubiesen reflejado ellas mismas en sus documentos de autocuratela (hasta ahora autotutela) o que se hubiesen fijado judicialmente (nombramiento de defensor judicial para partición hereditaria, por ejemplo).

[645] El párrafo final del artículo 261 CC según la redacción del Anteproyecto presentada por la CGC dice: *El Letrado de la Administración de Justicia podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan*. Este artículo 261 se refiere íntegramente a la figura del *guardador de hecho* a excepción de este párrafo final que, sin ningún tipo de enlace con los párrafos precedentes introduce la facultad del Letrado de la Administración de Justicia de nombrar un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan. Este párrafo final aislado y sin aparente conexión con sus precedentes hace pensar que, o bien la CGC comete un error y, donde dice *defensor judicial* quería decir *guardador de hecho*; o bien, la previsión de nombramiento del *defensor judicial* es correcta y estaría pensada para situaciones donde se pudiera plantear un conflicto de intereses entre el guardador de hecho y el guardado, u otro tipo de situaciones que, además del apoyo prestado por el guardador de hecho exigiese otro apoyo más concreto y especializado que recaería sobre el defensor judicial sin perjuicio de que la guarda de hecho continuase en vigor. En definitiva, en cualquiera de los casos previstos en el artículo 293 proyectado. Ello reflejaría, entonces, la compatibilidad entre diferentes instituciones de apoyo.

marcará la suficiencia o eficacia de las otras medidas[646]. Para la profesora PEREÑA VICENTE, la idea central en la que se sustenta la perennidad de una guarda de hecho es que ha de ser "suficiente", si bien ella misma destaca que el propio Anteproyecto no explica qué ha de entenderse por suficiente, adjetivo que en su opinión cumple una función bisagra entre la guarda de hecho y otra medida de apoyo como la curatela cuando aquélla no sea suficiente.

Para esta autora, este adjetivo tiene una lectura positiva y otra negativa. La primera implica que la guarda ha de permitir a la persona el ejercicio de su capacidad jurídica con la ayuda o apoyo de otra, incluso con la representación autorizada judicialmente si fuese preciso, pero solo para actos de administración, al estarle vedados los de disposición según lo previsto en el artículo 261 proyectado; por eso, según su criterio, para que la guarda sea suficiente no puede ser necesario que el acto a realizar sea de trascendencia jurídica real o de naturaleza dispositiva o traslativa porque, en caso contrario, la guarda ya no será suficiente y deberá dar paso a otra medida, con lo que la guarda de hecho queda convertida, como recuerda aludiendo a otros autores, en la "institución de los desfavorecidos, por no decir de los pobres".

La lectura negativa de esta institución quedaría reflejada, según la opinión de PEREÑA VICENTE[647], en el respeto a otra exigencia del artículo 12 de la Convención: que existan salvaguardas adecuadas para impedir los abusos y las influencias debidas. Para esta autora, si se quiere transformar la guarda de hecho en una verdadera institución de apoyo ajustada a la CDPD, deberá incorporar las salvaguardas adecuadas; de lo contrario, entiende, no podrá considerarse "suficiente", y estará condenada a seguir siendo una institución provisional que levante recelos, al no garantizar que la persona pueda poner en riesgo su propio patrimonio y realizar actos de disposición patrimonial que le perjudiquen[648]. No obstante, según nuestro criterio, las salvaguardias que, en su caso, se determinasen no debieran impedir la agilidad característica de esta figura[649].

El segundo párrafo del artículo 261 presentado exige al guardador de hecho contar con autorización judicial para realizar aquellos actos relativos a su guardado que requieran representación[650]. La obtención de aquélla se tramitaría a través de un expediente de jurisdicción voluntaria.

---

[646] El Presidente de la CGC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este aspecto concreto aclarando que "La guarda de hecho es, como su nombre indica, un apoyo fáctico, que sólo puede subsistir en el caso de que no existan medidas de apoyo voluntarias o judiciales que resulten eficaces. La guarda de hecho no es incompatible con la mera existencia de medidas voluntarias o legales; es incompatible con el funcionamiento eficaz de esas medidas". PAU, 2018:5-28

[647] PEREÑA VICENTE, 2018:71, LASARTE ÁLVAREZ, 2014:387.

[648] PEREÑA VICENTE, 2018:71.

[649] La Fiscalía aplaude la reforma propuesta en relación con la figura de la guarda de hecho, si bien considera que la nueva regulación mediante la cual se le reconoce expresamente el carácter de institución debiera ser más completa. En este sentido, considera que debiera de ser más clara respecto a la supletoriedad de todas o algunas de las normas relativas a la curatela. Apunta que la proyectada figura de la guarda de hecho sigue la línea del *Allgemeine Bürgerliches Grundbuch* austríaco que considera improcedente el nombramiento de curador si la persona está suficientemente atendida. Para el Ministerio Fiscal, además, esta renovada figura ha de interpretarse a la luz de lo propuesto por el Grupo de Ética y Legislación de la Asociación de Neuropsiquiatría que, en su documento sobre la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad elaborado en el año 2015, mantenía que "la guarda de hecho debe ser contemplada hoy con normalidad, como una más de las instituciones de protección de las personas con discapacidad".

[650] Previsión que también considera acertada la Fiscalía.

Desde nuestro punto de vista, este último párrafo, junto con los siguientes, solo puede ser entendido en determinadas situaciones que pasamos a enumerar. En primer lugar, para el caso de que se esté pensando en situaciones de guarda que afecten a personas sobre las que efectivamente haya resultado de todo punto imposible averiguar su voluntad. En este supuesto, el guardador de hecho que quisiera actuar en representación de su guardado para la realización de los actos previstos en el artículo, deberá solicitar la preceptiva autorización judicial. Su actuación, en todo caso, deberá estar subordinada a la voluntad de la persona bajo guarda o, en su caso, a la mejor interpretación de dicha voluntad, por lo que ésta habrá de ser reconstruida en el expediente judicial en virtud de lo ordenado por el artículo 248-3º del Anteproyecto[651].

En segundo lugar, el artículo 261-2 CC proyectado podría ser aplicado para aquellas situaciones en las que la voluntad de la persona guardada sea, precisamente, que su guardadora le represente para la realización de los actos en los que legalmente es preceptiva la autorización judicial. Sería el caso en que el acto se llevaría a cabo por el representante (guardador de hecho) en nombre del representado (guardado), y sin la concurrencia de este.

En tercer lugar, también podría ser de aplicación en aquellos actos en los que ambos, guardador de hecho y guardado, concurren juntos a la celebración del acto.

En todos los casos citados, la actuación del guardador de hecho requeriría de la preceptiva autorización judicial. Sin embargo, nada debiera obstar para que la persona bajo guarda prescindiese de la actuación de su guardador de hecho, si esa fuese su voluntad[652]. Además, tampoco nada debiera impedir que el guardado otorgase poder, con apoyos si fuera preciso, al guardador para que le representase en la realización de los actos que requieran la acreditación de representación. De no interpretarse así, el mismo precepto podría estar negando a la propia persona con discapacidad su

[651] Por eso no podemos estar de acuerdo con MARTÍNEZ GÁLVEZ, 2019:6, que mira con desconfianza la guarda de hecho concebida en el Anteproyecto, al considerar que puede convertirse en una medida de sustitución de la voluntad de la persona guardada. Según este autor, "Podemos encontrarnos ante situaciones en que una persona con discapacidad intelectual o psicosocial, se vea sometida completa e innecesariamente a la voluntad de su guardador sin que existan medios para evitarlo, con el agravante de que el guardador de hecho pueda ser autorizado por el Juez para ejercer funciones representativas y sustituir a la persona con discapacidad en la toma de decisiones sin autorización judicial alguna en actos y negocios jurídicos sobre sus bienes «*...de escasa relevancia económica ..*», o que pueda, con autorización judicial, prestar consentimiento «*...en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado...*»…". Para este autor, esta sustitución de la voluntad "se refuerza con la previsión de que «*...los actos realizados por el guardador relativos a la persona a la que presta su apoyo o a los bienes de ésta no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad*», planteamiento que concuerda plenamente con el Art. 304 CC". Por todo ello, considera que debería garantizarse más eficazmente la libertad de la persona con discapacidad, proponiendo para ello el establecimiento expreso de que la persona con discapacidad bajo guarda de hecho tiene plena libertad de decisión, previendo que siempre que la guarda de hecho pueda tener efectos de alguna naturaleza en relación con los actos y negocios jurídicos deba plasmarse en un acuerdo entre la persona concernida y el guardador que sea comunicada al Ministerio Fiscal y limitar el ejercicio de funciones representativas a los supuestos en que la persona lo haya querido expresamente o a aquellos en que se encuentre absolutamente imposibilitada de comunicar su voluntad; previsiones que, en nuestra opinión, resultan superfluas por estar debidamente contemplado en la reforma propuesta las obligaciones del guardador de hecho de intervenir siempre sometido a la voluntad de la persona bajo guarda, sea ésta expresa, tácita o interpretada; por lo tanto, no cabe nunca la sustitución del guardador de hecho.

[652] Téngase en cuenta que la voluntad de debe primar. No ha de olvidarse que el criterio del propio Comité es el de la voluntariedad en el uso de los apoyos, incluyendo la facultad de su rechazo.

capacidad jurídica para decidir por sí misma a quien otorgar poder de representación, ni siquiera con apoyos. Sin embargo, la lectura del apartado 2 del artículo 261 proyectado, hace pensar que el prelegislador ha introducido deliberadamente el requisito de la preceptiva autorización judicial en todos los casos en que el guardador de hecho vaya a intervenir en actos que requieran representación, probablemente como salvaguarda para la persona guardada y todo ello en cumplimiento de lo ordenado por el párrafo 4 del artículo 12 CDPD[653].

Esa circunstancia, sin embargo, no se presenta en el párrafo tercero actual[654] -cuarto en las primeras en su versiones del Anteproyecto-, donde igualmente se vuelve a exigir autorización judicial al guardador de hecho para aquellos actos que puedan afectar a la vida, integridad o libertad de la persona en guarda pero solo cuando la propia persona afectada no pudiera prestar su consentimiento[655]. Como en el supuesto previsto en el artículo 285 CC proyectado respecto a la curatela, al que luego nos referiremos, nos encontraríamos aquí con el problema de que la materia objeto del mismo puede afectar a derechos fundamentales y, por tanto, su regulación estaría reservada a una ley orgánica[656].

En algunos de estos supuestos podríamos encontrarnos con una colisión entre el nuevo precepto del Código Civil y otras normas en vigor estatales o autonómicas, como la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuyo artículo 9-3 en su apartado a) regula el otorgamiento del consentimiento por representación, previendo que éste se prestará cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación y, para el caso de que la persona careciese de representante legal dicho consentimiento se prestaría por las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho[657]. Por otra

[653] Lo que, desde nuestro punto de vista sí resultaba criticable en la primera versión de este artículo era que, pese a la relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad bajo guarda, a la que afectaría el acto a realizar, no se preveía la audiencia del guardado para conocer su voluntad en relación con el acto a realizar por su guardador; algo que considerábamos esencial también como salvaguarda y garantía de que dicho acto responde a lo querido por la persona afectada por la medida; también aquí, las últimas versiones del precepto del Anteproyecto han rectificado y han añadido la audiencia de la persona a quien afectará el acto.

[654] Artículo 261-3 Anteproyecto: *En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial por el proceso indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado*.

[655] Ejemplos de situaciones que puedan afectar a la integridad de la persona podría ser la prestación de consentimiento para el uso de sujeciones físicas o contenciones químicas o mecánicas; de actos que puedan afectar a su libertad, el ingreso en centro y, como casos que puedan afectar a la vida, intervenciones quirúrgicas, ensayos clínicos, etc.

[656] En este mismo sentido se ha pronunciado también el Consejo de Estado en su Informe vinculante y, por ello, ha recomendado la sustitución de este inciso por otro que evitase esa interpretación y ha sugerido una nueva redacción similar a la también recomendada para el artículo 285 del Anteproyecto. Esta redacción sería la siguiente: "En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial a través del proceso indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos que Impliquen actos de trascendencia personal, a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento".

[657] El vigente artículo 9-3º a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica dice textualmente:

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

parte, el párrafo 3-b) del mismo artículo 9 de la Ley 41/2002 mencionada, que prevé el consentimiento por representación respecto de aquellas personas que tuviesen su capacidad jurídica modificada[658] quedaría derogado al desaparecer la modificación de la capacidad permaneciendo. En tanto en cuanto no se tramite el Anteproyecto de ley orgánica sobre la regulación de aquellas materias que afecten a los derechos fundamentales sobre derechos de las personas con discapacidad, ambos supuestos debieran resolverse aplicando el principio general de especialidad de la norma relativa a las decisiones de la salud, frente al de temporalidad que daría virtualidad a la mas reciente[659], salvo que la persona interesada hubiese otorgado medidas de carácter voluntario en esta materia, en cuyo caso, dado el carácter subsidiario de la ley, aquéllas deberían primar. Sobre este particular, hemos de mostrar nuestro desacuerdo con el parecer del Consejo de Estado, para el cual, las instrucciones previas del artículo 11 de la ley 41/2002, no se incluirían dentro de las previstas en el artículo 251 CC proyectado y, por tanto, quedan fuera del ámbito civil[660].

---

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

[658] Artículo 9-3º b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica dice textualmente:

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

[659] La problemática relativa a la aplicación normativa cuando se producen antinomias de segundo grado ha sido tratada, entre otros, por el profesor TARDÍO PATO, 2003:207-208, quien recuerda que: "cuando la norma general y la norma especial se encuentran en dos documentos normativos distintos, lo normal es que se produzcan interferencias entre el principio de especialidad normativa y los principios de temporalidad de las normas o cronológico (*lex posterior*) y jerarquía normativa (*lex superior*)… En nuestro Derecho, …, el criterio establecido en el Código Civil es más depurado y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo otorga primacía al principio de especialidad normativa, ... Nuestro Código Civil, al establecer el criterio cronológico, en su artículo 2 (según la redacción dada al mismo por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, de Reforma del Título Preliminar de dicho Código), exige como regla general, en su párrafo 2, que la derogación de la norma anterior por la norma posterior (del mismo rango jerárquico —se entiende—) sea expresa y tan sólo se admite la derogación tácita cuando la norma nueva sea incompatible con la anterior en la misma materia. La STS, Sala 1ª, de 31 de octubre de 1996 (RJ 1996\7727) precisa que es necesaria la concurrencia de los requisitos de igualdad de la materia en ambas leyes, la identidad de los destinatarios y la contradicción e incompatibilidad entre los fines de ambas normas. Y, en nuestra doctrina, se ha destacado que de lo establecido en el artículo 2-2 del Código Civil se deriva el principio de no presunción de la derogación, pesando sobre el legislador la carga de la derogación expresa, manifestación, asimismo, del principio *favor acti*. Por ello, la casi totalidad de las sentencias del TS que se han pronunciado sobre la cuestión que nos ocupa (SSTS, Civil, de 11 de julio de 1950 (RJ 1197) y 31 de octubre de 1996 (RJ 1996\7727); Contencioso, de 28 de marzo de 1967 (RJ 1444), 23 de julio de 1984 (RJ 1984\4027), 5 de febrero de 1987 (RJ 1987\509) y 27 de mayo de 1987 (RJ 1987\3831), y Social, de 19 de junio de 2000 (RJ 2000\5165—) resuelven la tensión a favor del principio de especialidad normativa, en detrimento del de temporalidad de las normas o cronológico". TARDÍO PATO, 2003:189-225

[660] Textualmente mantiene que: "La nueva regulación que propone el Anteproyecto, siguiendo el modelo francés, se sitúa en una sede más adecuada -una específica en el libro dedicado a la persona y, en concreto, en el título XI, "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica"- y establece acertadamente la posibilidad de proponer un curador u otras medidas de apoyo en escritura pública para caso de necesidad (modificado artículo 251 del CC), respecto de las cuales precisa: "Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias" (medidas de apoyo que no deben confundirse con las instrucciones previas reguladas en el ámbito sanitario -articulo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica-)". En contra de este criterio, GARCÍA RUBIO 2018-I:195, para quien las llamadas "instrucciones previas", no son sino una modalidad de medidas

No se exige, sin embargo, autorización judicial cuando el guardador de hecho solicite prestación económica[661] a favor de la persona con discapacidad o realice actos jurídicos sobre bienes de ésta de "escasa relevancia económica"[662].

Se ha criticado esta última expresión entrecomillada por considerar que podría pecar de excesiva indeterminación[663]. Desde nuestro punto de vista, las referencias, en todo caso, debieran estar en función de la situación económica de la propia persona concreta necesitada del apoyo, no de parámetros externos y ajenos pues la escasa relevancia económica podrá determinarse en función del patrimonio, bienes y derechos que pertenezcan a la persona y conformen su particular situación económica[664].

El artículo finaliza estableciendo que la autoridad judicial podría acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan. Lo que no especifica es qué clase de asuntos son estos. Quizá uno de los casos más claros es aquel en el que se produce o puede producirse un conflicto de intereses entre el guardador y el guardado, de tal manera que, teniendo en cuenta que la figura del defensor judicial se prevé para cuando la necesidad de apoyo es ocasional podría ser un claro ejemplo de que la naturaleza del acto exige ese nombramiento. Otro tipo de actos podrían ser aquellos en los que la propia ley exija el nombramiento del defensor judicial para su realización específica. Por último, cabría también que el defensor judicial fuese nombrado a petición de la persona con discapacidad como medida de apoyo para la realización de algún acto puntual incluso aunque fuese recurrente. De producirse así el nombramiento, podría darse la circunstancia de que, tanto en el primer caso mencionado –conflicto de intereses- como en este último –medida de apoyo solicitada por el interesado- las instituciones de defensor judicial convivirían con la institución de la guarda de hecho, con lo cual la incompatibilidad anteriormente cuestionada

---

preventivas de naturaleza voluntaria dispuestas específicamente en el ámbito de su salud, medidas que también pueden ser tomadas por personas que precisen apoyo para hacerlo, opinión que compartimos. También de la misma autora, 2018-III:23-26 y 2018-II:29-60.

[661] En la primera versión del Anteproyecto se decía prestación "pública".

[662] Este párrafo, introducido a petición de diferentes entidades representativas de las personas con discapacidad, puede responder más bien a una cuestión práctica dados los problemas que se han presentado sobre este particular a la hora de solicitar recursos públicos para personas con discapacidad en situación de guarda quienes se veían perjudicadas cuando ni podían solicitarlos por sí mismas ni se les permitía acceder a ellos a través de quienes no tuviesen representación legal o voluntaria. Se pretende ahora, probablemente, que una actuación encaminada a obtener un beneficio para ellas no se vea obstaculizada por la necesidad de obtención de autorización judicial agilizando así la resolución de la prestación. En todo caso, la gestión del guardador debe ser igualmente supervisada porque, incluso la tramitación de una prestación pública podría perjudicar en vez de beneficiar a la persona al ser en muchas ocasiones incompatible con otro tipo de prestaciones o recursos que le pudieran resultar más beneficiosos.

[663] En concreto, en el Informe de la Fiscalía que propone fijar una cuantía de 400 € para actos puntuales o un límite anual, referido a un sistema objetivo vinculado al salario mínimo interprofesional o cualquier otro índice.

[664] La cuantía de 400 € puede superar incluso la pensión que perciba la propia persona con discapacidad, por lo tanto, aunque la cantidad pudiera parecer simbólica, atendiendo a la situación particular, podría considerarse de enorme relevancia económica. Se observa un cambio también en este párrafo desde su primera versión a la actual redacción en el Anteproyecto. En las últimas redacciones se ha producido una adición respecto a la prestación económica que consiste en el requisito, además, de que ésta "no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona"; si así fuera, el guardador debería contar con la preceptiva autorización judicial. Nuevamente, se aprecia cierta indeterminación en la fórmula añadida, lo que puede provocar dificultades de interpretación.

quedaría descartada; lo que nos lleva definitivamente a concluir que realmente esta es la voluntad del prelegislador.

Por último[665], el artículo 265 CC en la redacción presentada por el prelegislador, alude a los supuestos de extinción de la guarda de hecho, entre los que destacan la petición de la propia persona con discapacidad de que su apoyo se organice de otra manera. Entendemos que dentro de esta nueva organización del apoyo cabrían tanto medidas judiciales como voluntarias, incluso una nueva guarda de hecho[666].

Otros motivos de extinción de la guarda de hecho serían: la desaparición de las causas que lo motivaron; el desistimiento del guardador de hecho con la obligación en este caso de notificarlo a la entidad pública que en el correspondiente territorio tenga encomendada la función de prestación de apoyo a quienes de forma urgente se encuentren en situación de necesitarlo para el ejercicio de su capacidad jurídica a la que se refería el artículo 253 CC del Anteproyecto, anteriormente comentado.

La última causa de extinción se daría cuando así lo solicitasen el Ministerio Fiscal o quien se interese por ejercer la guarda, si lo entendiese conveniente la autoridad judicial.

3.1.2.2.1.3. La curatela con y sin facultades de representación como institución de apoyo

El Anteproyecto mantiene la figura de la curatela como institución de apoyo con carácter principal[667], si bien siempre dentro de la subsidiariedad tantas veces repetida. Es la figura de contenido más amplio de todas las incluidas en la reforma proyectada ya que, dentro de ella, se podrán encontrar personas curadoras con funciones de mera asistencia para actos sencillos, otras para actos más complejos e, incluso, con carácter "excepcional"[668] se prevé la curatela representativa o curatela con funciones

[665] El Anteproyecto también modificaría el artículo 262 CC, respecto a los actos realizados por el guardador que redundan en beneficio de la persona bajo guarda y que tendría su correspondencia con el vigente artículo 304 CC, si bien eliminadas tanto la referencia a los menores como a los incapaces.

[666] En concordancia con lo previsto en el proyectado artículo 761 LEC, podría pensarse que para la extinción de la guarda de hecho se precisaría de un incidente de modificación de la medidas de guarda. Sin embargo, el precepto está previsto para cuando tales medidas se hubiesen adoptado judicialmente y la guarda de hecho -a diferencia de la guarda legal mencionada anteriormente- no requiere de resolución judicial para su constitución. Cosa distinta es que precise de ella para la realización de ciertos actos, como los actos que requieren representación, anteriormente expuestos. En estos casos, la resolución judicial tendría un fin muy concreto y se destinaría exclusivamente a ello. Una vez cumplida la finalidad para la que se dictó, perdería cualquier otra eficacia. Entre tanto, la guarda de hecho continuaría en vigor. Por ello, el incidente del artículo 761 LEC no sería de aplicación para poder ser extinguida y, por lo tanto, podría producirse su extinción mediante el otorgamiento de medidas voluntarias por parte del guardado, pero también mediante la designación de nuevas medidas judiciales.

[667] Dentro de la propia CGC ha habido voces críticas con el mantenimiento de esta figura. Entre ellas, destacamos la del notario honorífico y vocal permanente de la Sección Primera de la CGC, VICTORIO MAGARIÑOS quien se refiere a esta nueva institución como la "denominada con la antigua y poco clarificadora palabra curatela" y considera que, siendo ésta, a pesar de la amplitud con la que se manifiesta la Exposición de Motivos del Anteproyecto, el centro de las medidas de apoyo judicial proyectadas, probablemente "debería haberse regulado bajo una palabra más actual, inteligible para todos los ciudadanos, a los que principalmente se dirige un Código civil y ello sin la carga significativa secular del término referido". MAGARIÑOS BLANCO, 2018:199-225.

[668] Cierto que las facultades de representación deberán otorgarse con carácter residual o excepcional, pero la práctica ha venido a demostrar, como ya hemos dicho, que con el sistema vigente donde las sentencias de incapacitación o de modificación de la capacidad, en la denominación actual, deberían ser trajes a medida, el 95% de ellas optaron por la modalidad de "incapacitación total" con designación de la

de representación[669], como se ha anticipado. En palabras de GARCÍA RUBIO, esta última situación está pensada solo para los casos más extremos, como puede ser un coma permanente o una discapacidad cognitiva tan grave que anule completamente la conciencia y voluntad del sujeto afectado. El Anteproyecto, por tanto, no elimina el mecanismo sustitutivo como pretende la Observación General Primera de 2014, pero trata de restringirlo al máximo, cumpliendo con los dictados del artículo 12 «en la medida de lo posible», como propone ATIENZA[670].

Sin embargo, la figura de la curatela representativa no es, para otros autores, más que el reflejo del mantenimiento de la tradicional figura de la tutela para los adultos con discapacidad[671]. Sin llegar a equipararla del todo, también hay quien opina que las referencias indirectas a la representación legal plena parecen una puerta trasera desde la que sería posible recuperar, si conviene, una medida de apoyo con eficacia equivalente a la de la actual tutela, sobre todo para actuales situaciones de incapacitación "total", pero no necesariamente sólo para estos casos[672].

Aunque en una primera lectura esta curatela representativa podría recordar en algunos aspectos a la figura de la tradicional tutela, no cabe, sin embargo, su plena equiparación bajo el enfoque supremacista de la voluntad del nuevo paradigma. Por ello, el "mecanismo sustitutivo" al que alude GARCÍA RUBIO, no ha de ser entendido en el sistema de toma de decisiones "por" o "en lugar de" la persona con discapacidad, según los criterios del propio curador (aunque fuera en interés del curatelado), sino que se tratará de una toma de decisiones teniendo en cuenta el principio de respeto a su voluntad o su mejor interpretación, como esta misma autora indica[673].

Pese a lo hasta aquí expuesto, la redacción de algunos preceptos del Anteproyecto pueden generar la duda acerca del verdadero alcance de la medida de apoyo, particularmente de la curatela, en ciertos casos donde puede

---

figura más protectora y sustitutiva de la voluntad, la tutela, sin establecer una verdadera graduación. Esta experiencia mantenida durante años nos hace temer que ese carácter residual de la nueva figura de la curatela podría igualmente terminar convirtiéndose en la norma. Entre los escasos ejemplos de esto, se encuentra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Gijón de 13 de octubre de 2009, que, tras reiterar que el proceso de incapacitación es el último remedio al que debe acudirse, afirma que "todos los profesionales que intervienen en el mismo, somos modistos de alta costura, y estamos haciendo un traje o un vestido único para esa persona, de tal forma que la incapacidad que se pida y la que se conceda, debe ajustarse perfectamente a esa persona, y sólo y exclusivamente a ella. Cada incapaz necesita su especial medida de protección". DE SALAS MURILLO, 2013:18 y nota[11] a pie de página.

[669] El proyectado artículo 249-3 CC prevé: *En casos excepcionales, cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las instituciones de apoyo podrán asumir funciones representativas. En este caso en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de adoptar la decisión que hubiera tomado la persona en caso de no requerir representación.*

[670] GARCÍA RUBIO, 2018-I:182, Nota [19]. Para LEGEREN MOLINA, 2019:183, "en ocasiones la representación en el ámbito legal constituye el único modo de proteger a la persona con discapacidad. Ahora bien, de acuerdo con la 'filosofía' de la Convención, tales situaciones han de ser extraordinarias".

[671] La profesora MONTSERRAT PEREÑA afirma sin tapujos que "Seguramente, en los debates y comentarios que origine su publicación, los titulares se van a focalizar en la desaparición de la tutela. Pero en realidad la tutela no desaparece. Al menos no del todo. La tutela se transforma en la curatela representativa". PEREÑA VICENTE, 2018:61-83.

[672] RIBOT IGUALADA, 2019:227, quien también alude al curador con facultades de representación plena del proyectado artículo 1387 CC, que sustituye la atribución de la administración y disposición de los bienes gananciales al cónyuge tutor de su consorte por el cónyuge "nombrado curador de su consorte con discapacidad, cuando le hayan sido atribuidas facultades de representación plena", *Ibidem* nota[51].

[673] GARCÍA RUBIO, 2018-I:182, 190. También GARCÍA RUBIO, 2018-II:55.

parecer que ha de ser imperativamente utilizada como complemento de la capacidad de la persona con discapacidad a quien se le hubiere designado, ya que los actos realizados por ésta sin la concurrencia de aquélla podrían derivar en su anulación.

Al respecto, RIBOT IGUALADA [674] afirma que, aunque el Anteproyecto de ley elimina solemnemente la incapacitación y, por tanto, ya no existe ese estado civil, a renglón seguido proclama la ineficacia de los actos que la persona que precise asistencia lleve a cabo sin contar con sus apoyos. Se aplican en ese caso, según este autor, consecuencias muy semejantes a las que en el sistema vigente se derivan de los actos jurídicos protagonizados por personas sometidas a tutela en el ámbito de representación legal del tutor, o de los realizados por las sujetas a curatela sin contar con la asistencia del curador[675]. Pone de ejemplo el autor, el párrafo 2 del proyectado artículo 1263 CC [676], que admite la posibilidad de contratación de las personas con discapacidad que tengan asignadas medidas de apoyo, pero siempre dentro de las "limitaciones" que se deriven de dichas medidas[677]. Aunque en nuestra opinión cabe una interpretación respetuosa con la CDPD, a la que luego nos referiremos, no se puede negar que la expresión entrecomillada podría ser interpretada como una restricción a la capacidad jurídica pues pudiera entenderse que no cabría la posibilidad de contratar si la persona rechazase las medidas que le han sido proporcionadas[678].

---

[674] RIBOT IGUALADA, 2019: 220.

[675] En nuestro ordenamiento jurídico actual, *(e)l curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla* y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene *a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz, y estén especificados en la sentencia, que no tiene que ser específicamente de naturaleza patrimonial* (STS 341/2014, de 1 de julio (cit.), con cita de la 995/1991, de 31 de diciembre).

[676] Transcribimos el apartado 2 del artículo 1263 CC: *Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas.*

[677] Para el Consejo de Estado, la redacción en positivo (*...Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas.*) del proyectado artículo 1263 CC, que actualmente se redacta en negativo (*...no pueden prestar consentimiento…*), refleja claramente el cambio de paradigma que impone la Convención al que debe adaptarse toda la regulación civil afectada de manera transversal por la supresión del estado civil de incapacitado. *Vid.* Informe consultivo al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, pág. 34.

[678] MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, 2018:502-503 asume implícitamente la imposición y obligatoriedad del uso de las medidas de apoyo designadas judicialmente, al recoger las propuestas realizadas desde algunas asociaciones de personas con discapacidad respecto a los actos ejecutados por personas de este colectivo. Estas propuestas serían que, en el supuesto de que los actos se hubiesen llevado a cabo por una persona con discapacidad y la intervención de las designadas como apoyos "obligatorios", el acto será válido por razón de la discapacidad. Por el contrario, en el supuesto de que la persona hubiese actuado sin tales apoyos, establecidos como "obligatorios", se establecen diversos supuestos de ineficacia, en función de la naturaleza del acto en cuestión: los actos de enajenación a título grauito serán nulos de pleno derecho; los actos de adquisición a título gratuito son anulables, siempre que los mismos puedan perjudicar a la persona y el efecto negativo derive de la discapacidad. Finalmente, los actos onerosos serían rescindibles por causación de un perjuicio o lesión patrimonial superior a la cuarta parte del valor de los bienes entregados a cambio, siempre que el perjuicio derive de la discapacidad. Para este autor, estas soluciones están en la línea de la Convención de favorecer un reconocimiento amplio de la "capacidad de obrar" de las personas con discapacidad, mediante un acercamiento de su régimen al de las personas si discapacidad. No obstante, respecto a la propuesta realizada en cuanto a la posibilidad de rescisión respecto de los actos onerosos, el autor realiza un análisis y crítica en relación al elemento introducido que obliga a que el perjuicio derive de la discapacidad, pues lo considera contradictorio con la idea de potenciar la autonomía de las personas con discapacidad.

Así parece haberlo entendido RIBOT IGUALADA[679], que considera que el artículo 1263-2 CC del Anteproyecto ha optado por la limitación o restricción de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad, haciéndolo indirectamente a través de lo que él denomina un "efecto reflejo" de la entrada en vigor de alguna medida de las previstas en la nueva ley. Para este autor, el nuevo art. 1263-2 CC se centra en la capacidad para contratar de las personas con discapacidad, pero señalando que esa capacidad contractual sólo llega hasta donde alcancen las "limitaciones" derivadas de las medidas de apoyo[680]. Por tanto, al igual que en el Derecho vigente, los actos de la persona con discapacidad son impugnables si no se han ejecutado con los apoyos que precisa. De ahí deduce que en el Anteproyecto de ley se da una asimilación entre los efectos de la falta de provisión de apoyos y la del tradicional complemento de la capacidad de obrar limitada; en consecuencia, concluye que el acto sería automáticamente ineficaz[681]. Por ello, este autor se cuestiona si cabe vincular la formalización de los apoyos con una sanción de ineficacia general y automática respecto al tipo de actos a los que se refieren aquellos apoyos.

Aunque estamos de acuerdo en que la redacción del segundo párrafo de este artículo es confusa, consideramos que la conclusión de RIBOT IGUALADA es errónea, puesto que la consecuencia jurídica de la realización del acto sin la concurrencia de la medida asignada nunca sería su ineficacia, sino, en todo caso, su anulabilidad, si esta fuera la voluntad de la persona con discapacidad que hubiere contratado involuntariamente[682] sin la medida

[679] RIBOT IGUALDADA, 2019:219.

[680] En la misma línea CARRASCO PERERA, 2018:2, para quien no quiere decirse en el Anteproyecto que se pueda contratar indiscriminadamente por personas con discapacidad no sometidas a representación legal. Según el artículo 1263-2 CC proyectado, si estos sujetos están sometidos a medidas de apoyo, dice, "podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas". Y éste, para este autor, "es el problema".

[681] Desde nuestro punto de vista, ese planteamiento no casaría bien con el espíritu de la CDPD pues, aunque resulta evidente que el precepto se presenta como una garantía que busca proteger los intereses de la persona con discapacidad; lo cierto es que lo haría, pero no sin detrimento de sus derechos, concretamente, del ejercicio del derecho a su capacidad jurídica que se vería "atada" por la necesidad de contar "sí o sí" con la medida asignada para poder llevar a cabo el acto en cuestión. Esto, sin lugar a dudas, constituiría una evidente limitación y "discriminación" frente al resto de las personas que sí podrían ejecutar los actos que voluntariamente decidiesen sin tener que estar sometidos al uso de ayuda o asistencia de ningún tipo. En definitiva, de forma indirecta se estaría impidiendo que la persona rechazase el apoyo o, lo que es lo mismo, con esta interpretación se incorporaría una previsión que incumpliría radicalmente las directrices marcadas por el Comité. En sentido parecido se expresa RIBOT IGUALADA. Según apunta, resulta evidente que, si faltase la capacidad natural de cualquiera, con o sin discapacidad, sus actos podrían ser anulados precisamente debido a esa ausencia de voluntad suficiente "a los ojos de la ley".

[682] Pues por una parte, si el acto se ha realizado con las medidas de apoyo designadas, no debería ser impugnable con base en la falta de capacidad natural de la persona con discapacidad interviniente. Por otra parte, tampoco sería impugnable si a la persona se le hubiese dotado de medidas de apoyo y decidiera voluntariamente realizar un acto jurídico sin contar con ellas; en este caso no podría invocar luego su nulidad. La igualdad propugnada por la CDPD exige un tratamiento igual con las demás personas y ello significaría reconocer que la simple ausencia del apoyo no debería *per se* ser suficiente para declarar si el acto es válido o no. En este caso, la discapacidad no debería ser el elemento determinante de ello sino que deberían aplicarse las reglas generales sobre prestación de un válido consentimiento para dicho acto. RIBOT IGUALADA, 2019:221, alude a que ese modelo es, de hecho, el del Derecho alemán desde 1990. Explica que, "como es sabido, éste parte de la base que el nombramiento de asistente legal (*rechtliche Betreuer*) ni comporta la pérdida de la capacidad de obrar, ni tampoco presupone que la persona concernida carezca de capacidad natural. La persona con discapacidad que cuenta con un asistente conserva la capacidad jurídica de obrar, y sus actos serán válidos siempre que posea la capacidad natural necesaria para llevarlos a cabo. Ante el riesgo de solapamiento entre sus propios actos y los llevados a cabo por el asistente, la ley establece reglas para proteger a los terceros de

asignada. Así se deduce del proyectado artículo 1302-2 CC[683]; lo cual significa, siguiendo a DE CASTRO Y BRAVO[684], que el acto o contrato en cuestión puede ser inválido, siempre y cuando se impugne, pero si esto no se hace, será plenamente válido y eficaz[685].

---

buena fe. Si la persona con discapacidad no contaba con suficiente capacidad natural, el negocio o el acto jurídico serán nulos, como lo serían para cualquier otra persona sin aptitud para concluirlos. La cuestión de la capacidad natural, por tanto, se examina caso por caso, con ocasión del negocio o acto que desea llevarse a cabo o que se ha realizado. En el caso alemán, por ejemplo, la asistencia que incluye la llamada "reserva de autorización" y que implica que la eficacia de determinados actos de la persona asistida depende de la conformidad del asistente, solo se incluye en casos en los que puede razonarse que sin ella la persona con discapacidad incurriría en un "riesgo significativo" para su persona o sus bienes. En la práctica, esta situación solo se viene apreciando en un 6% de las asistencias que se constituyen cada año". La figura del *Betreuer* alemán ya había sido vista como un referente en España a tener en cuenta como alternativa a las existentes del tutor o curador, que requieren de un previo y prolijo procedimiento de "incapacitación", por considerarla una institución muy perfilada que, sin incurrir en la gravedad (por sus consecuencias) de la incapacitación es capaz de ofrecer un amplio espectro protector a las personas que se encuentran necesitadas de un cierto apoyo para su desarrollo social y personal MERÍN CAÑADA, 2001.

[683] El proyectado artículo 1302 CC establece que: *Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo, por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan, o por sus herederos, durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la personas con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción.*

[684] Como indica DE CASTRO Y BRAVO, 1985:499-506, el sistema de anulabilidad, con su secuela de la acción restitutoria, se establece en los artículos 1.300 a 1.304 y 1.307 a 1.314 CC. En el artículo 1.300 CC hay una referencia inconcreta a los vicios que invalidan los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 (consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación). El artículo 1.301 enumera como tales: los casos de intimidación y violencia, los de error, dolo y falsedad de la causa y los celebrados por los menores o incapacitados; enumeración de las clases de defectos o vicios a los que se aplica el sistema de anulabilidad que ha de considerarse exhaustiva, como apuntaba el ilustre jurista, dado el carácter restringido que le impone el alcance general propio de la sanción de nulidad. La acción de anulación está adornada de caracteres propios, que hacen necesario distinguirla de la acción declarativa de la nulidad absoluta y de la acción rescisoria. Estos caracteres pueden sintetizarse, en los de considerarse como: una acción doble (la declarativa, con la que se busca la declaración judicial de que el negocio nació y sigue teniendo un vicio que determina su nulidad -artículo 1.303CC-, y la restitutoria, que origina el deber de las partes de devolverse recíprocamente lo recibido por el negocio); que no requiere que se haya perjudicado al actor; y que depende de la voluntad del protegido. Respecto al segundo de los caracteres señalados, se potencia la protección del incapaz o de quien sufre error, dolo o fuerza; a cuya conveniencia se entrega la declaración de nulidad y la consiguiente mutua restitución, y al que se le libera de la carga de probar el daño y perjuicio que pueda haber sufrido. En cuanto al tercero de los caracteres propios de la acción, la posibilidad de pedir la anulación se pone en manos del protegido, lo que le imprime un cierto carácter personal. Se trata de una facultad y no de un verdadero derecho subjetivo. Lo que parece estar justificado en que la anulación y la confirmación suponen la desaparición o la supervivencia de unos complejos de obligaciones y cargas, pero también de derechos y facultades. Nadie tendrá poder —aparte el protegido y su representante legal— para decidir sobre la conveniencia de abandonar las ventajas que pudiera suponer la validez del negocio impugnable.

[685] Como resume MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, 2018:501, el régimen establecido por el CC establece, como supuestos de ineficacia, la nulidad radical y la anulabilidad. En el primer caso, dicho efecto se produciría en aquellos casos en los que la persona presenta una ausencia total de voluntad o de la mínima voluntad de entender y querer que le permita comprender y asumir el acto que se está celebrando y sus consecuencias. Para este autor, no parece que se trate del supuesto normal si hablamos de personas con discapacidad –a no ser que concurra en las mismas una situación que justificase la incapacitación judicial-, pues si no han sido objeto de incapacitación judicial-, pues si no han sido objeto de incapacitación judicial, según afirma, la merma no puede ser significativa y, por tanto, merecedora de una consecuencia como la nulidad absoluta (olvida este autor, al respecto, que el nuevo paradigma impide la incapacitación). En el caso de la anulabilidad, continúa, se trata de una opción más factible, por cuanto comporta la existencia de un vicio en la voluntad de la persona, vicio que puede ser de distinto grado, pero que no conlleva, como en el caso anterior, una ausencia o merma considerable de dicha voluntad.

Al respecto, el artículo 1302-2 CC establece que los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados[686] por aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo[687], por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan, o por sus herederos, durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción[688]. Entre los legitimados[689] para interponer la acción de anulabilidad se encuentra, por lo tanto, la prestadora de apoyos, que solo interpondría la acción si esa fuera la voluntad de la persona a la que asiste que hubiere contratado previamente de forma involuntaria sin las medidas designadas[690].

Esa primera lectura del párrafo segundo del proyectado artículo 1263 CC, podría llevar a interpretar, como hemos visto, que las "limitaciones" impuestas por las medidas asignadas impedirían que la persona pudiera contratar sin éstas, negándosele la posibilidad de rechazarlas[691].

Sin embargo, cabe otra lectura a nuestro juicio más acorde con la CDPD. Esta sería aquella en la que se considerase que las "limitaciones" del artículo 1263 CC no lo son respecto a la capacidad de la persona provista de

[686] Una reflexión mucho más detenida acerca de la nulidad o anulabilidad de los contratos así celebrados puede encontrarse en GARCIA RUBIO, 2018:184-188.

[687] Dentro de los prestadores de apoyos hay quien se pregunta si debiera estar el guardador de hecho, puesto que, tratándose de una figura meramente fáctica, no existe ni resolución judicial ni documento preventivo que lo nombre y del que pueda derivar aparente legitimación. Para GARCÍA RUBIO debiera incluirse dentro de los legitimados dada la nueva dimensión que adquiere la figura de la guarda de hecho, considerada ciertamente como una más entre las medidas de apoyo fijadas en el Anteproyecto. Habría que determinar, en todo caso, si para ello requeriría de autorización judicial previa. Nosotros entendemos que si la ley le exige contar con ella para la realización de aquellos actos para los que se necesite acreditar la representación, entonces habría de contarse igualmente con ella para la anulación de esos mismos.

[688] Además, la legitimación activa del Ministerio Fiscal se justificaría como medida de salvaguardia en los casos en los que ni prestadora ni asistida hubiesen impugnado y el acto realizado no estuviere ajustado a la voluntad de esta última.

[689] En cuanto a la legitimación activa de los perjudicados por el negocio anulable, DE CASTRO Y BRAVO, 1985:507-508, advertía que la repetidamente observada confusión entre las figuras de la nulidad absoluta y la nulidad relativa, en conexión con el título que dedica el Código a la nulidad de los contratos, había hecho nacer la duda sobre si estarían legitimados también, para pedir la anulación de los contratos anulables, aquellos que pudieran resultar perjudicados por su validez, incluso los acreedores del protegido. Este autor, junto con la doctrina más común, negaba esta posibilidad argumentando que estaba, en efecto, abonada por la letra clara del Código (artículo 1.302) y por la naturaleza de la nulidad relativa, dada en beneficio del protegido, a quien no se le puede negar la facultad de beneficiarse con el contrato, si le conviene, y también la de confirmarlo. Naturaleza que, de hecho, no ha sido desconocida por los Tribunales; los cuales, cuando admiten la legitimación de los posibles perjudicados se refieren a causas de nulidad absoluta, por carencia de un requisito esencial del contrato o por simulación. Se refería este autor también al contratante a quien no corresponde el ejercicio de la acción indicando que la regulación de la anulabilidad, ha partido de una tajante contraposición de los papeles atribuidos a cada contratante. A uno se le considera digno de protección y amparo jurídico. El otro es aquel cuya conducta se estima merecedora de sanción. De ahí, que el Código no se haya preocupado por la situación incómoda en que este último pueda encontrarse, durante los años (al menos cuatro) que puede durar la situación "claudicante" del contrato anulable, y de los títulos, derechos y obligaciones que del mismo resulten. Situación insegura, que depende de que el protegido quiera impugnar, confirmar o dejar pasar el tiempo, hasta que llegue el día de la caducidad de la acción.

[690] Porque hubiese sido engañada, por ejemplo. Esto es coherente con la posibilidad de que la propia persona con discapacidad que así hubiere contratado pueda instar la nulidad del acto ella misma, una vez que las medidas de apoyo se hubieran extinguido.

[691] Esta parece ser la interpretación dada por RIBOT IGUALADA y, en menor medida, GARCÍA RUBIO. Creemos que tal resultado sería antagónico con las recomendaciones efectuadas por el Comité y persistiría así el paradigma paternalista tradicional.

apoyos para contratar sin contar con éstas, sino que tales "limitaciones" se referirían al contenido de las propias medidas de apoyo, de tal manera que este solo pueda ser prestado para aquello para lo que fue concebido, sin posibilidad de extralimitación por parte de la prestadora del mismo. Así, por ejemplo, si el apoyo consistiera en la asistencia para actos de administración, las "limitaciones" de la medida le impedirían asistir para actos de disposición. Dicho de otro modo, la persona con discapacidad solo podría valerse de las medidas de apoyo hasta donde estas alcanzasen y la prestadora solo podría asistirla hasta donde la medida se lo permitiese; ese alcance serían las "limitaciones" impuestas por el articulo[692]. Todo ello, sin perjuicio del derecho de la persona con discapacidad a prescindir de o rechazar las medidas asignadas para contratar[693].

Volviendo al texto proyectado, el artículo 249 CC del Anteproyecto indica que la nueva figura de la curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad. El tipo de apoyo podrá ser entonces de lo más variado atendiendo a la situación y necesidades de la persona[694]. Por lo tanto, deberá ser la resolución judicial la que establezca la intensidad y extensión del apoyo.

A la curatela se dedica específicamente el capítulo IV del título XI, que se constituye en pieza clave de la propuesta de la CGC y del futuro sistema de apoyos en nuestro ordenamiento jurídico, si finalmente es adoptado por el legislador, al desarrollar detenidamente la que se considerará figura principal de apoyo[695].

---

[692] Lo que no podría hacer la persona asistida sería pretender dotarse de la misma medida para realizar actos que no estuviesen contemplados dentro de las mismas, como disponer de los bienes. Por tanto, siguiendo el tenor de lo establecido en el artículo 1263 CC, la persona apoyada podría administrar con su curadora pero no vender salvo que la medida se ampliase en ese sentido.

[693] Creemos que cabe igualmente una interpretación similar en relación con las limitaciones que se acuerden en la resolución judicial de provisión de medidas a las que se refieren los artículos 1052 CC proyectado: *Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Lo harán sus representantes legales si el coheredero está en situación de ausencia. Si el coheredero contase con medidas de apoyo por razón de discapacidad, se estará a lo que se disponga en estas*; y 1548 CC Anteproyecto: *El curador de la persona con discapacidad con facultades de representación se ajustará a lo dispuesto en la resolución que establezca las medidas de apoyo.* Sin embargo, esta interpretación resulta un tanto forzada respeto a los proyectados artículos 20-2-d): *La declaración de opción se formulará: d) por el interesado con discapacidad con los apoyos que, en su caso, precise,* y 21-3-d): *El interesado con discapacidad con los apoyos que, en su caso, precise* del Anteproyecto. En todo caso, de interpretar que el uso de las figuras de apoyos judicialmente otorgadas es obligatorio para la validez del acto –lo cual, insistimos, iría en contra del criterio del Comité- debería concurrir el curador, si bien debiendo ajustar su actuación a lo previsto en la nueva ley, tal como prevé la Disposición Transitoria Segunda del Anteproyecto, esto es, a la voluntad, deseos y preferencias de la persona y no a su superior interés.

[694] Por ejemplo, podrá proveérsele de curador cuando precise asistencia de forma continuada para la realización solo de actos de disposición; pero también, cuando necesite apoyo para actos de administración; para contratar en general o para concluir determinados contratos; o para tomar decisiones respecto a actos de carácter personal, como, por ejemplo, actos que tengan que ver con su salud (toma de medicación, negación de tratamientos, etc.).

[695] La propuesta presentada en 2012 por la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad del Real Patronato sobre Discapacidad, regulaba en el Capítulo IV del Título X relativo a la provisión de apoyos para el pleno ejercicio de la capacidad jurídica, lo que venía a denominar "apoyo intenso". *Propuesta articulada de reforma del Código Civil …*, *Op. Cit*., pág. 7.

El artículo 266 CC[696] recoge los aspectos generales sobre los que se debe apoyar la figura de la curatela, que se adecúan, en principio, a lo exigido por la CDPD: proporcionalidad, respeto a la autonomía de la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo siempre a su voluntad, deseos y preferencias[697]. A continuación, el precepto obliga a la revisión de la curatela al menos cada tres años[698], obligación que responde a la exigencia de la propia CDPD[699]. Pero, por otra parte, no ha de olvidarse que el propio Comité incluyó entre su listado de cuestiones previas a responder por España en el año 2018 un requerimiento mediante el cual le solicitaba que indicase el sistema que habría escogido para dar seguimiento y supervisar las resoluciones dictadas en materia de guarda y tutela y le exigía la presentación de un calendario de revisión de sentencias de incapacitación dictadas hasta la fecha de promulgación de esta nueva ley[700]. La previsión de revisión de las medidas de apoyo que se incluye en este artículo proyectado por la CGC responde ahora a la exigencia, aunque solo parcialmente, como veremos a continuación.

El artículo 266 CC proyectado se encuentra ubicado en la Sección Primera del Capítulo IV del título IX, dedicado a las Disposiciones

[696] Artículo 266. *Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Las medidas de apoyo adoptadas serán revisadas periódicamente, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, en un plazo máximo de tres años, y en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas.*

[697] En palabras de PAU, 2018: 5-28, presidente de la CGC, el artículo 266 CC es uno de los más importantes de la reforma.

[698] Previsión que no constaba en la primera redacción efectuada por la CGC.

[699] Recordemos que artículo 12 ordena en su párrafo 4 que las medidas de apoyo se establezcan por el menor tiempo posible.

[700] Respecto a los avances efectuados por parte de España sobre la adaptación de su sistema de tutela a las previsiones del artículo 12 de la CDPD, el Comité incluyó el siguiente requerimiento dentro del listado de cuestiones previas remitido a ese estado para la elaboración de sus 2 y 3 informes periódicos: *Igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12) 13. Sírvanse informar sobre las medidas para reconocer explícitamente la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad, y adoptar leyes y políticas que 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 (véase CRPD/ESP/CO/1, párr. 34). Entretanto, indiquen qué sistema se ha contemplado para dar seguimiento y revisión oportunos a las decisiones de guarda y tutela, así como un calendario de revisión de las sentencias de incapacitación dictadas hasta la fecha de promulgación de la ley.* NACIONES UNIDAS. 2017. CRPD/C/ESP/QPR/2-3 Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Lista de Cuestiones Previas a la presentación del Segundo y Tercer Informes periódicos combinados de España, pág. 3. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/107/98/pdf/G1710798.pdf?OpenElement y disponible también en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=800&Lang=sp
En respuesta a este, España informó, que "se está trabajando en el seno del Ministerio de Justicia en un texto para la adaptación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta reforma propugna, en la medida de lo posible, la igualdad en el ejercicio de la capacidad de obrar por parte de las personas con discapacidad en relación con las personas que carecen de ella, y especialmente el cambio de un sistema de sustitución en la adopción de decisiones por un sistema de asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas. La nueva regulación de la asistencia a la discapacidad tiene como principal finalidad adecuar con la mayor precisión ese apoyo a las necesidades de la persona con discapacidad, de manera que exista una correlación lo más exacta posible entre protección y necesidad de protección, entre ayuda y necesidad de ayuda, entre grado de discapacidad y grado de asistencia, y con ello se respete, al máximo posible, la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad". Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. 2018. II y III Informe Periódico combinados de España acerca del cumplimiento de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, págs. 19-20 En: un.org Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=800&Lang=sp

Generales de la curatela y se refiere a la revisión de las sentencias dictadas en el procedimiento de provisión de apoyos[701], el cual, a tenor de lo previsto en los artículos 756 LEC[702] y 42 bis a)-1[703] LJV proyectados, es aquél que habrá de tramitarse en los supuestos en los que se requiera el nombramiento de curador. Sin embargo, nada se establece respecto a la revisión de las resoluciones que acuerden otro tipo de medidas judiciales, como el nombramiento de un defensor judicial o la autorización del guardador de hecho para aquellos actos que requieran representación. Hay quien opina que, en realidad, el artículo 266 CC proyectado se refiere a todas las medidas en general y por ello consideran que la ubicación del precepto en el Anteproyecto no es correcta, pues debiera situarse dentro de las disposiciones generales[704], lo cual parecería lógico; pero lo cierto es que tanto el propio artículo 266 CC como aquellos que regulan el procedimiento de provisión de apoyos se refieren claramente a la figura de la curatela.

El procedimiento de nombramiento del defensor judicial no ha sido modificado por la reforma proyectada, por lo que su regulación debe continuar siendo la prevista en el artículo 27 LJV, el cual no casa demasiado bien con el contenido de la nueva figura ni tampoco dice nada respecto a su revisión. Esta deberá producirse cuando la resolución donde la medida se acuerda establezca y, para el caso que nada se diga, entendemos que sí debería aplicarse el plazo máximo de los tres años, por analogía con lo previsto para la curatela.

Respecto a la revisión de las medidas acordadas antes de la entrada en vigor de la reforma habrá de estarse al plazo que el mismo texto introduce en sus disposiciones transitorias, especialmente en la Disposición Transitoria Cuarta que ordena que, a partir de la entrada en vigor de la nueva regulación, se podrá solicitar la revisión de las medidas adoptadas con anterioridad a ella y, obligatoriamente habrá de solicitarse, junto con el informe que se acompañará a la siguiente rendición de cuentas presentada tras la entrada en vigor de la norma y que el juez habrá de resolver en un plazo máximo de dos años desde la solicitud[705].

---

[701] El artículo 266 CC proyectado cohonesta con el artículo 760 LEC y con el artículo 42 bis c) LJV del Anteproyecto.

[702] Artículo 756. *Ámbito de aplicación y competencia.*
1. En los supuestos en los que, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de curador, y exista oposición por las circunstancias concurrentes por parte de cualquiera de las personas legitimadas en virtud del artículo siguiente, los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirán por lo dispuesto en este Capítulo. En caso de inexistencia de oposición, se regirán por lo dispuesto en la legislación de jurisdicción voluntaria.

[703] *Artículo 42 bis a) Ámbito de aplicación, legitimación, postulación y competencia. 1. En los supuestos en los que, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de curador y no exista oposición por las circunstancias concurrentes por parte de cualquiera de las personas legitimadas en virtud del apartado siguiente, los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirán por lo dispuesto en este Capítulo.*

[704] Éste sería el parecer del CGPJ.

[705] La Disposición Transitoria Cuarta del texto presentado por la CGC en su versión original preveía lo siguiente: *Las personas con capacidad judicialmente modificada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial, la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley para adaptarlas a esta.*
En todo caso, con la primera presentación del informe y rendición de cuentas anual posterior a la entrada en vigor de esta ley, los tutores o curadores solicitarán que se proceda a la revisión judicial de la situación actual de las personas a su cargo, para adaptarla a la presente ley. Dicha revisión deberá efectuarse por el Juez en un plazo máximo de dos años desde que tuvo lugar la solicitud, por los trámites

Esta revisión alcanzaría a todo tipo de medidas: tutela, curatela, administraciones de bienes, patria potestad prorrogada o rehabilitada, medidas de guarda, etc., que se hubiesen acordado antes de la entrada en vigor de esta ley. Además, a las revisiones de las medidas previas, habría que sumarle las que se acuerden conforme a la reforma proyectada. Todo ello hace prever que, pese al optimismo plasmado en la Memoria de impacto normativo, que justamente presume lo contrario[706], se avecina una importante sobrecarga de trabajo judicial, al menos durante los primeros años desde la entrada en vigor de la reforma[707].

Quizá por ello, hay quien no encuentra suficiente justificación en la preceptiva revisión periódica –máxime en ese plazo- para determinados casos de afectaciones físicas o psíquicas irreversibles, por lo que la consideran innecesaria [708], opinión de la que discrepamos abiertamente [709]. El mantenimiento de una persona *sine die* bajo curatela representativa podría conllevar la vulneración de ciertos derechos fundamentales aun cuando su situación fuera irreversible Consideramos que nunca es innecesaria la revisión de una medida que pueda ser limitante o restrictiva en el ejercicio de los derechos de la persona.

La curatela se presenta como la medida de apoyo más amplia de todas las propuestas en el texto de la CGC y así, el párrafo primero del artículo 267 CC prevé que se adoptará cuando no exista otra medida de apoyo "suficiente" para la persona. Como apunta MUNAR BERNAT[710], se parte de la idea, como principio de actuación, de que la curatela es de naturaleza asistencial, aunque en los casos excepcionales en los que resulte preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas. Cabe resaltar que esa facultad representativa, en caso de que se conceda, no se presume que es absoluta, sino que, muy al contrario, solo ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general, puesto que el artículo 267-3 CC insiste en que aquellos actos en los que deba ejercer la representación deben fijarse de manera precisa. En consonancia con lo ya anunciado anteriormente

---

previstos a tal efecto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria". Posteriormente, se añadieron a esta Disposición también los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada.

[706] Al considerar que debido al carácter prioritario y a la promoción de las medidas preventivas o voluntarias en la nueva ley, existirán menos procedimientos judiciales con la consiguiente descarga de trabajo de Juzgados y Tribunales.

[707] Sin ningún tipo de tapujos se expresa el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado en el informe emitido en relación con el Anteproyecto. Para la Fiscalía resulta indudable que la reforma traerá consigo un incremento exponencial de la intervención del Ministerio Fiscal en los expedientes de esta naturaleza, aumentándose claramente la carga de trabajo de las Fiscalías. Por ello, considera que debieran concederse plazos más amplios para proceder a la revisión de las curatelas. También el Consejo de Estado ha llamado la atención sobre la necesidad de analizar con detenimiento el impacto económico y presupuestario vinculado a los proyectos normativos, máxime en este caso concreto que se impone la revisión obligatoria de las medidas de apoyo.

[708] Así lo ha manifestado el CGPJ.

[709] Porque de nuevo se vuelve a poner el foco de la discapacidad en la deficiencia o situación concreta de la persona, olvidándose del segundo y primordial elemento de la discapacidad, cual es el entorno. Solo la combinación de ambos elementos da lugar a la aparición de la discapacidad, por lo que puede ocurrir perfectamente que, personas con una afectación física o psíquica irreversible puedan ejercer su capacidad con ciertos apoyos que, para otra con igual deficiencia, sin embargo, no valdrían; o podría ocurrir que, incluso en el momento de acordarse una determinada medida de apoyo no existieran o no pudieran ponerse a disposición de la persona con discapacidad, otros apoyos de los que sí se le podría dotar antes incluso de que el plazo de tres años hubiese transcurrido, incluso aunque la deficiencia de la persona en sí misma fuere irreversible.

[710] MUNAR BERNAT, 2018:129

por el artículo 249 CC, la curatela se adoptará cuando la persona precise de un apoyo continuado[711].

Según el artículo 267 CC proyectado, la sentencia deberá especificar aquellos aspectos concretos para los cuales sea precisa la intervención de curador, entendiéndose a *sensu contrario* que para todo lo demás la persona actuará por sí misma[712].

En armonía con la Convención y el Comité, la intervención del curador implica la prestación de un apoyo o asistencia de suerte que asumiría la obligación de orientar, asesorar o facilitar la comprensión a la persona bajo curatela[713]; lo haría de manera tal que, finalmente, respetando la voluntad de ésta, se llevase a cabo el acto en cuestión con la garantía de que la persona que lo precisa ha sido informada y ha comprendido el acto a realizar; y ello, aun cuando la decisión final sobre el mismo, que corresponderá a la persona con discapacidad, no coincida con la orientación facilitada por su curador, ni satisfaga objetivamente su "interés superior". Esta interpretación estaría acorde con la CDPD, según la entiende su Comité, es la que parece querer el prelegislador y la que ha entendido la doctrina[714] que se ha pronunciado al

[711] El CGPJ ha echado en falta en el Anteproyecto la ausencia de norma sustantiva que regule de forma expresa el derecho y el deber de promover la tutela al margen de lo previsto en la norma procesal respecto a la legitimación activa. Considera aconsejable que junto con las normas de legitimación procesal se contuvieran en el Código Civil las normas sustantivas relativas a la titularidad de los derechos y obligaciones en orden a proveer la medida de apoyo en que consiste la curatela.

[712] Aunque pudiera también estar asistida por otra figura de apoyo, como el guardador de hecho.

[713] Sobre las exigencias que se imponen al curador en la reforma proyectada léase MUNAR BERNAT, 2018:141-142. Si se mantuviera el concepto tradicional de la curatela de nuestro ordenamiento jurídico vigente, la intervención del curador en los actos indicados en sentencia se llevaría a cabo como un complemento de la capacidad de la persona. Entonces, la ausencia de intervención, así como la negativa del curador a suscribir determinado acto en concurrencia con su curatelado implicaría la imposibilidad de realización, invalidez o ineficacia del acto, en contra del reconocimiento de la plena capacidad jurídica de la persona con discapacidad establecido en la CDPD y su Comité, que ha indicado que: "... Los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones pueden revestir muchas formas diferentes, entre ellas la tutela plena, la interdicción judicial y la tutela parcial. Sin embargo, todos esos regímenes tienen ciertas características en común: pueden describirse como sistemas en los que: i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no sea la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el "interés superior" objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias". NACIONES UNIDAS. 2014. CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general Nº 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement, pág. 7, párr..27

[714] Entre otros, GARCÍA RUBIO, 2017:173, quien opina que "…es la persona con discapacidad y sólo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su mejor interés, incluso aunque se equivoque, pues las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás."; o PAU, 2018:152-153, que indica que "la protección o el apoyo no se han de ejercitar *de un modo objetivo* –«en interés de las personas con discapacidad»–, sino *de un modo subjetivo* –«atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona. Este es un punto de gran relevancia, en torno al cual gira el cambio profundo que se lleva a cabo en materia de discapacidad: el «interés de la persona con discapacidad» hay que situarlo *detrás* de «la voluntad, deseos y preferencias de la persona». El «interés de la persona con discapacidad» no aparece nombrado en ningún momento a lo largo de la Propuesta, a diferencia del concepto de «interés del menor», que aparece nueve veces citado en el Código civil. Lo mismo sucede en la Convención de 2006: en ningún momento se habla del «interés de la persona con discapacidad», mientras que el «interés del niño» aparece mencionado tres veces. Dicho con otras palabras: la protección o el apoyo a las personas con discapacidad no es un apoyo *paternalista* que se produce, por decirlo gráficamente, de arriba hacia abajo, sino un apoyo *atento* (a la «voluntad, deseos y preferencias» de la persona), que se produce de abajo hacia arriba".

respecto así como los organismos que han emitido informe consultivo durante la tramitación del Anteproyecto.

No obstante lo anterior, algunos informes presentados en la fase de información pública[715], echan en falta la distinción de distintos tipos de curatela por categorías sistematizadas: desde las de mayor intensidad (curatela de representación) a la de menos intensidad (de acompañamiento), así como la curatela personal o patrimonial. Coincidiendo con el parecer del Consejo de Estado, consideramos tal diferenciación innecesaria desde el momento en que la sentencia ha de ajustarse individualizadamente a cada una de las situaciones que se planteen y puede establecer el alcance que resulte más conveniente. Cabe decir, en todo caso y como ya se ha recordado, que el Anteproyecto sí prevé la posibilidad de separar la curatela personal de la patrimonial[716].

Probablemente el párrafo tercero del art. 267 CC del Anteproyecto, de ser finalmente aprobado, levantará ampollas y será objeto de no pocas críticas, observaciones y recomendaciones, tanto por parte del Comité de la CDPD, como de un número importante de asociaciones, entidades o personas defensoras de los derechos de las personas con discapacidad. Dicho apartado es el que prevé la posibilidad, aunque se haga con carácter excepcional, de fijar como medida de apoyo la curatela representativa[717] a la que ya nos hemos referido anteriormente.

Así, se admitiría que excepcionalmente cuando las circunstancias de la persona con discapacidad lo requieran, el juez pueda determinar los actos en los que el curador deberá asumir la representación de aquélla. De nuevo llamamos la atención sobre el hecho de que tal posibilidad podría recordar bastante a la extinta figura de la tutela, si no fuera porque la incorporación de este modelo de toma de decisiones por representación sólo tendrá cabida en supuestos de excepción, y con la obligación de que el curador ahora, a diferencia del tutor del sistema tradicional, ha de actuar según la voluntad[718] (o la mejor interpretación de esta[719]) de la persona bajo curatela,

[715] Como el del Consejo Fiscal.

[716] *Vid.* nota[727].

[717] En opinión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2019:264, el Anteproyecto introduce esta figura de manera "vergonzante"; se insiste mucho, según este autor, en el carácter excepcional de la representación.

[718] Así lo impondría el artículo propuesto por la CGC que, a su vez, recoge las Observaciones del Comité sobre este aspecto. Otros ordenamientos jurídicos también recogen esta excepcionalidad. Así, recientemente fue aprobado en Perú el Decreto nº 1384 por medio del cual se regula la Capacidad Jurídica y de las Personas con Discapacidad en Igualdad de Condiciones modificando el Código Civil en dicha materia. Esta norma reconoce en sus artículo 3 y 4 la plena capacidad jurídica para el goce y ejercicio de todas las personas mayores de edad en general y de las personas con discapacidad en particular. El artículo 44 del Decreto reconoce expresamente en su apartado 9 la posibilidad de que la capacidad de ejercicio (en España, capacidad de obrar) pueda ser restringida a "Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad". Es decir, existiendo apoyo designado, no cabe restricción de la capacidad sino que mantendrán dicho apoyo (artículo 45-B-3º del Decreto). El apoyo, según la legislación peruana (artículo 659-B), "cuando requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste, aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto". La nueva legislación peruana también prevé la posibilidad de que los apoyos sean designados judicialmente, si bien esta designación se marca con carácter excepcional en su artículo 659-E que establece: "El juez puede determinar, de modo excepcional, los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44. Esta medida se justifica, después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, y de habérsele

según ordena el artículo 248 CC proyectado, ya comentado. Por tanto, en sentido estricto y propio no hay sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad, sino interpretación o integración de esta[720].

De no actuar según la voluntad de la persona que precisa el apoyo, este excepcional sistema se opondría frontalmente a las Observaciones y Recomendaciones del Comité[721], así como a las demandas de aquellas asociaciones[722] que vieron en el tipo de normas excepcionales de sustitución de la voluntad, el riesgo ya experimentado en sistemas más tradicionales de que, en la práctica, terminen siendo la generalidad y la representación se convierta en una verdadera sustitución de la voluntad de la curatelada.[723]

---

prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos.
El juez determina la persona o personas de apoyo tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas y la persona que requiere apoyo. Asimismo, fija el plazo, alcances y responsabilidades del apoyo. En todos los casos, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida. No pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual.
El proceso judicial de determinación de apoyos excepcionalmente se inicia por cualquier persona con capacidad jurídica".
La legislación peruana parece mostrarse más exigente y restrictiva a la hora de establecer la excepcionalidad de restricción de su capacidad y designación de un apoyo que pueda interpretar su voluntad dejando claro que dicha interpretación deberá estar basada en los elementos indicados en el propio precepto, algo que se echa de menos en la propuesta española mucho más genérica al respecto.

[719] *21. Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias". Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del "interés superior" no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de "la voluntad y las preferencias" debe reemplazar al del "interés superior" para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás.* NACIONES UNIDAS. 2014. CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general Nº 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement, pág. 6. Este principio fue recogido expresamente por el Anteproyecto inicialmente en el párrafo final del artículo 249. Posteriormente, como ya se ha mencionado, se pasó al artículo 248 precedente.

[720] Es decir, este representante actuaría como un transmisor de la voluntad o *nuntius*, dotado de mayor o menor cantidad de facultades en función de las necesidades de la persona representada. Sobre las líneas intermedias entre el *nuntius* y el representante, *vid. nota*[193]

[721] "28. La obligación de los Estados partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención". NACIONES UNIDAS. 2014. CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general Nº 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement, pág. 7

[722] Para un conocimiento más amplio sobre las diferentes posturas de las Organizaciones no Gubernamentales puede consultarse el diario de sesiones mantenidas por el Comité Especial o Comité ad hoc durante la negociación de la CDPD, particularmente las correspondientes a la 8ª y más polémica sesión. Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8contngos.htm

[723] "…la práctica ha venido a demostrar que con el sistema vigente donde las sentencias de incapacitación o de modificación de la capacidad en la denominación actual deberían ser trajes a medida, el 95% de ellas optaron por la modalidad de incapacitación total con designación de la figura más protectora y sustitutiva de la voluntad, la tutela sin establecer una verdadera graduación". Comité de Ética y Legislación, Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN), 2016, Sobre la reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad. En:

Tanto para el caso de mera asistencia como para el de representación los actos en los que ha de intervenir el curador deberán estar especificados y concretados en la resolución judicial correspondiente, la cual, en modo alguno, puede contener mera prohibición de derechos. En esa misma resolución se fijarán las medidas de control de la curatela establecidas por el juez para garantizar el derecho al respeto a los deseos, voluntad y preferencias de la de la persona que precisa el apoyo, sin perjuicio de que, en cualquier momento a su instancia o a la del Ministerio Fiscal, el curador deba rendir cuentas de su actuación[724].

En otro orden de cosas, los artículos 273 y 274 CC proyectados tratan sobre el nombramiento del curador especificando quiénes pueden pero, sobre todo, quienes no pueden acceder a dicho cargo así como fijando el orden de acceso al mismo. Respecto a este orden, se fija en primer lugar al designado por el otorgante, salvo que en él incurran las causas establecidas en el artículo 270 CC[725].

A falta de designación, el artículo 274 CC, llama primeramente al cónyuge o pareja de hecho pero siempre y cuando conviva con el otorgante. La exigencia de la convivencia ha de entenderse en el sentido jurídico del término, de modo que podría ser compatible con situaciones fácticas de separación[726].

En segundo lugar, el precepto designa al hijo o descendiente prefiriendo entre todos, de haber varios, al conviviente. Creemos que, antes que este, debiera figurar en el orden de prelación aquél que, de hecho, estuviere prestando el apoyo aunque no conviviese con el necesitado del mismo pues, de este modo, se acomodaría una situación de hecho a una jurídicamente reconocida.

En realidad, nuestra opinión es que por encima de todos debiera encontrarse el guardador de hecho, fuese o no familiar, que en el precepto propuesto figura en quinto lugar. Creemos que debería estar el primero en el orden de delación porque el guardador de hecho suele coincidir con la persona de confianza de quien precisa del apoyo. En todo caso, los párrafos finales de este artículo dejan esta posibilidad, como hasta la fecha, en manos de la autoridad judicial la cual, motivadamente, podrá obviar el orden de delación legalmente establecido nombrando curadora a la persona que considere más idónea para comprender e interpretar los deseos y preferencias de la necesitada de apoyo y siempre previa audiencia de ésta.

---

https://amsmblog.files.wordpress.com, Disponible en: https://amsmblog.files.wordpress.com/2016/06/03-aen-reforma-legislaciocc81n.pdf

[724] Artículo 268 proyectado por la CGC.

[725] Artículo 270-2: *No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de las mismas, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, y siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció, o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.*

[726] No deben valorarse como falta de convivencia aquellas situaciones relativas a motivos laborales, profesionales, etc., a que no se trata de supuestos en los que deba presumirse la ausencia de comunidad de vida, sino de casos en que existen y se mantienen domicilios distintos y que vienen impuestos por concretas necesidades: profesionales o laborales, económicas o de salud, etc.; precisamente por ello, en caso de internamiento del incapacitado se presumirá que exista convivencia si el consorte cumple los deberes conyugales: lo visita, atiende, etc. FERNÁNDEZ GIL, 2016:147, nota[54] con cita a LETE DEL RÍO, "Nombramiento de tutor" en Actualidad Civil, 1999, ref. XXIV, pp.403 ss., tomo II.

Por último, resultaba llamativa en la primera versión del Anteproyecto la ausencia en el orden de prelación del precepto de las instituciones tutelares pese a admitirse expresamente en el precepto anterior, la posibilidad de que sobre ellas recayera el cargo de curador. Sin duda, se trataba de una omisión involuntaria que, en las redacciones siguientes ha incluido en el séptimo orden de delación a las entidades que reúnan las condiciones especificadas en el apartado 2 del artículo precedente.

Se prevé la posibilidad de proponer a más de un curador[727] si la voluntad y necesidades de la persona lo justifican pudiendo separarse como cargos distintos el curador personal y el curador patrimonial[728], lo que recuerda a actuales cargos separados de tutor personal y tutor patrimonial, previsto expresamente en el vigente artículo 236-1º CC.

Si bien el ejercicio de la curatela no se presenta en la reforma proyectada como un deber, se admite la posibilidad de excusa del cargo de curador a las personas físicas si su desempeño les resultase excesivamente gravoso o entrañase graves dificultades para los designados, incluso siendo estas sobrevenidas. Asimismo, se admite la excusa para el ejercicio del cargo a personas jurídicas, pero solo de carácter privado[729]. Para ello, la persona jurídica privada deberá alegar y acreditar falta de medios para el correcto ejercicio de las funciones encomendadas. Esta causa de excusa no es siquiera planteable respecto a las personas jurídicas públicas[730], pues el Anteproyecto no deja opción siquiera a la duda, poniendo de este modo fin a una polémica

[727] La versión original preveía la posibilidad de "nombrar" en vez de "proponer". El precepto, no contempla expresamente la posibilidad de compatibilizar el nombramiento de curador con el de otra institución diferente, como la del defensor judicial pues, si bien es verdad que, a tenor de lo previsto en el artículo 293 CC proyectado, éste sí podría ser designado en caso de conflicto de intereses entre el curador y la persona que recibe el apoyo, lo cierto es que la regulación de la curatela establece que cuando ésta exista y sea ejercida por más de un curador aquel en quien recaiga el conflicto de intereses dejará de ejercerla pero, en su lugar, lo harán los demás curadores no afectados por tal conflicto y no un defensor judicial. Luego no parece que el espíritu de la CDPD sea excluyente entre unos apoyos respecto a otros sino justamente lo contrario. La propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil presentada en 2012 por la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad del Real Patronato sobre Discapacidad sí parecía más afín al sistema abierto, flexible y plural de la CDPD al plantear expresamente más que la fijación de una única figura de apoyo el establecimiento de un "programa de apoyos" bien diseñado por los padres de la persona con discapacidad (artículo 230) bien fijado por la autoridad judicial (artículo 237) mediante el nombramiento de un gestor o coordinador de apoyos, si fuera preciso (artículo 206), o bien previsto por la propia persona (artículo 202). En todo caso, teniendo en cuenta que el curador debe ceñirse a apoyar en aquellos aspectos para los que específicamente haya sido nombrado, nada impediría que, para los demás, pudieran ser designados otros cargos por el tiempo imprescindible para cumplir su concreta función. Téngase en cuenta la Observación General Primera del Comité que, señala, que *"Apoyo" es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse.*

[728] Artículo 275 CC proyectado en su última versión: *Se puede proponer el nombramiento de más de un curador si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican. En particular, podrán separarse como cargos distintos los de curador de la persona y curador de los bienes.*
Cuando la curatela sea confiada a varias personas, la autoridad judicial establecerá el modo de funcionamiento, respetando la voluntad de la persona que precisa el apoyo.

[729] Artículo 277 CC proyectado: *2. Las personas jurídicas privadas podrá excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la curatela.*

[730] Para el Consejo Fiscal, el Anteproyecto debería haber incluido también dentro de la materia relativa a las excusas, una cláusula similar a la que en el año 2012 propuso la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad del Real Patronato sobre Discapacidad, en el sentido de impedir la excusa por parte de las entidades públicas.

doctrinal y jurisprudencial, respaldada asimismo por la Fiscalía[731], que ya de un tiempo a esta parte se venía decantando clara y contundentemente por esta última postura.

Aun cuando no exista una atribución legal específica y expresa, según LEGERÉN MOLINA, la asunción de una tutela ordinaria por una persona jurídico-pública tiene apoyo en una base competencial legalmente reconocida[732], que resolvía que la excusa prevista en el artículo 251-2 CC debe estimarse prevenida para las personas jurídicas a que se refiere el artículo 242 CC del mismo Código, no para las Entidades públicas. Abunda el citado autor recordando que la Administración pública de que se trate tendría que habilitar los recursos que fuesen necesarios –desviándolos de otros gastos extraordinarios o de ampliación presupuestaria-, para cumplir las funciones legalmente atribuidas, que, además, en este caso, se refieren al cuidado y defensa de personas desprotegidas[733].

El Anteproyecto dispone además que el curador que se excusa de la curatela por cualquier causa perderá lo que, en consideración al nombramiento, le hubiere dejado el testador que lo hubiese nombrado[734]. Así, sin más, la consecuencia de la excusa puede parecer un poco desproporcionada, especialmente si esa excusa redunda en beneficio de la persona con discapacidad. La previsión de este artículo[735], supone en principio una garantía para la persona bajo curatela, pues trata de disuadir a quien hubiese sido designado curador[736] y además sea beneficiado en la disposición testamentaria de la persona a la que presta apoyo precisamente porque ejerce esa función, de que deje de hacerlo; si presenta excusa perderá entonces lo atribuido por el testador por mor de tal nombramiento. Es decir, se trata de una disposición testamentaria de naturaleza modal, que le impone la obligación de ejercer el cargo si desea recibir el beneficio atribuido, atribución que puede ser realizada tanto a título de herencia como de legado[737].

---

[731] Ministerio Fiscal, 2016. *Consulta 2/1998, de 3 de abril sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas*. En: www.fiscal.es. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/CONS/CON_02_1998.pdf. Consulta: agosto 2018.

[732] Razón por la cual no parecía admisible alegar excusa en el caso de personas jurídico-públicas. Citando sobre este particular el AAP Valencia de 3 de julio de 1998, AC 1998/6717.

[733] Como recordaba LEGERÉN MOLINA, 2012:166-167, "en su día se cuestionó si en un Estado Social de Derecho (cfr. art. 1 CE) resultaba posible que las personas jurídicas de carácter público –no así las personas jurídico-privadas- se excusasen por carencia de medios. Y se argumentaba que resultaría un tanto contradictorio permitir a tales entidades eludir el cargo de tutor por falta de medios, incumpliendo así funciones y competencias constitucional y legalmente atribuidas". Anotaba en relación a este aspecto a pie de página el AAP Baleares de 13 de noviembre de 2000 (JUR 2001/29853) que señaló que "no resulta de recibo que en dicho reparto un Estado Social y de Derecho…no pueda asignar partidas presupuestarias suficientes para atender a la tutela de …incapacitados que tenga que asumir-".

[734] Artículo 278 CC proyectado.

[735] Que recuerda al vigente artículo 257 CC previsto para el tutor ("El tutor designado en testamento que se excuse de la tutela al tiempo de su delación perderá lo que, en consideración al nombramiento, le hubiere dejado el testador") pero aplicable también al curador, a tenor del Artículo 291 CC actual: *"Son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores. No podrán ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados"*.

[736] Incluso cuando la designación la realiza por testamento la persona en quien delega el nombramiento de curador la persona con discapacidad (artículo 274 CC proyectado).

[737] Como indica GARRIDO MELERO, 2009:510-516, el Código Civil español no llega definir el modo, si bien se refire al mismo al hablar de "la expresión del objeto de la institución o legado, o la ampliación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere" (art. 797 CC). Sobre los elementos de la disposició modal, *vid.* nota[739]. También REYES LÓPEZ, 2014:437, indica que el modo, junto con la condición y el término, constituyen los elementos accidentales del negocio jurídico caracterizado por obligar al destinatario de una atribución gratuita a cumplir una determinada prestación,

Ahora bien, esta garantía o salvaguarda que se instrumentaliza a través de una disposición modal que, en principio parece loable, en nuestra opinión podría volverse en contra de la persona necesitada de apoyo. Al respecto puede suceder que, si el curador ve en riesgo sus propios intereses con la presentación de la excusa, dejará de presentarla y ello con independencia de que la causa de excusa fuese real e incluso pudiera redundar en beneficio para la persona que precisa el apoyo[738].

Con todo, el artículo 278 CC proyectado constituye un claro ejemplo de disposición modal[739], de modo que la curadora recibirá lo previsto

---

de forma que, el disponente adjunta una carga o gravamen a la herencia o al legado. Consisten en la realización de determinadas actividades o prestaciones, tales como el deber de cursar estudios, atender y cuidar enfermos... pago de estudios, becas...que reciben la denominación de modo. Sin embargo, lo que no puede ser objeto de obligación tampoco puede serlo de una disposición modal. Como señala la autora, la obligación impuesta en el testamento con cargas nace con la aceptación del receptor, pero ello no significa que sea la contraprestación por lo heredado o legado. Por ello, el modo no puede considerarse un correlativo de la disposición patrimonial realizada, lo que corrobora el tenor literal del artículo 797-2 CC que establece que lo dejado con una cláusula modal puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación. Alude también la autora a la falta de regulación autónoma del modo en el Código Civil, que lo disciplina, junto con las condiciones, en sus artículos 797 y 798, constituyendo un caso especial, el contemplado en el artículo 788 CC, como excepción al artículo 785-3 CC. Se refiere además a la STS de 4 junio 1965, que define la institución modal como aquella en que el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado. Concluye que la imposición del modo supone, por tanto, que el testador asigna al heredero o legatario la realización de una prestación, que debe ser realizada por el beneficiario de la atribución. Dichas designaciones pueden consistir en cualquier acto u omisión lícitos; en cualquier prestación positiva o negativa, real o personal; en emplear en determinado fin el objeto; en prestar asistencia o realizar cualquier otra actividad a cargo del instituido...También alude a cómo la doctrina ha puesto de manifiesto que el modo es una figura mal construida en el Código Civil, que se refiere a él, generalmente con el nombre de carga y a veces impropiamente con el de condición. En relación a la confusión generada entre ambas figuras, modo y condición, la autora explica que tradicionalmente cuando se trata el modo se hace tomando como referencia la condición porque el primero no queda contemplado de forma independiente en la regulación que ofrece el Código Civil. De dicha redacción ha derivado cierto paralelismo entre el modo y la condición, que ha conducido a la doctrina a tener que establecer las notas diferenciadoras entre ambas, debido a que el contenido de los artículos 798 y 799 del Código Civil genera cierta confusión entre ambas, amén de caracterizarse por cierta ambigüedad y lagunas en su tratamiento jurídico, que ha propiciado el paulatino desuso de la figura de la institución modal.

[738] Imaginemos que la curadora, por razón de enfermedad, no pudiera llevar a cabo sus funciones. Si presentase excusa, perdería lo dispuesto a su favor en el testamento y ello pese a que pudiese ser mejor para la persona necesitada de apoyo que la curadora resultase revelada de su función, por lo que no es difícil imaginar que deje de prestar la excusa y ejerza mal su labor de apoyo. Esta situación nada fantasiosa resulta claramente perjudicial para una de las dos partes: curadora, que puede perder lo que se hubiere previsto en la disposición testamentaria precisamente por presentar excusa; y curatelada, que puede, *de facto,* no recibir el apoyo necesario de aquélla o que se le preste de forma incorrecta, si esa excusa no se llega a presentar.

[739] Como indica GARRIDO MELERO, 2009:510-516, "La condición, el término y el modo son 'modalizaciones" de la institución de heredero, del legado, y de las demás disposiciones de última voluntad, que sirven para el diseño plantificador del causante. Ahora bien, aunque desde el punto de vista dogmático son perfectamente distintas, en el terreno de la práctica no va a ser ni mucho menos tan fácil…". Recuerda este actor que la doctrina y los ordenamientos jurídicos han intentado darnos un concepto de disposición modal ya que el Código Civil español no llega definir el modo, si bien se refire al mismo al hablar de "la expresión del objeto de la institución o legado, o la ampliación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere (art. 797 CC). Como elementos de la disposición modal, el autor indica que puede ser impuesta en todos los actos y negocios de última voluntad, tal como reconoce expresamente el Código Civil, que ha cambiado el término "testador" por el de "causante"; y pueden estar sujetos a modo tanto herederos como legatarios. Además, se pueden imponer modos no sólo en los negocios testamentarios, sino también en los pactos sucesorios y en las donaciones *mortis causa,* según indica. Desde el punto de vista personal, señala tres elementos de la

testamentariamente a cambio de realizar las tareas propias del cargo. Si dejase de hacerlo, con independencia de las razones más o menos justas o justificadas para ello, no percibiría lo que se le hubiese dejado en testamento[740], salvo que el propio testador hubiese establecido que sí lo haría a pesar de la excusa, puesto que la voluntad del testador es la ley de la sucesión.

Si la curadora no presentase excusa y, de hecho no pudiera ejercitar las funciones propias de la curatela, podría ser removida del cargo por ineptitud sobrevenida[741]. Si fuese removida, aunque fuese por la causa expuesta, y la persona apoyada hubiese testado a su favor con la condición de que ejerciese como curadora, tampoco podría heredar ya que pasaría a estar incursa en causa de inhabilidad para suceder, a tenor de lo previsto en el proyectado artículo 756-2 CC[742] que incluye dentro de los supuestos al removido del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad[743].

También es objeto de reforma el derecho a retribución del curador[744]. Echamos de menos que el Anteproyecto no zanje definitivamente este derecho respecto a la persona jurídico-pública designada curadora[745]; y ello debido tanto a las discrepancias jurisprudenciales que hacen que, en la práctica y según el territorio en el que operen, algunas de estas entidades sí puedan contar con las retribuciones como una fuente de ingresos más para el ejercicio de sus funciones, lo cual revierte en beneficio y atención hacia las personas bajo su curatela, mientras que en otras sea absolutamente impensable; dicha variación depende exclusivamente del criterio del juez que ha de aplicar la norma[746]. Por otra parte, la reforma de momento no sujeta,

---

disposición modal: la persona que ordena el modo; la que queda gravada con el mismo, esto es, sujeta a la carga, destino o limitación; y, por último, la beneficiaria de la disposición. A estas tres, este autor añade una cuarta: las personas que pueden exigir el cumplimiento del modo, y es aquí donde precisamente, GARRIDO MELERO encuentra un punto diferencial de la insitución modal. Como caracteres de la disposición modal, el mismo autor encuentra que: se trata de una carga, destino o limitación de la institución de heredero o del legado; se puede commutar o convertir; se puede garantizar de todas formas su cumplimiento, pero no con una condición suspensiva, y se puede dejar indeterminado el sujeto destinatario del modo.

[740] En palabras de MUNAR BERNAT, 2018:140, "En el supuesto de que quien se excuse sea un curador nombrado por una disposición testamentaria causalizada de un progenitor o cónyuge de la persona precisada de apoyos, el art. 278 decreta la pérdida de lo que, en consideración al nombramiento, le hubiere dejado el testador". Desde nuestro punto de vista, la disposición modal puede ser impuesta también por la propia persona beneficiaria de la medida de apoyo, o por la persona en quien delega el nombramiento de curador la persona con discapacidad (artículo 274 CC proyectado) cuando realiza la designación por testamento.

[741] En virtud de lo previsto en el artículo 276 CC proyectado que se correspondería con el artículo 247 CC actual.

[742] El artículo 756-2 CC proyectado textualmente establece que son incapaces de suceder por causa de indignidad: *También el … removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad.*

[743] Otra cuestión que cabría preguntarse sería si podría recibir algo en proporción al tiempo que hubiese prestado el apoyo hasta que se hubiese acordado su remoción.

[744] Artículo 279 del Anteproyecto. La polémica acerca del derecho de retribución de las entidades tutelares es antiguo. Léase en este sentido HEREDIA PUENTE & FÁBREGA RUÍZ, 1998:72-74.

[745] Llama la atención, no obstante, las pocas, por no decir nulas, referencias a esta cuestión entre las diferentes y numerosas aportaciones presentadas durante el periodo de consultas públicas del Anteproyecto, quizá debido a que las entidades tutelares públicas, únicas afectadas por dicha discrepancia, no presentaron ninguna propuesta en dicha fase.

[746] Para algunos, las entidades tutelares públicas no tienen derecho a percibir retribución por diferentes motivos, entre los que destacamos solo algunos: en primer lugar, porque, siendo públicas su función es prestar un servicio público, por tanto, gratuito; en segundo lugar, porque, por el mismo motivo, habrán de estar dotadas con un patrimonio "suficiente" para poder afrontar sus funciones tutelares; y, en tercer lugar, porque las personas a las que asisten, normalmente no suelen tener patrimonios importantes. Para otros juzgados, sin embargo, las entidades tutelares públicas sí tendrían derecho a cobrar retribución,

como el Código Civil actual[747], el derecho de retribución a ningún tipo de límite o condición[748], ni al referirse al ámbito de los menores ni al referirse al de las personas adultas con discapacidad[749].

La reforma proyectada exige expresamente el contacto personal del curador con la persona curatelada[750]. Esto tiene lógica si se atiende al hecho de que la curatela está pensada como medida de apoyo, pues difícilmente podrá asistirse a aquél con quien no se tenga contacto. No obstante, quizá sería conveniente matizar qué ha de entenderse exactamente por contacto personal, máxime cuando el nombramiento de curador puede haber recaído sobre una persona jurídica. Entendemos en estos casos que sería suficiente con que las personas jurídicas designasen a alguien específicamente

---

argumentando para ello lo siguiente: primero, que el artículo 274 CC actual (que se correspondería con el artículo 279 CC proyectado que ahora comentamos) no distingue entre tutores personas físicas o jurídicas y, dentro de éstas, públicas o privadas; por lo tanto, donde el artículo no distingue, no hay porque diferenciar concediendo el derecho a unas y negándoselo a otras. En segundo lugar, porque el hecho de que una fundación o cualquier entidad tutelar pública tenga un patrimonio porque legalmente está obligada a tenerlo, no significa que dicho patrimonio no pueda estar conformado, entre otras partidas, por los ingresos provenientes de las retribuciones. En tercer lugar, porque aunque la entidad tutelar pública preste un servicio público, el de ejercicio de la tutela o el de prestación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la nueva versión de la ley, no significa necesariamente que éste haya de ser totalmente gratuito; prueba de ello es que existen numerosos servicios públicos por los que hay que pagar un precio o un copago (uso de piscinas públicas; pago parcial de medicinas; entrada a espectáculos organizados por entidades públicas, etc). Además, en cuarto lugar, la exigencia del artículo es, por una parte, que el patrimonio de la persona tutelada sea suficiente. En este sentido, las entidades tutelares públicas suelen argumentar que, en la mayoría de las ocasiones, las personas bajo su tutela carecían de patrimonio en el momento de ser asumida la tutela; sin embargo, gracias a la actividad tutelar ejercitada, la persona ha podido percibir unos ingresos periódicos, normalmente pensiones gestionadas por la tutora, que son precisamente las que constituyen su patrimonio en el momento en que se solicita la retribución por parte de la entidad. La segunda exigencia del artículo 274 CC actual es que la retribución se fije en función de la cantidad de tiempo de dedicada a la tutela, la intensidad, dificultad, volumen de trabajo y la responsabilidad derivada de la complejidad de la gestión a realizar. En este sentido, cabe destacar que estos entes se dedican en exclusiva a esas funciones, contando para ello con profesionales especializados, con lo cual, ofrecen más garantías a la persona tanto en el desarrollo de su esfera personal como patrimonial. Por último, se argumenta también que, siendo entidades todas ellas sin ánimo de lucro y, en este caso, con un claro fin social y público, el destino de las retribuciones no puede ser otro que la mejora del propio servicio, lo que redunda no solo en beneficio de la propia persona tutelada o apoyada, sino de las demás a las que la entidad presta servicio.

[747] En la actualidad, el artículo 274 CC, relativo a la retribución del tutor, sujeta este derecho a dos condiciones: la primera, que el patrimonio del tutelado lo permita y, la segunda, a que la cuantía máxima de tal retribución no baje del 4% ni supere el límite del 20% del rendimiento líquido de su patrimonio.

[748] Como bien observan los informes consultivos del CGPJ y del Consejo Fiscal a los que nos venimos refiriendo. En opinión del Consejo Fiscal, puesto que todas son entidades cuyo fin es atender a personas con discapacidad, lo razonable sería sostener que, o bien no debieran ser retribuidas por ello o, al menos, su retribución no debería exceder un límite máximo establecido.

[749] En las primeras versiones del Anteproyecto se observaba una cierta discordancia entre el artículo 228 CC y el 224 CC, relativos a los menores, en relación con el 279 CC. Este último precepto establece el derecho de retribución para el curador "siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita". El proyectado artículo 224 CC dispone que el ejercicio de la tutela se regirá por las normas relativas al de la curatela con las particularidades establecidas en los artículos siguientes, pero el artículo 228 CC propuesto contemplaba al principio específicamente el derecho a la retribución del tutor sin más límites; la discordancia entre los preceptos mencionados generaba la duda acerca de la limitación en la retribución concreta del tutor, de modo que el juez deba fijarla según los parámetros impuestos por el artículo 48-1 LJV (complejidad, extensión de las funciones del cargo y el valor y la rentabilidad de los bienes del interesado - Véase artículo 274 CC actual -). Ante las apreciaciones efectuadas en la fase de información pública en el sentido de que había de despejarse la duda expuesta, en la última versión del Anteproyecto se ha añadido al artículo 228 proyectado la coletilla "siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita" que también figura en el artículo 279 CC.

[750] Artículo 280-2º CC propuesto por la CGC: *Una vez en el ejercicio de la curatela, estará obligado a mantener contacto personal con la persona necesitada de apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida.*

para realizar una labor de contacto personal, a fin de que la persona que precisa el apoyo tenga una referencia clara sobre a quién debe dirigirse cada vez que lo necesite; aunque esto sería deseable, a veces resulta muy difícil, debido a la enorme rotación de personal (o escasez del mismo) en muchas de esas instituciones, especialmente en las públicas[751].

En todo caso, se recoge como una de las tareas principales del curador la de procurar que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y ejercer su propia capacidad con menos apoyos en el futuro[752].

El Anteproyecto resuelve también la eventual problemática derivada de un posible conflicto de intereses entre curador y persona que recibe el apoyo, que se zanjará con el nombramiento por parte del Letrado de la Administración de Justicia, de un defensor judicial que sustituya al curador[753], salvo que la curatela fuese ejercitada por varios curadores[754], en cuyo caso continuará ejerciéndose por quien no esté afectado por el impedimento o conflicto[755].

En una muestra de excesivo proteccionismo, se prevé en el nuevo artículo 283-4 CC, que el Letrado de la Administración de Justicia pueda resolver que ciertos objetos de valor de la persona con discapacidad sean depositados en un establecimiento previsto al efecto, cuando considere que no deben quedar en poder del curador obviando que la propia persona con discapacidad podría querer tenerlos en su propio poder o incluso que los custodiase su curador o un tercero. Nuevamente parece que no se establece como prioridad la voluntad –que ni se menta- de la persona con discapacidad sino su mejor interés objetivo. Sin embargo, no contempla, un procedimiento que garantice que realmente se han realizado esfuerzos para que el curador

[751] Como hemos dicho, podría, asimismo, haberse aprovechado la oportunidad para regular otras figuras tan comunes y habitualmente utilizadas precisamente como apoyo dentro de las entidades tutelares como las de los delegados tutelares. La necesidad de regulación de un estatuto jurídico que recoja la figura del Delegado Tutelar es una vieja reivindicación de la que, desde hace años, se vienen haciendo eco distintas entidades tutelares. DE PEDRO MORO, 2003:19-32. También, GARCÍA, 2001:37-42.

[752] En su versión originaria, el artículo 280 proyectado incluía un párrafo 5 que no hacía sino recoger dentro de los casos en que se hubiera instituido una curatela representativa, el principio de mejor interpretación de la voluntad de la persona, obligando al curador a tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y creencias de la persona a quien representase a la hora de adoptar decisiones que le afectasen. Se trataba, en definitiva, de ponerse en la piel de su representado y adoptar las decisiones que, en consideración de todo lo anterior, probablemente hubiera tomado aquél mismo. Este párrafo se ha suprimido en las versiones siguientes, al haber sido trasladado, como hemos visto, al artículo 248 proyectado, lo cual resulta lógico al ser el precepto mencionado, regulador, precisamente, de las disposiciones generales de todas las medidas de apoyo. El CGPJ llamaba la atención en su informe sobre el hecho de que la toma en consideración de los valores, trayectoria vital, etc., de la persona apoyada solo se predicase al referirse a la curatela con facultades de representación, pero no al referirse a la curatela asistencial, en la cual también habrá de atenderse a todos esos factores, al igual –añadimos nosotros- que en el resto de las figuras de apoyo. Esta misma observación fue realizada por el Consejo Fiscal.

[753] Artículo 281 CC proyectado. En relación con este precepto, *vid.* artículo 293 CC del Anteproyecto.

[754] El artículo 294 proyectado prohíbe también el nombramiento de defensor judicial si el apoyo ha sido encomendado a más de una persona salvo que ninguna pudiera actuar.

[755] Para el Consejo Fiscal, la designación del defensor judicial debería recaer sobre la autoridad judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal. Respecto al párrafo final del artículo 281, considera que la reorganización de la curatela debiera poder ser adoptada por el juez de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, previa audiencia de la persona con discapacidad y del Ministerio Fiscal.

pueda averiguar la voluntad de quien precisa de su asistencia[756]. En definitiva, parece que la redacción de los artículos muestran una preocupación mayor por proteger el patrimonio o el interés superior objetivo que por conocer en la mayor medida posible la voluntad real de la persona.

Otra de las muestras más evidentes de ese excesivo proteccionismo que se viene arrastrando del paradigma anterior se encuentra en el nuevo artículo 285 CC -que vendría a sustituir al vigente artículo 271 CC-, y que enumera aquellos actos para los cuales el curador precisa contar siempre con autorización judicial. Además de estos, la necesitará para todos los que se indiquen en la resolución respectiva. Cierto que el artículo 12-4 CDPD impone al Estado la adopción de salvaguardias en beneficio de la persona que requiere el apoyo pero, teniendo en cuenta las directrices marcadas por el nuevo paradigma, creemos que el artículo 285 supera el concepto de garantía y se convierte en un control previo excesivo que puede dificultar en la práctica el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad. Pensamos que bastaría con una aprobación judicial posterior del acto realizado con la intervención del curador representativo, evitando así dilaciones que podrían retrasar o incluso impedir la realización de ciertos actos, como veremos a continuación[757].

Varias son las cuestiones remarcables de este nuevo artículo 285 del Anteproyecto, que lo diferencian del vigente 271 CC; destacamos las que se enuncian a continuación.

En primer lugar, la sustitución del apartado relativo la necesidad de autorización judicial para proceder al ingreso involuntario, por el más amplio referido a la necesidad de contar con aquélla para "Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando el afectado[758] no pueda hacerlo

---

[756] Como, por ejemplo, sí hace el Decreto nº 1384, Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad del Condiciones, El Peruano, 4 de septiembre de 2018, recientemente aprobado en Perú. La nueva legislación peruana prevé la posibilidad de que los apoyos sean designados judicialmente, si bien esta designación se marca con carácter excepcional en su artículo 659-E que establece: *El juez puede determinar, de modo excepcional, los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44. Esta medida se justifica, después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, y de habérsele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos.*
El juez determina la persona o personas de apoyo tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas y la persona que requiere apoyo. Asimismo, fija el plazo, alcances y responsabilidades del apoyo. En todos los casos, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida. No pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual. El proceso judicial de determinación de apoyos excepcionalmente se inicia por cualquier persona con capacidad jurídica. Disponible en: https://www.gob.pe/institucion/minjus/normas-legales/190877-1384
La legislación peruana parece mostrarse más exigente y restrictiva a la hora de establecer la excepcionalidad de restricción de su capacidad y designación de un apoyo que pueda interpretar su voluntad dejando claro que dicha interpretación deberá estar basada en los elementos indicados en el propio precepto, algo que se echa de menos en la propuesta española mucho más genérica al respecto.

[757] El CGPJ, opina que cabría la posibilidad de establecer ciertas excepciones a la regla general y, para ello, por analogía, pone el ejemplo de ciertos actos que puede realizar el menor emancipado sin necesidad de contar con autorización judicial alguna.

[758] Se mantiene en este apartado el calificativo de "afectado", expresión que ha sido sustituida en otros casos por la de "persona con medidas de apoyo" o "persona con discapacidad", por ejemplo.

por sí mismo[759]". A este respecto, conviene recordar que la CGC había estado trabajando durante los últimos tiempos no sólo en el Anteproyecto que ahora comentamos sino que, paralelamente, también redactaba una segunda propuesta de Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales, en el que se regularía precisamente esta materia junto con las demás de su enunciado. Como anteriormente se ha mencionado, dicho Anteproyecto no ha seguido su tramitación en la redacción propuesta por lo que, en tanto en cuanto eso no suceda y, de prosperar el texto que hasta aquí comentamos, la necesidad de autorización judicial preceptiva para proceder a un ingreso involuntario, de admitirse en contra del criterio expresado por el Comité este tipo de internamientos, no quedaría expresamente prevista en el Código Civil, aunque sí podría entenderse implícitamente incluida en este nuevo apartado.

En todo caso, el procedimiento que permitiese la limitación de derechos fundamentales solo podría estar regulado en una ley orgánica pues, de lo contrario podría ser declarada inconstitucional[760]. Sobre este asunto se volverá más adelante, pero cabe ya anticipar que se aventuran problemas de constitucionalidad como los ya vividos si, a través de este artículo, se pretende conseguir la autorización judicial para llevar a cabo lo previsto en el artículo 763 LEC que, de momento, queda sin modificar[761].

El Consejo de Estado también ha expresado su opinión en parecidos términos a los aquí expuestos. Para este organismo, este inciso viene a reemplazar al vigente "para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial"[762]. Según su criterio, parece que el Anteproyecto ha evitado referirse al internamiento para no vulnerar la reserva de ley orgánica de los artículos 17 y 81 CE. En su Informe consultivo afirma también que la expresión "actos de trascendencia personal" es tan amplia que podría no respetar la reserva de ley orgánica mencionada, en los términos delimitados por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 129/1999, 131 y 132/2010, ya que puede interpretarse como la norma que "habilita al Juez para acordar una privación de libertad en el concreto supuesto ahí contemplado" (Sentencia 129/1999). Por ello, recomienda la reformulación del ordinal primero con una redacción que evite esa interpretación, como, por ejemplo: "Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando el afectado no pueda hacerlo por si mismo, todo ello a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento".

Desde nuestro punto de vista, el precepto seguiría siendo

[759] Para el Consejo Fiscal el concepto jurídico indeterminado es excesivamente amplio por lo que considera debería precisarse con mayor concreción qué actos concretos han de entenderse incluidos en aquellos "de trascendencia personal o familiar" y, sin dentro de ellos, se incluiría el internamiento.

[760] Sin embargo, en cuanto al rango normativo de esta reforma, la Memoria del análisis de impacto normativo redactada por la Secretaría General Técnica de la Subdirección de política legislativa del Ministerio de Justicia, explica que "Por el carácter específico de la materia, se ha optado por tratar en una ley ordinaria específica las medidas de protección y apoyo".

[761] Aunque en la actualidad el problema de inconstitucionalidad ha sido resuelto por medio de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que otorgó al artículo 763 LEC el carácter de ley orgánica que necesitaba para salvar su problema de constitucionalidad. Concretamente a través de su disposición adicional primera, en la redacción dada por el articulo 2.3 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

[762] Artículo 271-1 CC actual.

realmente amplio pues, el internamiento no es el único acto de trascendencia personal que puede suponer una vulneración de los derechos fundamentales de la persona, ya que existen muchos otros de trascendencia lo suficientemente importante como para, en su caso, requerir de autorización judicial que podrían vulnerar otros derechos, como el derecho a la integridad, pero incluso también a la libertad, por ejemplo, los tratamientos médicos involuntarios, la donación de órganos, etc. Desde la perspectiva opuesta, se nos ocurren también otro tipo de actos de trascendencia personal para los cuales la persona con discapacidad podría necesitar asistencia pero que, desde nuestro punto de vista, aún siendo importantes, carecerían de la suficiente trascendencia como para requerir de autorización judicial. Estamos pensando, por ejemplo, en el apoyo para la toma de medicación o el seguimiento de tratamientos médicos. En los últimos años, han sido cada vez más frecuentes las conocidas sentencias "de curatelas de salud", que son aquellas constituidas por resoluciones judiciales mediante las cuales se declara a la persona parcialmente incapaz para la toma de decisiones relativa a los seguimientos médicos pautados y se le nombra curador para la asistencia y supervisión en la toma de medicación. Este tipo de sentencias, que tantos problemas ha dado y sigue dando en la práctica[763], especialmente si la curadora es una entidad tutelar, no tienen sin embargo, en nuestra opinión, la suficiente entidad como para requerir de autorización judicial, máxime si se piensa que, desde el nuevo paradigma basado en el enfoque de derechos humanos y, teniendo en cuenta las observaciones del Comité, no caben los tratamientos médicos de carácter involuntario. Por lo tanto, consideramos que en esta cuestión el legislador debiera ser mucho más preciso y, desde luego, regular esta materia cuando pueda afectar a derechos fundamentales, a través de una ley orgánica.

El párrafo segundo del artículo 285 CC proyectado, se refiere a la enajenación de ciertos bienes, establecimientos y o derechos de cierto valor; en una primera versión del Anteproyecto se establecía la obligación de proceder a ello mediante subasta pública[764], aunque se recogía expresamente la facultad del juez de permitir la venta directa por un precio mínimo o cuando se tratase de bienes negociados en un mercado oficial. En la última versión del Anteproyecto, la regla general ha pasado a ser la de la venta directa y la excepción la pública subasta[765]. Se atiende de esta manera a una cuestión que,

[763] Se refieren a este tipo de curatelas y a la problemática que plantean en la práctica, FÁBREGA RUÍZ & TORRES COSTAS, 2013: 272-283 y también las menciona DE SALAS MURILLO, 2013:28-29 y RIBOT IGUALADA, 2019: 243-244, para quien "La generalidad con que se expresa el Anteproyecto por lo que hace referencia al contenido de la asistencia permite dar cobertura a las actuales 'curatelas de salud', tan frecuentes en la práctica judicial y que han recibido una importante confirmación en la STS 16.5.2017. Sin embargo, también en este caso debe resaltarse que la intervención del curador es solo de acompañamiento y seguimiento en el tratamiento médico o sanitario, no de control o supervisión del mismo, y en ese caso no cabe pensar en ningún tipo de potestad de veto o similar. Como asistencia, la curatela referida a cuestiones de salud confiere al curador una legitimación sin la cual no podría inmiscuirse en esos aspectos de la vida privada de la persona con discapacidad, ni ayudarle en todo lo relativo al tratamiento u otros aspectos médicos que le afectan".

[764] Como indica MUNAR BERNAT, 2018:144, "Se trata de un tema que se debatió con cierta intensidad en el seno de la Comisión, al entender algunos que este tipo de venta (de acciones o valores mobiliarios), en muchas ocasiones exige rapidez y que la exigencia de la intervención judicial podía ser un obstáculo o impedimento para el éxito económico de la operación. Como se puede apreciar, triunfó la tesis más precavida".

[765] En la versión actual, el Anteproyecto ha sustituido esta exigencia en el párrafo final del apartado 2 del artículo 285, que ahora establece: *La enajenación de los referidos bienes se realizará mediante venta*

si bien no era aceptada por todos los juzgados, se veía cada vez más en la práctica, que algunos jueces la fundaban en el principio del mejor interés para el tutelado. No han de olvidarse las dificultades, además de los enormes costes y dilaciones que, *de facto* entraña para la persona con discapacidad la obligación de tener que proceder vía subasta pública para enajenar sus propios bienes, condición que a nadie más se exige[766], con lo cual su mantenimiento suponía, a nuestro juicio, una clara desventaja frente a todas las demás personas; es decir con tal exigencia, lejos de permitirle interactuar en el tráfico jurídico en las mismas condiciones con los demás, se le imponía una traba con unos costes difíciles de justificar especialmente tras el pleno reconocimiento de su capacidad jurídica.

El curador deberá solicitar también autorización judicial para celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos. Se introduce este nuevo párrafo separado al final del artículo[767], lo cual sí nos parece un acierto a fin de evitar tentaciones por parte de los curadores de suscribir contratos de vida, renta vitalicia o similares, cuyos beneficiarios resulten ser ellos mismos o quienes ellos designen y no aquellos elegidos voluntariamente por la persona con discapacidad.

En todos los casos en los que se exige la previa autorización judicial, el artículo 288 CC proyectado señala que antes de autorizar o no la celebración del acto, el juez deberá dar audiencia al Ministerio Fiscal y a la persona con discapacidad, así como recabar los informes periciales –no preceptivamente médicos- que considere necesarios. Lo que no dice el artículo es qué ocurriría en el caso en que el juez no autorizase el acto interesado, en contra de la voluntad de la propia persona con discapacidad[768]. Nuestra opinión es que su obligación es la de resolver atendiendo a dicha voluntad por lo que, de no hacerlo así, obviamente habría que recurrir y acreditar que los deseos son contrarios a lo reflejado en la resolución negatoria de la autorización. El objeto de este procedimiento sería, por tanto, averiguar y reflejar la voluntad de la persona con discapacidad y resolver en función de sus deseos y preferencias aun a pesar de que estos pudieran no ser acordes con su interés objetivo. Aunque la finalidad de este artículo nos parece loable, creemos igualmente que nos encontramos ante un requisito que se podrá convertir en un obstáculo para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad en la práctica y que, en muchas ocasiones, le

---

directa salvo que el tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

[766] Como pone de manifiesto DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2008:56, ya se podían encontrar pronunciamientos de Tribunales permitiendo la venta directa de los inmuebles de incapacitados procediento el Juez a tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 41/2003, como un criterio más de interpretación, pues en otro caso se estaría beneficiando a aquellos que tienen patrimonio separado sin que en nada difiera la naturaleza y fundamento de la venta de bienes de personas discapacitadas de las de los bienes de personas judicialmente incapacitadas. Cita en su nota[48] , entre otros, el Auto de la AP Cádiz, de 21 de marzo de 2005, o AP Cáceres de 12 de marzo de 2004.

[767] Artículo 285-9 CC del Anteproyecto. Ninguna pega habría de oponerse al caso de que dichos contratos con estos beneficiarios sí hayan sido voluntariamente queridos por las personas con discapacidad debiendo respetarse en estos casos, como venimos reiterando, su voluntad, deseos y preferencias aun a riesgo de que pudieran equivocarse.

[768] Para el CGPJ, en su versión original, este es un precepto paradigmático de la tensión entre el sistema de apoyos proyectado –cuya prioridad es la primacía de la voluntad y el autogobierno- y la intervención judicial en garantía del mejor interés de la persona con discapacidad, de otra, es decir, entre el derecho dispositivo y el imperativo. Tras la modificación del precepto respecto de su primera versión, todavía se puede mantener este argumento, según nuestra opinión.

perjudicará en vez de beneficiarle, especialmente si se tiene en cuenta la lentitud de los juzgados y el numeroso abanico de actos que, a tenor de lo previsto en el artículo 285 CC proyectado, deben ser sometidos a autorización judicial y que, muchos de ellos, podrían requerir de cierta premura, especialmente si nos centramos en los de trascendencia personal reflejados en su apartado primero.

Subyace igualmente la duda acerca de si, en el sistema de apoyos la persona interesada puede excluir de la autorización judicial para la realización de los actos previstos en el artículo 285 CC del Anteproyecto. Al respecto cabe señalar que si el propio artículo 252 CC permite que quién dispone de bienes a título gratuito a favor de una persona necesitada de apoyos puede establecer las reglas de administración y disposición de aquellos, y en general, al ejemplo que ofrece la autonomía de la voluntad del disponente, que si puede establecer cargas o condiciones o prohibiciones de disponer, también podrá dispensar de la autorización judicial respecto de los bienes o derechos donados. Al respecto volvemos a reiterar que en nuestra opinión, la adaptación a la CDPD obliga a respetar por encima de todo la voluntad de la persona, *ergo* si ésta quiere prescindir de tal requisito así habrá de hacerse.

Como causas de extinción de la curatela, el artículo 289 CC propuesto regula la muerte o fallecimiento de la persona afectada y también la resolución judicial que se dicte cuando ya no sea necesaria esa medida de apoyo; en este último caso no se indica si esta falta de necesidad puede ser porque la persona ya no necesita objetivamente del apoyo porque puede realizar por sí misma el acto o porque puede hacerlo mediante otro apoyo diferente, o bien porque, pese a necesitar objetivamente la ayuda, la persona la rechaza[769]. Lo que no parece posible es que la curatela desaparezca por el otorgamiento de medidas voluntarias por parte de la persona con discapacidad, después de haber sido acordada la medida judicial. Creemos que, en el ánimo del prelegislador está que las medidas judiciales solo puedan extinguirse o por el fallecimiento o por nueva resolución judicial que así lo acuerde[770].

El artículo 250 del Anteproyecto, al que ya nos hemos referido anteriormente, incorpora la posibilidad de que el Ministerio Fiscal, los progenitores o los tutores de un menor de dieciséis años del que se prevea razonablemente que una vez cumplida la mayoría de edad pudiera precisar de apoyos, puedan solicitar del juzgado que le nombre curador o defensor judicial. Así figuraba en los primeros borradores del Anteproyecto[771]. Este precepto fue afortunadamente, desde nuestro punto de vista, ampliado en los sucesivos trabajos de la Sección Primera de la CGC otorgándole también

[769] El principio de proporcionalidad conllevaría la extinción de la curatela si le persona necesita un apoyo menos intenso. Otra vez reaparece la cuestión relativa a la voluntariedad en el uso de los apoyos y, por tanto, la duda acerca de si estos pueden ser impuestos si realmente los precisa o, por el contrario, pueden ser rechazados porque, pese a ello, no desee utilizarlos. En nuestra opinión, así debiera ser.

[770] Los artículos siguientes referidos a la curatela, artículos 290-292 proyectados, continúan recordando demasiado a la actual regulación de la tutela sin que, desde nuestro punto de vista, aporten nada especialmente novedoso ni relevante.

[771] Aunque la previsión se refería a un año antes del cumplimiento de la mayoría de edad, habiéndose ampliado el plazo a los dos años durante el transcurso de los trabajos de la Sección Primera de la CGC atendiendo a la demanda efectuada por distintos interlocutores, entre ellos, el Consejo Fiscal. La posibilidad del menor de instar medidas judiciales en su beneficio dos años antes de alcanzar la mayoría de edad no encuentra su paralelismo del todo, sin embargo, en lo que a adopción de medidas voluntarias se refiere, como hemos anteriormente.

legitimación activa para solicitar la adopción de medidas de apoyo al propio menor interesado[772]. En él se prevé su "participación" y no solo su "audiencia" por lo que la legitimación activa otorgada le permitirá comparecer en el mismo en calidad de parte, promoviendo e interesando la provisión de medidas que a su derecho conviniese y quedando vinculado el juez por el respeto a su voluntad, gustos y preferencias.

La reforma contempla también la posibilidad de que, con carácter provisional, cuando una persona se encuentre en situación de necesitar de forma urgente de un apoyo para poder ejercitar su capacidad jurídica y, carezca de guardador de hecho, tal apoyo le será prestado temporalmente por la entidad pública que, en el territorio, tenga encomendada tal función, la cual deberá dar cuenta de forma inmediata al Ministerio Fiscal[773].

Una primera lectura del precepto podría ser que la provisión de apoyos podría ser impuesta, pues no se exige expresamente la concurrencia de voluntad de la persona. Podría interpretarse también que se cierra la puerta a que el apoyo urgente fuese prestado por otro tipo de personas o entidades, incluso aunque el receptor del apoyo lo sugiera o proponga aun mediante el documento de autocuratela que, eventualmente hubiera otorgado[774]. Pero cabría igualmente la interpretación contraria más acorde a la Convención y al propio Anteproyecto, según la cual primaría siempre la voluntad de la persona y el carácter dispositivo de las normas relativas a la provisión de apoyos, especialmente cuando se hubiesen otorgado medidas preventivas. No se olvide que el propio Anteproyecto recalca y expresamente define las medidas de provisión de apoyos judiciales como subsidiarias frente a las que voluntariamente hubiese ordenado la persona con discapacidad. Por ello, el apoyo urgente solo se prestaría si la persona lo aceptase y en los términos determinados por su voluntad.

---

[772] No es la primera vez que se prevé la posibilidad de que al menor, en previsión de su futura necesidad para la inminente mayoría de edad, se le asignen medidas de apoyo. Sobre este particular *vid.* las observaciones efectuadas al comentar las modificaciones que el Anteproyecto introduce en los artículos 91 y 94 CC a las que nos remitimos y damos aquí por reproducidas en lo concerniente. *Vid.* Nota[612].

[773] Artículo 253 CC proyectado, el cual recuerda en parte al vigente artículo 239 bis CC.

[774] Esta interpretación, sin embargo, no es aplicable a la propuesta presentada en el año 2012 por la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad en Madrid, el 13 de junio de 2012. El artículo 212 de la 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 preveía en su párrafo 2º textualmente que: *Cuando razones de urgencia o de necesidad lo aconsejen, la autoridad judicial adoptará de oficio, o a instancias de persona física o jurídica con interés legítimo, o del Ministerio Fiscal, las medidas que estime precisas para garantizar la protección de los intereses o derechos de la persona con discapacidad, o determinar, en caso necesario, la prestación de cuidados y alimentos.* Hasta aquí, el texto parece muy similar al presentado ahora por la CGC. Sin embargo, la Subcomisión de Expertos del Real Patronato sobre Discapacidad, añadía un párrafo más muy importante que, sin embargo, no encuentra parangón en el Anteproyecto de la CGC. Literalmente, el artículo 212 continuaba: *Siempre será preciso oír a la persona destinataria de las medidas de apoyo e intentar concretar sus preferencias y voluntad, disponiendo a tal fin de todos los medios que permitan concretar sus preferencias y voluntad*...Es decir, se trataba de dar cumplimiento al mandato de la Convención de prestar el apoyo a la persona siempre de forma acorde a sus deseos, gustos y preferencias de manera mucho más exhaustiva y minuciosa que la expuesta por la CGC. Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, 2012, Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En: notariosyregistradores.com Disponible en: https://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-PropuestaModificacionCCLEC.pdf, pág. 20

3.1.2.2.1.4. El defensor judicial como institución de apoyo

El artículo 249 CC proyectado se completa describiendo la renovada figura del defensor judicial. Su nombramiento procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente. Lo que no especifica la norma es hasta donde alcanzará el término recurrente y a partir de cuándo habrá de considerarse que la necesidad de apoyo ha pasado a ser continuada. Es decir, dónde se situará el límite entre la necesidad de que el apoyo sea prestado por un defensor judicial o entre un curador[775].

La respuesta debe encontrarse en la habitualidad con que se precise asistencia, pero ello no aclara a quién corresponde determinar si la necesidad es continua u ocasional aunque recurrente. Dicho de otro modo, si cabría la posibilidad de que fuera el propio interesado -o cualquier otro legitimado- quien fijase dicha habitualidad y, en consecuencia, solicitase la provisión de uno u otro apoyo (curatela o defensor judicial) o si, ante la duda, debería ser la autoridad judicial quien determinase si nos encontramos ante una necesidad continuada o ante una ocasional aunque recurrente. En este último caso, la segunda cuestión que se plantearía sería si el juez podría adoptar una medida más amplia o protectora que la solicitada por la persona con discapacidad. Es decir, si podría imponerle una curatela aunque ésta hubiese solicitado como apoyo un defensor judicial para la asistencia para un acto concreto fuera o no recurrente. Al respecto no debemos olvidar que nos encontramos ante la jurisdicción civil donde impera el principio de justicia rogada en el que cabe aplicar el principio de que "quien pide lo más pide lo menos" pero en el que está proscrito el contrario, por tanto, no cabe, en términos generales, aplicar que "quien pide lo menos pide lo más". La autoridad judicial ha de ceñirse como máximo a lo solicitado pero no más.

En la actualidad, el procedimiento de "incapacitación" se regula en el Capítulo II del Título I del Libro IV de la LEC. Se trata, pues, de uno de los procesos civiles especiales, a los que les son de aplicación las disposiciones generales que rigen en los procesos especiales y no dispositivos, entre las que se encuentra la indisponibilidad del objeto del proceso. Ello significa que, al día de la fecha, la cuestión de la capacidad, al igual que en todos los procedimientos relativos al estado civil de la persona, es una cuestión de orden público, pues se entiende que afecta profundamente al orden y constitución de la sociedad. En consonancia con lo anterior, el principio dispositivo cede a favor del principio de oficialidad, por lo cual, no surten efecto ni el allanamiento, ni la renuncia ni la transacción[776]. Tampoco rigen, por el mismo motivo, el principio de justicia rogada.

[775] El Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado valora en su informe positivamente la diferencia entre curatela y defensor judicial que promueve la reforma. Sin embargo, considera igualmente que, cuando se prevé un defensor judicial para casos recurrentes, se desdibuja la diferencia entre ambas instituciones. Desde su punto de vista, no se entiende la diferencia entre ambas instituciones cuando el apoyo brindado en uno u otro caso es recurrente, pues en ambos casos se aprecia la nota de permanencia en el tiempo, basándose la diferencia simplemente en la cadencia del apoyo. Por ello, proponen sustituir la palabra ocasional por la de puntual, en la institución del defensor judicial.

[776] CERRADA MORENO, 2015 [en línea].

Como recuerda CERRADA MORENO[777], para DE CASTRO, la sentencia de incapacitación es un acto modificativo del estado civil de la persona. Por su parte, citando al prestigioso jurista, el Presidente de la CGC recordaba que "Los estados civiles son «cualidades jurídicas de las personas». Atendiendo al hecho de que determinadas personas reunían unas «cualidades jurídicas» comunes, se las adscribía a grupos diferentes, a los que se aplicaba un régimen jurídico común; es el caso de los nacionales, los extranjeros, los casados, los menores de edad...". En opinión de PAU, como consecuencia del nuevo enfoque, la discapacidad ha dejado de ser un estado civil[778]. Podría interpretarse, entonces, que ha dejado de ser por ello una cuestión de orden público y, por tanto, el procedimiento de provisión de apoyos dejaría de ser especial e indisponible.

La entrada en vigor de la CDPD, que garantiza la plena capacidad jurídica para todos, implica para un importante sector de la doctrina y, desde luego para el Comité, que la solicitud de apoyos debe ser voluntaria y no impuesta, especialmente cuando la persona ha adoptado previamente medidas de carácter voluntario o cuando es ella quien actúa en el procedimiento como parte actora. Para los defensores de tal postura, podría colisionar con los principios de la CDPD la imposición de apoyos no solicitados por el beneficiario. Sin embargo, por otra parte, no ha de olvidarse que la CDPD obliga a los Estados Parte a dotar a la persona de las salvaguardas precisas para evitar la influencia indebida y los abusos contra su persona. Por ello, ante la duda acerca del apoyo que debe ser proveído, habrá quién defienda entonces que será la autoridad judicial quien, motivadamente, acuerde el establecimiento de una u otra medida. Además, no toda la doctrina

[777] *Ibidem.*

[778] Afirma PAU, 2018:5-28, que "Desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 2006, la discapacidad no puede considerarse ya un estado civil. Las personas con discapacidad no pueden –y por tanto no deben– ser vistos como un grupo determinado al que se impone un mismo régimen jurídico, por tres razones:

1ª Porque resulta simplista considerar que las personas con discapacidad tienen tal grado de homogeneidad que permita considerar que forman parte de un «grupo determinado». Por ello, como dijo la STS de 29 de abril de 2009, «debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado».

2ª Porque las consecuencias de la discapacidad no deben imponerse a las personas que la padecen, sino a las personas capaces, que son las que han de adoptar las medidas de todo tipo que permitan a las personas con discapacidad ejercer una vida personal y social plena.

Como dice el preámbulo de la Convención, la discapacidad determina 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 las demás». En otras palabras: las «dificultades» que padecen las personas con discapacidad no dependen sólo de ellas, sino sobre todo de las «barreras» que establecen quienes los rodean, barreras que les impiden «su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

3ª Porque el acto jurídico que determinaba su inclusión en el mismo «grupo», la incapacitación o declaración judicial de incapacidad, no se considera hoy que resulte adecuada. No se trata de proclamar oficialmente la ineptitud jurídica de una persona, sino de determinar los apoyos que permitan el ejercicio de su aptitud. En armonía con este nuevo y más acertado enfoque de la discapacidad, la antigua noción de «estado civil de incapacidad» –que ponía el centro de gravedad en el incapaz– ha dado paso a la de «situación de prestación de apoyos» –que coloca el centro de gravedad en las personas plenamente capaces que por sí sola es limitada. *Vid.* también Conferencia del mismo autor en el II Congreso Nacional sobre Discapacidad: Avanzando hacia la inclusión, impartida en Pamplona el dia 7 de febrero de 2019. Disponible en: https://vimeo.com/321798898

coincide con la postura de PAU sobre la desaparición de la discapacidad como estado civil[779].

Con independencia de las discrepancias sobre este aspecto, lo cierto es que en el Anteproyecto no se propone la reforma del artículo 751 LEC,[780] que permanece inalterado y, por ende, hemos de entender que se mantiene la indisponibilidad del procedimiento.

El capítulo VI del Título XI del Anteproyecto es el que se dedica a la figura del defensor judicial en una escueta regulación que se resuelve entre los artículos 293 y 296, dotándola de un nuevo contenido que pretende ser más acorde con la CDPD.

El nuevo artículo 293 CC enumera los casos en que deberá proveerse a la persona con discapacidad de este apoyo[781]; como hemos dicho, éste se designará cuando la necesidad de apoyo sea puntual aunque sea recurrente, repitiendo, en definitiva, lo previsto en el último párrafo del artículo 249 anteriormente comentado[782]. Se dispone su nombramiento, además, para los supuestos de imposibilidad de prestación del apoyo por quien tenga asignada dicha función; de posible conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona apoyada[783]; y de situaciones transitorias presentadas durante la tramitación de la causa de excusa presentada por quien haya sido nombrado curador.

Sobre la figura del defensor judicial del Anteproyecto se ha planteado alguna crítica doctrinal. MAGARIÑOS BLANCO[784], por ejemplo,

---

[779] Por ejemplo, PALLARÉS NEILA, 2018:153-171, afirma que "El proceso propuesto sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, participa de la misma naturaleza que el proceso actual sobre la capacidad de las personas y, por lo tanto, estará regido por el principio de oficialidad y de investigación de oficio, con las mismas características puestas de manifiesto por la doctrina: se pueden promover por un órgano público, las partes no pueden disponer del objeto del proceso, el juez puede practicar las pruebas que considere convenientes en la búsqueda de la verdad material y no está vinculado a la hora de dictar sentencia, a las peticiones que le hayan formulado las partes. En consecuencia, independientemente de lo solicitado por el apoyado, el curador o el Ministerio Fiscal, si el juez comprueba una inadecuación entre la resolución judicial y la realidad, conforme a su convicción, instará su modificación o extinción".

[780] *Artículo 751. Indisponibilidad del objeto del proceso.*
1. En los procesos a que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción.

[781] La norma 294 del Anteproyecto también aclara que no cabrá el nombramiento del defensor judicial si el apoyo es prestado por diferentes personas salvo que ninguna pudiera actuar. En relación con la curatela, *vid.* artículo 281-1 CC del Anteproyecto. El artículo 295 CC ordena la aplicación de las mismas causas de inhabilidad, excusa y remoción que el curador al defensor judicial. Así se concretaba en su redacción inicial a la que las posteriores han añadido también las obligaciones de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se preste apoyo.

[782] Artículo 249-5 CC en la redacción propuesta por la CGC: *El nombramiento de defensor judicial procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.*

[783] *Vid.* artículo 281-1 CC del Anteproyecto de la Sección Primera de la CGC sobre conflicto de intereses en la curatela.

[784] Según MAGARIÑOS BLANCO, 2018:199-225, la figura del defensor judicial resultaría más adecuada para resolver situaciones muy concretas y eventuales de conflicto de intereses o de paralización de las ayudas establecidas. Al considerar el legislador que no encaja en el amplísimo ámbito de la curatela y no disponer de una institución menos exigente, como sería la asistencia, más apropiada para aquellos casos recurrentes, amplía el ámbito del defensor judicial, desde su punto de vista de forma excesiva y poco rigurosa, incluyendo dentro del mismo aquellos supuestos en los que la persona precise de un apoyo de forma ocasional aunque recurrente. Según su criterio, la inclusión de este primer apartado dentro del artículo 293 CC desnaturaliza la figura del defensor judicial más apropiada para situaciones puntuales de conflicto de intereses o de sustitución interina del curador. Por todo ello, este autor propone una nueva redacción del artículo 249 CC, a su juicio más completa, que incluiría la figura de la asistencia como institución independiente. Su propuesta de redacción del artículo 249 CC sería: "Las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad son la curatela, la asistencia, la guarda de hecho y el defensor

destaca la falta de concordancia que se produce entre el artículo 249-5 CC[785] y el artículo 293 CC del texto. El primero de ellos alude a que el nombramiento del defensor judicial procederá solo en los casos previstos en el párrafo 1 del artículo 293, esto es, cuando la persona precise de un apoyo de forma ocasional aunque recurrente. Sin embargo, a tenor de lo previsto en este último precepto, el defensor judicial podrá ser nombrado, además, en los casos arriba mencionados. Esta falta de concordancia se produce, según este autor, debido a la inclusión forzada dentro del ámbito del defensor judicial de la figura no regulada de la asistencia para casos recurrentes.

En otro orden de cosas, el Anteproyecto faculta para eximir particularmente al defensor judicial de la obligación de proceder a la enajenación de los bienes de su asistido a través de subasta pública admitiendo como suficiente la misma directamente con precio mínimo, así como de la aprobación judicial para el resto de los actos donde se exija con carácter general, es decir, la norma general en el caso del defensor judicial era inicialmente justo la excepción en el régimen de curatela, que se rectificó posteriormente[786]. El Anteproyecto no indica quién ni cómo ha de fijarse el precio mínimo de las enajenaciones en los casos en los que no haya de procederse a la subasta pública. Todo apunta a que corresponderá a la autoridad judicial establecerlo probablemente previo recibimiento a prueba del correspondiente informe pericial. Así, su resolución debería fijarlo y sería de obligado cumplimiento para el defensor judicial quien no podría apoyar una enajenación por debajo del mismo.

Ante esta tesitura nos planteamos cuál es la naturaleza real de este apoyo, sobre todo si la voluntad del asistido fuese la de proceder a la disposición de sus bienes, incluso por debajo del precio fijado por la autoridad judicial. En estas condiciones, parece que el defensor judicial no podría apoyar dicha venta por no permitírselo la resolución judicial que le obliga. En este caso, la pregunta sería si podría enajenar la persona con discapacidad sin la concurrencia de tal apoyo. Si la respuesta a este interrogante fuese negativa, resultaría evidente que la resolución judicial estaría limitando su capacidad jurídica, produciéndose una clara discriminación frente a cualquier otra persona que si quisiera disponer de sus bienes en esas condiciones podría hacerlo (sin perjuicio, en todo caso, de sus responsabilidades fiscales).

Además, si la validez del acto estuviese sujeta a la concurrencia del defensor judicial nombrado, nos encontraríamos en realidad ante un verdadero "complemento" de la capacidad de la persona con discapacidad -similar al de la curatela actual-, de modo tal que su capacidad jurídica se vería parcialmente limitada en contra del nuevo paradigma de la discapacidad incorporado por la CDPD y de las observaciones efectuadas por su Comité.

---

judicial. La curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado, siempre que no sea procedente la asistencia. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad. La asistencia procederá cuando la persona, que necesite el apoyo, con facultades de discernimiento suficientes, solicite esta ayuda en procedimiento de jurisdicción voluntaria. Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente. El nombramiento de defensor judicial procederá en los supuestos del artículo 293 de este Código".

[785] En su versión original sería el párrafo 4 del artículo 249 proyectado.

[786] Artículo 296 CC proyectado *Vid.* nota[765] *Cfr*. Artículo 285, según redacción de la CGC.

Si, por el contrario, se admitiese que el acto de enajenación se podría llevar a cabo por debajo del precio fijado judicialmente entonces carecería de sentido la normativa propuesta a no ser que constase la oposición del defensor judicial a dicha enajenación y, pese a ello, se admitiese que la persona con discapacidad, aún habiendo recibido el asesoramiento y apoyo otorgado, ha optado por realizar el negocio en contra de lo aconsejado aun cuando objetivamente no pudiera parecer lo mejor para sus intereses. Obviamente, asumiría por completo la responsabilidad de sus propios actos, quedando exento, en todo caso, el defensor judicial que hubiera asesorado en sentido opuesto dejando constancia de tal oposición.

3.1.2.2.2 El nuevo régimen de responsabilidad civil

El capítulo VI del Título XI del Anteproyecto que venimos analizando, regularía el nuevo sistema de responsabilidad. Al respecto, establece el artículo 297 CC proyectado, en concordancia con el nuevo paradigma, que las personas con discapacidad serán plenamente responsables de los daños que causen a terceros sin perjuicio de otras responsabilidades que pudieran concurrir, según lo previsto en los artículos 1902 y 1903 CC.

Como ya vaticinaba GARCÍA RUBIO, podría ocurrir que algún autor, considerase que la norma reproducida no debería haberse incluido en el Libro Primero del Código civil, en sede de Derecho de la persona, y más en concreto en el Título referente a las medidas de apoyo de las personas con discapacidad, sino más bien en el Capítulo II del Título XVI del Libro IV[787], al tratarse de una genuina regla de responsabilidad civil extracontractual. Aun considerando que esa sería la solución que probablemente resultaría más correcta desde el punto de vista técnico, la CGC comisionada para establecer una nueva regulación de la discapacidad adaptada a la Convención de Nueva York actuó con prudencia y prefirió no alterar las vetustas reglas contenidas en los artículos 1902 y ss., en espera de una futura modernización global de las mismas, sin duda, muy necesaria[788].

La Exposición de Motivos del Anteproyecto anticipaba la imprescindible reforma del sistema de la responsabilidad de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos. No casaría bien con el nuevo paradigma el mantenimiento del tradicional sistema de inimputabilidad puramente subjetiva de la responsabilidad por hecho propio, ni el más amplio de responsabilidad por hecho ajeno. El reconocimiento de la plena capacidad jurídica a las personas con discapacidad lleva aparejado no solo el reconocimiento de los mismos derechos en igualdad de condiciones con los demás sino, en coherencia con ello, también el reconocimiento de la misma capacidad para contraer obligaciones y, consiguientemente, del mismo

[787] Efectivamente, encontramos esa crítica en el informe consultivo emitido por el Consejo Fiscal, que considera que el precepto debiera ubicarse no en el Libro I del CC, sino en el Capítulo II del Título XVI del Libro IV, al tratarse de una regla de responsabilidad civil extracontractual. GARCÍA RUBIO, 2018-I:192, llama la atención sobre el hecho de que el artículo 489-2 del *Code* civil francés también se encuentra situado entre las normas destinadas a la protección jurídica de los mayores.
[788] GARCÍA RUBIO, 2018-I:193

régimen de responsabilidad en igualdad de condiciones con los demás[789]. Se deja así atrás el régimen paternalista del paradigma tradicional lo cual responde a las propias demandas de quienes representaron y representan a las personas con discapacidad.

El Anteproyecto recoge de este modo el fruto de los debates surgidos durante las negociaciones de la CDPD a los que ya tuvimos ocasión de aludir. Como se ha expuesto en los primeros epígrafes de este trabajo, el concepto de responsabilidad fue objeto de intercambio de impresiones ya durante el tercer periodo de sesiones del Comité Especial, cuando el actual artículo 12 CDPD era todavía el artículo 9 de la Convención. Ya por aquél entonces, México, Estado promotor, llegó a sugerir durante la sesión celebrada el 26 de mayo de 2004 el propio cambio de denominación del título del artículo por el de "Igualdad bajo la ley", y recomendó que el texto del artículo 9-a) se cambiase por el de: "Reconocer a las personas con discapacidad como sujetos de derechos y obligaciones ante la ley, en condiciones iguales a las de las personas sin discapacidad"[790].

La cuestión se retomó con mayor profundidad durante la celebración de las sesiones correspondientes al séptimo período de sesiones[791]. Entonces, el artículo 9 ya había pasado a ser el actual artículo 12 bajo el título "Igual reconocimiento como persona ante la ley". Durante el transcurso del debate, China solicitó al Presidente una aclaración y una explicación del concepto de "capacidad jurídica". Entonces, el Presidente del Comité Especial, explicó que el término significaba que todas las personas, incluidas la personas con discapacidad, tienen los mismos derechos y responsabilidades legales, y las mismas capacidades ante la ley. Es decir, englobaba ya dentro del concepto no sólo la titularidad y ejercicio de derechos, sino también las obligaciones dimanantes de ello[792].

También Liechtenstein, manifestaba entonces que la "capacidad" tiene dos elementos: que las personas pueden ser portadoras de derechos y también portadoras de obligaciones y responsabilidades. Por lo tanto, afirmaba que la persona con discapacidad, debe ser tratada por igual con respecto a la intención o la capacidad de entender un acto, y responsabilizarse de sus consecuencias.

---

[789] MINKOWITZ afirma que reconocer la capacidad legal plena de una persona implica también reconocer la capacidad de ser responsable por el daño que ocasiona a la sociedad y los bienes jurídicos protegidos: "I have written in opposition to the insanity defense from a perspective of equal legal capacity, seeing the capacity to be held accountable for harm done to others or to the community as a corollary of the capacity to exercise rights, assume obligations and create legal relationships". *Vid.* PROGRAMA DE ACCIÓN POR LA IGUALDAD Y LA INCLUSIÓN SOCIAL, 2017:66, nota[30]. En el mismo sentido, BREGAGLIO LAZARTE & RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, 2017:124, quienes destacan que la igualdad se traduce en derechos y responsabilidades.

[790] Es decir, la equiparación sería no solo en derechos sino también en obligaciones o responsabilidades. *Vid.* Resumen diario de las discusiones relacionadas con el artículo 9, Igual reconocimiento como persona ante la ley, de 26 de mayo de 2004.

[791] Particularmente, durante las que tuvieron lugar el día 18 de enero de 2006.

[792] Entonces todavía no existía unanimidad entre los Estados negociadores de la CDPD sobre el concepto "capacidad jurídica" por lo que China mostró su preocupación en relación con la responsabilidad penal que el nuevo paradigma podría imponer a tenor del novedoso concepto de "capacidad jurídica" en su doble dimensión de titularidad y ejercicio de derechos, ya que hasta entonces en ese Estado, no todas las personas tenían capacidad jurídica para actuar y quienes carecieran de ella carecerían también de responsabilidad penal; reflejó que la "capacidad legal para actuar" es difícil de operar como se define en los diferentes sistemas legales y que en China, algunas personas con discapacidad no tienen capacidad legal para actuar.

Igualmente se pronunciaron al respecto los representantes de la sociedad civil; en concreto, en la sesión vespertina la *National Human Rights Institution* (NHRI) sugirió abordar la cuestión de la responsabilidad, además de los derechos, agregando que "los Estados Partes se asegurarán de que, en sus leyes relacionadas con la responsabilidad civil y penal, la discapacidad no constituya, como tal, la base de la no atribución de responsabilidad[793]". Es decir, primaría igual el principio de no discriminación por razón de la discapacidad tanto para el reconocimiento de derechos como para la exigencia de responsabilidad, de suerte que la discapacidad por sí sola no puede significar ausencia de responsabilidad.

Alcanzada la unanimidad respecto al concepto de "capacidad jurídica" tras los avatares ya expuestos en su momento, lo cierto es que, como menciona expresamente YÁÑEZ RIVERO[794], la Convención de 2006 omite cualquier referencia a las obligaciones o responsabilidades de las personas con discapacidad. A criterio de esta autora, esta referencia puede, sin embargo, encontrarse implícita en diversos preceptos del Tratado; por ejemplo, el artículo 8 CDPD que encomienda a los Estados Parte la inmediata adaptación de medidas efectivas y relevantes para luchar contra los estereotipos, prejuicios y prácticas perjudiciales con respecto a las personas con discapacidad; de tal suerte que eximir a las personas con discapacidad de la correspondiente responsabilidad civil por daños causados a terceros constituiría un estigma que debería ser eliminado de algunos códigos civiles, agrega.

Del mismo modo, el Artículo 12, bajo el título "Igual reconocimiento como persona conforme a la Ley", establece un punto innecesario y evidente en su segunda sección: "Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida". El mismo precepto intenta garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica en general y, dentro del ámbito de la propiedad económica o de activos, en particular. Por lo tanto, parecería claro que las personas con discapacidad pueden ser dueñas responsables de un activo y, como poseedores de derechos y obligaciones, pueden estar obligados a compensar los daños causados a terceros.

Estamos de acuerdo con YÁÑEZ RIVERO en que la participación e integración plena y efectiva de las personas con discapacidad en las esferas civil, política, económica, social y cultural hace que estas personas (al igual que otras, y quizás incluso en mayor medida, afirma esa autora) generen riesgos y daños, para los cuales ellos deben ser responsables. Si este no fuera el caso, su integración o inclusión social no sería plena, ya que otros ciudadanos tendrían serias reservas sobre el mantenimiento de las relaciones en cualquiera de las áreas antes mencionadas con quienes la ley no obliga a responsabilizarse de sus acciones y sus bienes.

[793] Llama sin embargo la atención la nula incidencia de esta cuestión en la reforma de la legislación penal llevada a cabo en nuestro ordenamiento jurídico, aunque no es el único ordenamiento jurídico en el que esto ocurre. *Vid.* nota[334]

[794] "*the Convention of 2006 omits any express reference to obligations or responsibilities of persons with disabilities"*. YÁÑEZ RIVERO, 2012:9-27

La misma observación en cuanto a la ausencia de referencia alguna en la CDPD respecto a los deberes de las personas con discapacidad y, más en concreto, del deber general de no dañar a otro, que en nuestro ordenamiento jurídico se recoge en el artículo 1902 CC es advertida por GARCÍA RUBIO[795]. Para ella, tampoco hay duda de que esta nueva concepción de la discapacidad ha de tener su repercusión respecto a la capacidad para responder civilmente.

Nuestra opinión, al igual que la de estas autoras, es que no parece de lógica pensar que una persona tenga reconocida plena capacidad para actuar; que pueda hacerlo efectivamente con o sin apoyos, según su necesidad o voluntad; que al hacerlo cause un daño a otro, y que la consecuencia sea, sin embargo, que el perjudicado no pueda ver resarcido ese daño ni por quien lo ha causado, porque no es imputable, ni por la persona encargada de supervisar o de sustituir la actuación de aquel, y ello porque ahora, con el nuevo paradigma, simplemente tal supervisor o sustituto no existe, a diferencia del tutor que todavía hoy se nombra en el artículo 1903 CC.

Respecto a la responsabilidad de quienes ostentan funciones de apoyo, recordamos que la reforma suprime con carácter general el sistema de sustitución encarnado tradicionalmente por la tutela e incluso curatela como complemento de la capacidad jurídica[796]. Las nuevas o renovadas instituciones constituyen tan solo medidas de apoyo que, según el espíritu de la CDPD reflejado en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, deberían poder ser usadas a voluntad de la persona a quien le han sido designadas pero también deberían poder ser, en principio, rechazadas por esta. El curador, incluso en aquellas situaciones de necesidades más intensas deberá ser un mero transmisor de la voluntad de su representada, que previamente ha debido interpretar. Por lo tanto, ya no tiene sentido hacer recaer la responsabilidad de las personas apoyadas sobre un tercero que ahora en modo alguno puede sustituirla ni tiene capacidad para controlar lo que esas personas hacen ni por supuesto existe entre unas y otras ninguna relación de subordinación o dependencia. Cosa distinta será la responsabilidad de su actuación como prestador de apoyos y los daños que pueda causar en esa concreta misión.

Como consecuencia de todo lo antedicho no debe extrañar que el Anteproyecto opte por la norma contenida en su artículo 297 CC, según la cual la responsabilidad de la persona con discapacidad por los daños causados por ella a terceros recaerá sobre ella misma, pero sin perjuicio de lo que se establezca en los artículos 1902 y 1903 CC respecto a la responsabilidad de otros posibles responsables.

Con esta nueva regla la reforma obligará a replantearse otra idea acerca del concepto de culpa en la cláusula general del artículo 1902 CC que, en la actualidad se vincula con la capacidad de entender y de querer del

[795] GARCÍA RUBIO, 2018-I:191-192.

[796] No parece haberlo entendido así MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2019:264, quien mantiene que la mera asistencia, que identifica expresamente como mecanismo de complemento de la capacidad que implica que para la validez del acto tienen que consentir los dos, curador y curatelado, puede no ser suficiente o eficaz por que, por su propia naturaleza, la que ha descrito como complemento de la capacidad, puede desembocar en un bloqueo efectivo de la toma de decisiones cuando no existe acuerdo entre curador y curatelado. La conclusión es claramente errónea, en nuestra opinión, al dotar a la nueva curatela del significado tradicional, obviando el nuevo que le otorga el Anteproyecto de mera asistencia, apoyo, asesoramiento, etc.

causante del daño, de manera tal que, quien no es capaz de entender ni de querer el resultado de su conducta resulta inimputable o jurídicamente irresponsable. Por lo tanto, el nuevo concepto de culpa deberá alejarse de las condiciones subjetivas centradas en las características del causante del daño, para pasar a una concepción mucho más objetiva. No sería el primer ordenamiento jurídico que lo hiciera. Por ejemplo, el Derecho francés[797] parece el sistema europeo más abierto en cuanto a la convicción de que los daños causados por personas que sufren trastornos mentales han de ser reparados por ellos mismos[798].

[797] Tanto YÁÑEZ RIVERO, 2012, como GARCÍA RUBIO, 2018-I:192, aluden al Derecho francés como ejemplo de ordenamiento jurídico que reconoce sin tapujos la responsabilidad civil de todas las personas al margen de su capacidad de entender o querer. También el Derecho holandés lo hace. GARCÍA RUBIO, 2017:374-381, explica que el artículo 1902 CC es heredero del artículo 1382 *Code* francés (ahora, desde 2016, artículo 1240). Ambos preceptos incluyen una cláusula general de responsabilidad conforme a la cual cualquier actuación u omisión culpable obliga a la reparación del daño causado; cláusula que, en el Derecho francés ha sido declarada de valor constitucional; sin embargo, en el Derecho español, aun no habiendo sido tenido en tal alta consideración, sí se considera un principio fundamental de nuestro sistema tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pese a ese paralelismo entre los textos francés y español, la autora pone de manifiesto que, entre las dos expresiones de una cláusula general de responsabilidad civil con vocación universal comienzan a surgir discrepancias y se suscitan dudas entre aquellos aspectos que son comunes y los que no. La primeras de estas surgen respecto a los elementos constitutivos de la responsabilidad que, para el Derecho francés serían tres: el hecho generador, que sería la *faute* del actor; el daño sufrido por la víctima y; en tercer lugar, la relación causa-efecto entre aquel hecho y este daño. Sin embargo, para el Derecho español, serían cuatro los elementos constitutivos: en primer lugar, la acción u omisión; en segundo lugar, el daño; en tercer lugar, la relación de causalidad entre el hecho y el daño y; por último, en cuarto lugar, el criterio de imputación que, en el caso del artículo 1902 CC es, precisamente, la culpa del agente como elemento adicional y, al menos en la línea de principio, puramente subjetivo. En el derecho francés, *faute* es el hecho generador de la responsabilidad y se identifica como el hecho ilícito. En el derecho español, la culpa se contempla como un elemento adicional a ese hecho. La mayoría de nuestros autores equiparan la culpa del artículo 1902 CC con negligencia o imprudencia (el dolo se incluye también en el concepto de culpabilidad) y, por tanto, lo dotan de una naturaleza puramente subjetiva. Para una parte de la doctrina, en el Derecho francés, incurre en *faute* quien realiza una conducta errónea, fallida o defectuosa, cuyo defecto resulta del juicio de comparación entre la conducta del autor del daño y aquella que hubiera debido tener. Hoy en día, está consolidada la opinión de que esa comparación ha de hacerse *in abstracto*, esto es, lo que hubiera hecho en circunstancias similares una persona hipotéticamente prudente y diligente; como regla general, en el ámbito no profesional este modelo hipotético se identificaba hasta fechas muy recientes con el *bon pére de familie* y, desde hace algún tiempo, con el concepto anglosajón de *personne raisonnable*. Estas conductas que se apartan del estándar debido pueden ser de tipo e intensidad diversos, de suerte que cabe hacer diferentes clasificaciones de los distintos tipos de culpa o falta. Todo ello, -continúa la autora-, explica que la idea de responsabilidad por culpa como sinónimo de responsabilidad subjetiva, se halla en el origen de la cláusula general de responsabilidad por hecho propio y que es tan frecuentemente reconocida en la literatura jurídica española, no es, desde luego, trasladable al Derecho francés de la responsabilidad civil contemporáneo. Como tampoco lo es ya la dimensión moral que impregna dicha concepción subjetiva de la culpa, concepción según la cual únicamente el sujeto dotado de discernimiento suficiente puede incurrir en ella, de hecho, desde 1968 el ordenamiento galo considera que los adultos no dotados de discernimiento suficiente pueden ser civilmente responsables por los daños causados, responsabilidad que se ha extendido también a la responsabilidad de los menores, sufran o no problemas mentales, incluidos también los de corta edad. La *faute* es, a día de hoy, un concepto puramente objetivo, que ha abandonado totalmente la exigencia de imputabilidad subjetiva como condición de la responsabilidad.
En Derecho suizo, sin embargo, si el hecho dañoso se produce en el ámbito de una medida de protección del adulto de carácter institucional, la responsabilidad que además de por el daño patrimonial, puede ser una suma de dinero a título de reparación moral, es del cantón y no del autor del daño, si bien aquel tiene derecho de regreso frente a este (artículo 454 CC suizo); si la medida de apoyo es de naturaleza voluntaria la responsabilidad se rige por las normas del mandato (artículo 456 CC suizo). GARCÍA RUBIO, 2018-I:192.

[798] Tanto en Francia como en Italia se propuso una solución alternativa a la responsabilidad personal de las personas con enfermedades mentales, mediante la cual la persona con enfermedad mental (o su tutor) debía mantener un seguro o crear un fondo de garantía para cubrir los daños ocasionados. Sin embargo, su adecuación fue criticada, entre otras cosas, debido a los daños relativamente poco frecuentes y

Además, en atención a lo dicho sobre la responsabilidad por hecho propio de la persona con discapacidad recogida específicamente en el citado artículo 297 CC y, de forma genérica en el artículo 1902 CC, el Anteproyecto recoge la responsabilidad por hecho de otro, en el artículo 1903 CC cuya reforma se propone y que afecta a los curadores representativos[799].

En relación con este último precepto, el Anteproyecto prevé que los curadores que tengan facultades de representación y convivan con la persona que ha causado el daño, dentro del ámbito de su actuación deberán reparar el daño causado por ésta. Para ello, deberán cumplirse ambos requisitos siendo la responsabilidad de carácter solidario con la propia de la persona que recibe el apoyo.

En este caso, podría plantearse un conflicto de intereses entre curadora y curatelada. No ha de olvidarse que las instituciones de apoyo, entre ellas la curatela, están regidas siempre por la voluntad o la mejor interpretación de la voluntad de la persona apoyada. Pues bien, puede ocurrir que, en su labor de apoyo, asistencia o asesoramiento, la curadora advierta a la curatelada sobre las consecuencias dañosas para terceros de ciertos actos que aquella quisiera realizar. De asumir las directrices marcadas por el Comité e interpretarse que la persona apoyada puede rechazar el apoyo o actuar en contra de él o sin él, podría pasar que, pese a la asistencia prestada, el consejo dado o la orientación promovida por la curadora, la curatelada quisiera actuar en sentido contrario y perjudicial para terceros. En ese caso, entendemos que la curadora debiera renunciar al ejercicio de la curatela para evitar, de este modo, incurrir en la responsabilidad marcada por el artículo 1903 CC. El problema estaría cuando no hubiese quien, en esas condiciones, quisiese asumir el cargo. Debería preverse entonces que, para este tipo de situaciones, si quedase claro que la voluntad de la apoyada es contraria a la de su curadora y, decide igualmente actuar debiendo hacerlo mediante representación, la responsabilidad solo debiera serle a ella atribuida.

Supuesto distinto al anterior, sería la exigencia de responsabilidad por hecho propio que cualquier encargado de suministrar apoyo pueda llegar a tener cuando se pueda considerar que ha incurrido en culpa a tenor del reiteradamente mencionado artículo 1902 CC en el ejercicio de su cargo.

Comentario aparte de los supuestos anteriores, merece la regulación de la responsabilidad civil derivada de hecho delictivo[800] y, particularmente la excepción contenida en el apartado primero del artículo 118-1 CP en relación con la exención de responsabilidad civil de quienes

---

pequeños causados por personas con enfermedades mentales y la dificultad de encontrar un conocimiento especializado adecuado en seguros. *Vid.* YÁÑEZ RIVERO, 2012:9-27. Desde nuestro punto de vista, esta solución resulta, además, claramente estigmatizante (por no decir humillante) y por tanto, poco acorde con la CDPD.

[799] Sobre la responsabilidad civil del guardador de hecho e incluso del acogedor, en los casos de acogimiento familiar, se pronunciaba FÁBREGA RUÍZ, 2006:86.

[800] Según pone de relieve PANTALEÓN DÍAZ, 2017:3, solo en España se mantiene hoy en día una doble regulación general de la responsabilidad civil extracontractual —en los artículos 1902 ss. del Código Civil, por un lado, y en los arts. 109 ss. CP, por otro en función de este único dato. FÁBREGA RUÍZ, 2006:92, manifiesta expresamente que las responsabilidades civiles procedentes de delito o falta deberían ser idénticas a la de los actos u omisiones no delictivos, en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, superándose la doble regulación existente en nuestro ordenación sin razón alguna.

tuvieren bajo su potestad o guarda a los inimputables penales a los que se refiere[801]. En efecto, el Código Penal declara civilmente responsables por hechos delictivos cometidos por quienes al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, a sus guardadores pero solo cuando hubiera mediado culpa o negligencia por su parte y, además, sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los inimputables penales[802]. En este caso, podemos afirmar, parafraseando a PANTALEÓN DÍAZ[803] que nos encontramos ante un sistema de responsabilidad civil *ex delicto* que parte de una concepción puramente "objetiva" de la culpa, en el sentido de que no presupone la culpabilidad del responsable, y en particular su imputabilidad.

3.1.2.2.3. La Prodigalidad

El Título XII del Anteproyecto regula la figura de la prodigalidad[804] de forma separada a las figuras de protección de las personas

[801] *Artículo 118 CP. 1. La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:*

1.ª En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.

Artículo 20-1CP: Están exentos de responsabilidad criminal: 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

[802] Por tanto, según PANTALEÓN DÍAZ, 2017:9-10, puede concluirse que es la propia regla 1ª del artículo 118 CP la que (implícitamente) impone responsabilidad civil al inimputable *ex* art. 20.1º o 3º CP por los hechos tipificados como delito que ejecuta. El precepto dice "imputables" en vez de "inimputables" en lo que, con alguna que otra reticencia, la doctrina mayoritaria ha venido asumiendo como un error meramente tipográfico. Aunque la doctrina mayoritaria –de forma unánime la penalista- sostiene que la regla 1ª del artículo 118-1 CP impone responsabilidad "en todo caso" a los inimputables a los que se refiere, sin que esta se someta a requisito ulterior alguno, buena parte de la doctrina civilista ha acogido, sin embargo, una interpretación alternativa de la regla, de acuerdo con la que la responsabilidad civil del inimputable penal *ex* números 1º o 3º del artículo 20 CP queda condicionada a que este sea, a su vez, civilmente responsable, esto es, civilmente "imputable", y a estos "imputables" sería entonces a los que se referiría la regla primera del artículo 118-1 CP, sin que existiera errata alguna en el precepto. Sin embargo, la propia autora descarta esta hipótesis de los civilistas que la defienden al argumentar que dentro de la llamada imputabilidad civil no es un presupuesto general de la responsabilidad civil por culpa del artículo 1902 CC, ya que ni se contempla expresamente ni se entiende implícito en la culpa o negligencia a la que se refiere el precepto. Según añade esta autora, la letra del artículo 1902 CC es perfectamente compatible con una concepción puramente objetiva de la culpa como la del artículo 1382 *Code* francés. FÁBREGA RUÍZ, 2006:80-81, distingue el supuesto del artículo 118-1 CP del previsto en el artículo 120 CP. En este último caso, según este autor, la responsabilidad sería meramente subsidiaria pues el causante del hecho delictivo es imputable penalmente; por tanto la responsabilidad se exigiría solo para el caso de que el imputable careciese de bienes para hacer frente a su responsabilidad civil. En el caso del artículo 118-1 CP al que nos hemos referido, la responsabilidad sería, sin embargo, directa y el causante del hecho delictivo, penalmente inimputable. En el caso del artículo 120-1º CP estaríamos ante eximentes incompletas, atenuantes o responsabilidad total de un incapaz civil. En este caso, la dicción del precepto parecería excluir como responsable al guardador de hecho, según este autor.

[803] PANTALEÓN DÍAZ, 2017:14.

[804] Artículo 298 proyectado: *La prodigalidad es aquella situación en que se encuentra una persona cuya conducta se caracteriza por la habitualidad en la disipación de los bienes propios, malgastándolos de forma desordenada.*

En la resolución que declare la prodigalidad se nombrará a la persona que haya de asistir al pródigo y determinará los actos que este no puede realizar sin el consentimiento de quien deba asistirle.

La autoridad judicial decretará la extinción de la asistencia cuando la conducta del pródigo la haga innecesaria.

con discapacidad. La Exposición de Motivos del Anteproyecto justifica la ubicación al margen de la discapacidad, por considerar que la prodigalidad es una institución absolutamente ajena a ella. La regula expresamente como la situación de la persona que requiere una asistencia destinada a impedir la realización de conductas desordenadas que, con origen en causas diversas, puedan poner en grave peligro sus intereses patrimoniales. Lo que no indica el Anteproyecto es si entre las causas que originan la prodigalidad pudiera haber alguna relacionada con la discapacidad que requiriese de la provisión de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Al pródigo se le dota de un "asistente" que aparece formalmente separado también del curador, a pesar de que dentro de esta figura absolutamente flexible el apoyo puede consistir, precisamente, en una simple asistencia. Sin embargo, una lectura detenida del artículo 298 CC en la versión proyectada, concretamente de su párrafo segundo, nos hará entender la diferencia entre el curador con funciones meramente asistenciales y el "asistente" del pródigo. Lo reproducimos a continuación literalmente: *En la resolución que declare la prodigalidad se nombrará a la persona que haya de asistir al pródigo y determinará los actos que este no puede realizar sin el consentimiento de quien deba asistirle.*

Como vemos, las funciones del asistente del pródigo no se limitan al mero asesoramiento o acompañamiento, sino que recuerdan más bien a la figura del actual curador, pues los actos que realice el pródigo han de ser "complementados" con el consentimiento de su asistente.

En caso contrario no serán válidos. Esto no ocurre en el caso del curador con funciones asistenciales pues, la persona a quien deben apoyar podría realizar actos jurídicos sin estar proveídos de las medidas asignadas o incluso rechazándolas, como hemos visto. Los efectos jurídicos serían distintos. En el caso de realizar aquellos actos con su curador, éste no complementa sino que asiste asesorando.

Una de las razones que justificarían la regulación separada de la prodigalidad se encontraría en evitar que la disipación patrimonial perjudicase, a tenor de la legitimación activa que otorga el artículo 757-5 LEC[805] al cónyuge o asimilado, descendientes y ascendientes perceptores de alimentos o en condiciones de reclamarlos o a sus representantes legales, a quienes tienen derecho a dichos alimentos[806]. Es decir, se estaría protegiendo a esos terceros frente a la conducta de la persona pródiga. Las instituciones de apoyo no buscan proteger a nadie, sino asistir a la persona con discapacidad que lo precise en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En nuestra opinión, la prodigalidad debiera regularse junto con las disposiciones relativas a las otras medidas de apoyo si la propia persona pródiga o cualquiera de los demás legitimados requieren de un apoyo, de acuerdo con la voluntad, gustos o preferencias de aquella, para poder ejercitar su capacidad jurídica con el objetivo de no dilapidar su patrimonio. En este caso estaríamos, en realidad, ante un supuesto de una persona con una

[805] Artículo 757-4. *La declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el propio interesado, por su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, por los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos, así como por los representantes legales de cualquiera de ellos…*

[806] Esto mismo sugiere el Consejo Fiscal.

discapacidad que le impide gestionar correctamente su patrimonio y que consiente en que el apoyo le sea asignado con ese fin. Es decir, la consecuencia de su discapacidad sería la dilapidación de su patrimonio.

Para el caso de que la persona efectivamente dilapide su patrimonio porque esa es su decisión voluntaria, completamente aislada de cualquier causa que le impida gestionarlo adecuadamente con arreglo a su voluntad, entonces efectivamente tiene sentido que la prodigalidad se regule aparte, pues la finalidad sí sería exclusivamente la de proteger los intereses de aquellos parientes con derecho a alimentos que se ven perjudicados por la conducta libre del pródigo.

La regulación separada de la prodigalidad, sin embargo, ha sido objeto de críticas precisamente porque hay quien considera cuestionable su tratamiento diferenciado. Para estos sectores críticos la prodigalidad no deja de constituir una afectación de carácter psíquico que afecta a la capacidad jurídica[807] de la persona afectada y que precisa, a su juicio, del mismo sistema de apoyos que el previsto para las personas con discapacidad.

Entre la doctrina, MAGARIÑOS BLANCO[808] es uno de los autores que ha criticado esta regulación separada de la prodigalidad, sobre todo cuando la figura se regula junto con las disposiciones comunes a todas las demás instituciones de apoyo en el Título XIII[809]. En su opinión, esta nueva regulación no encuentra justificación ni desde el punto de vista médico, pues considera que quien dilapida su patrimonio suele tener problemas psíquicos[810], ni tampoco desde el punto de vista jurídico, ya que igualmente se regula como un supuesto de asistencia como otros que podrían entrar en el amplio ámbito de asistencia de la curatela[811]. Critica también que el Anteproyecto prescinda de regular el derecho o facultad para solicitar la asistencia al pródigo. Para él tal argumento merece crítica, puesto que considera que los derechos o facultades deben estar visibles y reconocerse en el Código civil; sin perjuicio de la legitimación procesal para el ejercicio de la facultad o derecho regulados en la LEC.

Aunque consideramos que la prodigalidad tiene su propia razón de ser y que la figura del asistente a que hace referencia no puede ser considerada como una genuina medida de apoyo por las razones expuestas, lo cierto es que el prelegislador ha considerado que sí existen disposiciones que pueden ser aplicables igualmente a aquélla y al resto de las instituciones de apoyo. Las veremos a continuación.

---

[807] Entre ellos, el CGPJ que nuevamente distingue los términos capacidad jurídica y de obrar, manteniendo el criterio tradicional.

[808] MAGARIÑOS BLANCO, 2018:216-217.

[809] Título XIII. Disposiciones comunes. Artículo 300 proyectado: *Las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares, medidas de apoyo a personas con discapacidad y asistencia al pródigo habrán de inscribirse en el Registro Civil.*

[810] En la línea de la opinión del CGPJ.

[811] Sin embargo, olvida que, según la redacción del Anteproyecto, el asistente del curador, complementa necesariamente los actos del pródigo, pues ha de prestar obligatoriamente su consentimiento a los mismos.

3.1.2.2.4. Disposiciones comunes. Publicidad

El Título XIII[812] incluye las disposiciones comunes a todas estas figuras de protección o apoyo de menores, personas con discapacidad y pródigos ordenando que todas ellas se inscriban en el Registro Civil y, en caso de afectar a las facultades de administración y disposición de bienes inmuebles, en el Registro de la Propiedad.

Como ha manifestado ESCARTÍN IPIÉNS tras haber leído con detenimiento la CDPD, la única referencia a la publicidad en la Convención se encuentra en el artículo 22 titulado "Respeto a la privacidad"[813]; precepto al que también alude GARCÍA RUBIO. Ambos juristas han advertido que la inscripción de las medidas de apoyo tanto judiciales como voluntarias en los Registros públicos, podría estar vulnerando el derecho a la privacidad ordenado por el artículo 22 CDPD.

Durante el debate de la Sección, recuerda ESCARTÍN IPIÉNS que alguna voz minoritaria se refirió al código civil suizo[814] que, en respeto al derecho a la intimidad y privacidad de las personas con discapacidad frente a la publicidad ante terceros, ha optado por la no inscripción de las medidas de apoyo adoptadas voluntariamente o las resoluciones judiciales que las acuerdan. Según expone GARCÍA RUBIO[815], en un documento explicativo previo a la reforma del CC suizo se señalaba que la inscripción de tutelas y curatelas en los Registros Civiles se consideraba especialmente estigmatizante y se criticaba que, en realidad, sirviese realmente para cumplir el objetivo pretendido, cual era que las partes contratantes conocieran la situación del interesado. Se cuestionaba entonces la proporcionalidad de esta medida que, abiertamente, se consideraba un atentado contra la libertad personal y contra la privacidad de la persona con discapacidad contrario a lo previsto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[816] y, por todas estas razones, se decidió dejar de inscribir este tipo de medidas de protección a excepción de la curatela de carácter general y el mandato preventivo de las personas con una "incapacidad de discernimiento" duradera[817].

---

[812] En las primeras versiones se regulaba en el Capítulo II del Título XII eliminado después.

[813] Artículo 22 CDPD. *Respeto a la privacidad. «1. Ninguna persona con discapacidad, independientemente de cual sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a tales injerencias o agresiones. 2. Los Estados Partes protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás».*

[814] ESCARTÍN IPIÉNS, 2018:110. GARCÍA RUBIO, 2018:47, lo cita expresamente y reflexiona acerca de la solución adoptada por este ordenamiento jurídico al respecto.

[815] *Ibidem.*

[816] Artículo 8. *Derecho al respeto a la vida privada y familiar.*

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

[817]. Para GARCÍA RUBIO 2018-II: 48, esta decisión supone una "apuesta arriesgada" pero, a su vez, considera que tanto las razones señaladas, como la cada vez mayor protección de la intimidad y de los datos personales de la persona hacen que, cuando menos, haya de cuestionarse la idoneidad de la opción contraria, esto es, la publicidad de este tipo de medidas.La postura del CGPJ, por el contrario, difiere de

El Anteproyecto no solo opta por su inscripción en el Registro Civil de las medidas de todo tipo sino que, además, la extiende a la inscripción en el Registro de la Propiedad, respecto a las resoluciones judiciales que afecten a la administración o disposición de los bienes allí inscritos. Por ello, y además pensando en aquellos apoyos menos intensos que ni siquiera afectan a la capacidad de contratar de la persona, y a fin de evitar una colisión con el artículo 22 de la CDPD, coincidimos con GARCÍA RUBIO[818], en que se debería ser muy escrupuloso con los legitimados para acceder a estos datos registrales que han de tener el carácter de datos "especialmente protegidos" en virtud de lo previsto en los artículos 83 y 84 de la LRC. En la balanza entre, por una parte, el respeto a la persona y a sus derechos fundamentales y, por otra, la seguridad jurídica y la protección en el tráfico, el fiel ha de decantarse claramente por el primero.

Para la inclusión del carácter de datos especialmente protegidos de los relativos a las medidas de apoyo de las personas con discapacidad, se ha hecho una corrección en el artículo 83-1 LRC, ya que esos no figuraban dentro del precepto, por lo que quedaban dentro del marco general de publicidad constituyendo así una verdadera vulneración del artículo 22 CDPD; con esta modificación, la legitimación para acceder a los mismos queda restringida a los enumerados en el artículo 84 LRC.

Quedan, sin embargo, otros aspectos que, tras la redacción del Anteproyecto y propuesta de reforma de la LRC se vaticinan como problemáticos[819], entre los que señalamos los relativos a la oponibilidad de los hechos registrales. ESCARTÍN IPIÉNS, destaca el ejemplo del artículo 73 LRC que, actualmente se rubrica como *Inscripción de la tutela, curatela y sus modificaciones* y que el proyecto modifica para titularlo *Oponibilidad de las resoluciones.* Dicha oponibilidad solo se producirá cuando se hubieren efectuado las oportunas inscripciones, ciñéndose éstas solo a las mencionadas en el artículo 72 LRC, esto es, las resoluciones judiciales, por lo que no quedarían incluidas las medidas de protección voluntarias o preventivas, es decir, los poderes preventivos o mandatos, ni la autocuratela; por todo ello, habrá de reflexionarse sobre este aspecto[820].

En nuestra opinión en definitiva, el prelegislador debiera haber optado por una opción más respetuosa con los derechos fundamentales de la persona necesitada de apoyo, en consonancia con lo previsto en el artículo 22 CDPD, máxime cuando los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica no son imprescindibles para contratar, como hemos visto, sino que, siguiendo las directrices del Comité, podrán ser utilizados por la persona o no, según ella

---

la seguida en el ordenamiento jurídico suizo y de la manifestada también por parte de la doctrina y por quienes consideran que la publicidad registral de las resoluciones relativas a las medidas de apoyo acordadas pueden vulnerar el derecho a la privacidad reconocido a las personas con discapacidad y protegido por el artículo 22 CDPD

[818] GARCÍA RUBIO, 2018-II:47

[819] ESCARTÍN IPIÉNS, 2018:113.

[820] A juicio de este autor, la mayor debilidad del nuevo sistema de publicidad registral previsto radica en el sistema organizativo que traslada la incorporación de los datos al nuevo "Registro individual" donde constarán los hechos y actos relativos a la identidad, estado civil y demás circunstancias previstas en esa ley. Considera que, entre otros aspectos, por la amplitud de los hechos y actos inscribibles o por la dispersión estructural, su efectividad real deja muchas lagunas. Las observaciones efectuadas por este jurista al nuevo sistema registral se extienden, además, a las inscripciones en el Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil y otros sobre las cuales incidiremos más adelante, ESCARTÍN IPIÉNS, 2018:85-119.

misma decida. Como hemos comentado anteriormente, la interpretación que consideramos adecuada sobre las limitaciones para contratar respecto a las medidas de apoyo asignadas en sentencia no se refieren a la capacidad de contratar de la persona apoyada sino a la extensión de la medida, de modo tal que la figura de apoyo no podrá extralimitarse en sus facultades, lo cual deberá quedar acreditado en el momento de realizar el acto. Por ello consideramos que la inscripción de las medidas en los registros a los efectos de oponibilidad frente a terceros no es estrictamente necesaria.

En todo caso, para el supuesto de que se opinase lo contrario, consideramos que la regulación proyectada resultaría incompleta, al omitir la inscripción de las medidas voluntarias, máxime teniendo en cuenta que las medidas judiciales son siempre subsidiarias, es decir, solo se dictarían a falta o por insuficiencia de las primeras.

3.1.2.2.5. Otras materias objeto de reforma dentro del Código civil

Después de varios cambios de ubicación, el Título XII del Libro I pasaría a ser el XIV.

El nuevo texto del Anteproyecto propone, además, modificaciones importantes que afectan a materias tan diversas como: la posesión, derecho a testar y otros derechos hereditarios; obligaciones y contratos, etc. Analizaremos ahora las más sobresalientes.

Respecto al derecho a testar, el artículo 665 CC[821] se vería afectado también por una modificación terminológica que suprimiría cualquier referencia al "incapacitado". Su nueva redacción se dirigiría en términos generales a cualquiera que no pudiese otorgar testamento por hacer dudar al notario de su aptitud para ello[822]. En este caso y, antes de autorizarlo, se mantiene la obligación de aquél de designar a dos facultativos que previamente reconozcan y dictaminen favorablemente dicha aptitud.

La enorme similitud que esta última parte tiene con el vigente artículo 665 CC hace pensar que la nueva redacción mantendría el criterio médico vigente hasta la fecha. Es cierto que esta condición se aplicaría por igual a todas las personas, presenten o no discapacidad, pero también lo es el hecho de que no parece que la CGC haya pretendido tampoco que puedan asistir al notario otro tipo de pericias o pruebas que, a su criterio, permitiesen esclarecer la capacidad del interesado para realizar el acto.

GARCÍA RUBIO[823] ya intuye que los sectores más afines a la interpretación radical del Comité verán resabios del modelo médico en esta nueva redacción. Sin embargo destaca, como aquí hemos hecho, que el precepto se dirige a todas las personas en igualdad de condiciones y solo si, en

[821] La redacción actual del artículo 665 CC es la siguiente: *Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.*

[822] La redacción propuesta en el Anteproyecto sería: *Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos facultativos que previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud.*

[823] GARCÍA RUBIO, 2018:173-197

el momento de testar, el notario considerase que la persona no alcanza a comprender el significado del acto a realizar, podrá designar a dos facultativos para que le asesoren acerca de la capacidad de comprensión del testador; pero, en todo caso, la decisión sobre el otorgamiento le corresponderá al notario, quien, a criterio de esta autora, no estará sometido al dictamen de los médicos al carecer, según ella, de poder vinculante para el fedatario público. Será éste incluso quien, de hecho, se constituya en el verdadero apoyo de la persona que va a otorgar testamento pues su labor de asesoramiento [824] puede ser considerada como una efectiva y valiosa medida de apoyo para el entendimiento y comprensión del testador[825].

Sobre la posibilidad de otorgamiento de testamento por parte de las personas con su capacidad jurídicamente modificada y sobre el papel del notario respecto a la idoneidad de la capacidad para ello había tenido ocasión de pronunciarse nuestro Tribunal Supremo. Las sentencias más recientes lo han hecho en el sentido de que la regla general es la de la capacidad que ha de ser reconocida *in situ* en el momento del otorgamiento[826] por el notario quien, si lo considerase oportuno, podría apoyarse sobre el dictamen de dos facultativos, salvo que la persona esté incapacitada judicialmente y la sentencia se hubiere pronunciado acerca de su incapacidad para testar. Destacamos, entre todas ellas, la STS de 15 de marzo de 2018[827]. La cuestión que se planteaba en el motivo primero del recurso de casación versaba sobre si puede otorgar testamento conforme al art. 665 CC actual una persona con una discapacidad intelectual de nacimiento que, de acuerdo con lo dispuesto en una sentencia de modificación de la capacidad de obrar, precisa de la intervención del curador para realizar actos de disposición. La parte

[824] Respecto a la función del notario, la STS de 19 de septiembre de 1998 (ROJ 5223/1998), considera que no se limita a la redacción de la última voluntad del testador, sino que el deber profesional y más aún el respeto y acomodo a la legalidad, le impone los asesoramientos precisos que se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador, porque la voluntad inicial de éste puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca cabe suplirla y menos sustituirla, por ser actividades distintas de las de asesorar o más bien poner el camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presentan complejidad. Sobre qué puede hacer el Notario para proteger a la persona "desfavorecida" léase SEDA HERMOSÍN, 2011:445-447. En el mismo sentido, NIETO ALONSO, 2018:253.

[825] En palabras de la notaria de Santiago de Compostela, INMACULADA ESPIÑEIRA SOTO, 2018, "en el germen de la validez y eficacia de la mayor parte de las instituciones y derechos que se impulsan en la nueva normativa (autocuratela, potenciación del derecho a testar, poderes preventivos) se sitúa el Notario y su función (asesoramiento previo técnico e imparcial, su papel de autoridad receptora de voluntades, su labor conformadora que engloba las tareas de escuchar, indagar, interpretar y adecuar el otorgamiento (la escritura) a la voluntad manifestada fruto de la comunicación con el otorgante y de la diligente observación del entorno en el acto del otorgamiento; la reforma potencia la función notarial, los juicios y valoraciones del notario)".

[826] Como recuerda MESA MARRERO, 2017:16-18, "es importante señalar que la apreciación de la capacidad del testador ha de referirse al estado en que éste se encontraba en el momento del otorgamiento, tal y como prevé el art. 666 CC…". Según la autora puede afirmarse que la expresión "cabal juicio" recogida en el artículo 663 CC como causa de incapacidad para testar, es uno de los aspectos más polémicos del debate sobre la validez del testamento, según se desprende de la lectura y examen de numerosas sentencias. Además, la autora recuerda la doctrina del Tribunal Supremo según la cual la incapacidad determinante de la falta de cabal juicio no requiere una previa declaración judicial en tal sentido (y cita la STS de 22 de junio de 1992, ROJ 4992/1992), sino que basta con una "incapacidad de hecho suficientemente demostrada" (citanto ahora la STS de 19 de septiembre de 1998, ROJ 5223/1998), esto es, que la persona padezca, habitual o accidentalmente, una enfermedd o trastorno suficientemente grave que afecte sus facultades intelectuales y volitivas de forma que le impida, en el momento en que pretende testar, ordenar su sucesión de modo consciente y libre.

[827] STS de 15 de marzo. ROJ 936/2018.

demandante lo negaba al entender, entre otras cosas, que dentro de estos se encontraban los actos de disposición *mortis causa*, y la sentencia recurrida, por el contrario, sostenía que la limitación de la capacidad de obrar para realizar dichos actos de disposición sin intervención del curador no comprendía los actos de disposición *mortis causa*, sino que debía estarse a la opinión del notario y de los médicos que aprecien *in situ* la capacidad del otorgante.

El Tribunal Supremo resolvió a favor de la demandada argumentando que el principio de presunción de capacidad [828] y específicamente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción[829], ha quedado reforzado por la CDPD[830]. Además, argumenta que la disposición de bienes *mortis causa* no puede equipararse a los actos de disposición *inter vivos* y que existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual. Por otra parte, partiendo de que el testamento es un acto personalísimo[831], ni el tutor como representante legal puede otorgarlo en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente, ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento. Además, el notario debe asegurarse de que, a su juicio, el testador al otorgar testamento (artículo 666 CC)[832] tiene la capacidad legal necesaria para testar (artículo 685 CC). Finalmente, el artículo 665 CC impone la garantía especial adicional consistente en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos. El Tribunal Supremo recordaba en la sentencia que venimos comentando que según la reiterada doctrina jurisprudencial de esa Sala, ello no impediría que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pudiera ser desvirtuada, pero para eso serían precisas pruebas cumplidas y convincentes[833].

El proyectado artículo 665 ya no se refiere al "incapacitado" toda vez que este estado civil dejará de existir. La referencia es generalizada a toda la población con o sin discapacidad. Se trata de que la discapacidad no constituya *per se* un motivo de discriminación para otorgar testamento sino de que el notario, a través de dos facultativos si fuera preciso, pueda alcanzar el convencimiento de que la persona realizará el acto de forma consciente y voluntaria.

Desde nuestro punto de vista, limitar la pericia a la intervención de dos médicos sí supone en cierto modo la prolongación del sistema médico aunque se pretenda extendido a todas las personas en general pues, si dicha prueba solo se limita a comprobar el estado de salud mental de la persona o su capacidad intelectual y la incidencia de esta sobre su voluntad, en realidad se continuará incidiendo sobre el mismo grupo de población. No se olvide que

[828] Reconocido en general en los artículos 10 CE, 322 CC y 760-1 LEC.
[829] Artículo 662 CC.
[830] En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad.
[831] Artículo 670 CC. Según OSSORIO MORALES, 1957:32 se trata de un negocio jurídico personalísimo en un doble sentido: en el de que la facultad de otorgarlo es indelegable y en el de no poderse otorgar conjuntamente por dos o más personas en un solo acto.
[832] Por eso, el hecho antes de la "enajenación mental" es válido (artículo 664 CC).
[833] Entre otras, citaba las sentencias de esa Sala 250/2004, de 29 de marzo, 289/2008, de 26 de abril, 685/2009, de 5 de noviembre, 20/2015, de 22 de enero, 435/2015, de 10 de septiembre, 461/2016, de 7 de julio.

puede haber otro tipo de factores ajenos a la discapacidad de la persona que pueden influir de forma notoria viciando la voluntad del otorgante. Quizá debieran preverse otro tipo de mecanismos que ayudaran al notario a conformar la verdadera voluntad del otorgante garantizando que ésta se encuentra libre de toda "influencia indebida", tal como ordena la Convención. Al igual que en sede judicial debe atenderse a la trayectoria vital de la persona, sus deseos y preferencias, en sede notarial también podría pensarse en la posibilidad de intervención de otro tipo de pericias (social, por ejemplo) que ayudasen a ello. Tratándose el derecho a testar de un derecho de carácter personalísimo, la cuestión es, sin duda, compleja.

El artículo 665 CC actual se refiere al procedimiento para testar de aquellas personas cuya capacidad hubiera sido modificada judicialmente (en la terminología actual) sin pronunciamiento alguno sobre su capacidad de testar en sentencia. El proyectado artículo 665 CC operaría la modificación terminológica aludida para referirse a aquellos "que se encontraran en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo". Con el Anteproyecto se eliminaría cualquier posibilidad de restricción del derecho a testar de cualquier persona aunque así se hubiese acordado judicialmente en sentencia de incapacitación, a tenor de lo previsto en el artículo 760 LEC. A este respecto, conviene, sin embargo, preguntarse si en realidad, en la actualidad el precepto es compatible con la CDPD y, por tanto, si cabe bajo el ordenamiento jurídico vigente, la aplicación de este precepto que permite la prohibición de testar a futuro incluso aunque, pese a la existencia de una sentencia de incapacitación, pudiera ocurrir que la persona en un momento posterior gozase de capacidad natural para otorgar testamento. Como pone de relieve MESA MARRERO[834] este tipo de pronunciamiento no es actualmente de recibo ni compatible con la CDPD, criterio que compartimos, pues, como señala la doctrina[835], contradice la regla del artículo 666 CC en cuya virtud la apreciación de la capacidad del testador ha de referirse únicamente "al estado en que se halle al momento de otorgar testamento". Pese a ello, siguen siendo numerosas las sentencias que se dictan conteniendo la privación de este derecho[836].

Los artículos 695 CC y siguientes proyectados incorporan la posibilidad del testador de expresar su última voluntad al Notario mediante cualquier medio técnico, material o humano, además de por escrito, ampliándose los supuestos de expresión de la voluntad y, por ende, de ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, adaptándose así a lo previsto por la CDPD. Asimismo, se añade la obligación del Notario de utilización de los medios técnicos precisos para que el testador pueda leer u oír la lectura del testamento. Son artículos dirigidos claramente a las personas

[834] MESA MARRERO, 2017:112-113.

[835] *Ibidem*. Entre la doctrina citada por la autora, GÓMEZ LAPLAZA, M.C. y DÍAZ ALABART, 2014:544-545, para quienes "la discriminación que supone que a los incapacitados se les prive por la sentencia de incapacitación de la posibilidad de otorgar testamento, aunque de hecho se encuentren en intervalo lúcido, se suma el que dicha privación se dará solo para los incapacitados sometidos al Código Civil, lo que bien puede percibirse como una doble discriminación". Para MESA MARRERO,2017:121, lo procedente sería someter la posibilidad de otorgamiento a las cautelas previstas en el artículo 665 CC.

[836] *Vid.*, entre otras, la SSAP de Palma de Mallorca, de 10 de marzo de 2016, ROJ 374/2016 o la de Girona de 9 de febrero del mismo año, ROJ 38/2016. Otras, como las SSAP de San Sebastián, de 8 de mayo de 2015, ROJ 464/2015, privan además expresamente, del derecho al sufragio y de la capacidad para contraer matrimonio.

con discapacidad sensorial evidenciándose de este modo que el Anteproyecto va dirigido no solo a las personas con discapacidad intelectual o mental como argumenta parte de la doctrina. Se recoge así una de las más reclamadas reivindicaciones de este colectivo que, como expusimos al comienzo de este trabajo, también presentó aportaciones en fase de consulta pública del Anteproyecto.

Además de las demandas sociales, también encontramos algunos antecedentes de este renovado artículo 695 CC en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Citamos, entre otras la STS del 24 de noviembre de 2004[837] o la más reciente dictada por la Audiencia Provincial de Valencia el 25 de junio de 2018[838]. En la primera de ellas, se trataba de un testador imposibilitado físicamente para hablar, que otorgó su testamento ante notario mediante gestos, afirmando, negando u ordenando gestualmente al fedatario público para que parase y repitiese a fin de fijar claramente su voluntad. En la segunda de ellas, el otorgante era un hombre sordo, pero no mudo, que leía los labios y que se hacía entender. En ninguno de los casos intervino ningún intérprete de signos. Ninguno de los otorgantes conocía la lengua de signos. Ambos pronunciamientos judiciales flexibilizaron ya la dicción literal del artículo 695 CC[839] actual que literalmente ordena la expresión "oral" o "por escrito" de su última voluntad al notario.

La doctrina jurisprudencial ha entendido que, partiendo de la base de la capacidad del testador para otorgar el testamento, siempre que exista comunicación directa entre el otorgante y el fedatario público, de manera que éste pueda recibir claramente la expresión de su última voluntad, no ha de exigirse una formalidad expresa, concreta, restrictiva y excesivamente rigurosa. El requisito sustancial del negocio jurídico del testamento abierto es que el Notario reciba del testador la expresión de su última voluntad.

Esta parece ser la idea básica que inspira la redacción del proyectado artículo 695 CC[840].

En consonancia con la CDPD, se suprimen también las limitaciones del artículo 697 CC[841] a sordos y ciegos. Se equipara, por fin, la

[837] STS 1128/2004, de 24 de noviembre de 2004. ROJ 7647/2004.

[838] SAP Valencia 291/2018, de 25 de junio de 2018. ROJ SAP V 2563/2018.

[839] Artículo 695 CC. *El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos.*

[840] Artículo 695 Anteproyecto. *El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos.*

[841] En fase de consulta pública del Anteproyecto, el CERMI presentó una propuesta concreta dando nueva redacción al artículo 697 CC en los siguientes términos: "Artículo 697. Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos: 1º Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento. En tal caso, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada. 2º Cuando el testador o el Notario lo soliciten. 3º Cuando el testador sea una persona con discapacidad que precise apoyos para acceder al contenido del testamento, el Notario ofrecerá la información y documentación mediante los canales o en los formatos apropiados a

posición de las personas con limitaciones auditivas y visuales en el otorgamiento del testamento a las que no poseen tales limitaciones. Para ello, el Notario deberá asegurarse, utilizando los medios adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad. De hecho, como apunta ESPIÑEIRA SOTO, la necesaria concurrencia de los testigos nace de la declaración de no saber o no poder leer y con el texto de la reforma en el proyectado artículo 697, nace de la declaración de no saber o no poder firmar el testamento. Dada la flexibilización de la postura de nuestros tribunales y la vigencia de la Convención que nos vincula, añade, el notariado utiliza vías de comunicación directa asegurándose de la capacidad del testador y de que el testamento recoge escrupulosamente su voluntad.

El artículo 742 CC relativo a los efectos del testamento cerrado aparecido en el domicilio con las cubiertas con desperfectos, también es objeto de propuesta de modificación. Siendo la regla general entenderlo revocado, se mantiene sin embargo su validez cuando se pruebe que el desperfecto se produjo sin la voluntad del testador. El vigente Código Civil presume igualmente esta validez cuando el testador se encuentre afectado de "demencia". El Anteproyecto presentado por la CGC sustituye esta circunstancia por la de que el testador se halle "afectado por alteraciones graves en su salud mental". Esta sustitución no parece la más acertada porque, por una parte contribuye a mantener el estigma existente sobre la enfermedad mental dando por hecho que todas las alteraciones graves en la salud mental son causa suficiente para incidir sobre su voluntad a la hora de testar. Parece, así, relacionarse directamente dichas alteraciones graves con el desperfecto recogiendo en el precepto tan solo un prejuicio que justifica una discriminación. Por ello, consideramos que sería suficiente con que el mismo estableciese como única causa la prueba de haber ocurrido el desperfecto sin la voluntad de la persona quedando, en su caso, englobada en esta circunstancia cualquiera que afectase directamente a esa voluntad, sea de salud mental o no[842].

Señala DOMÍNGUEZ LUELMO[843] que, "para poder hablar de revocación se precisa, en primer lugar, que la acción haya sido llevada a cabo con conocimiento del testador y voluntariamente, de manera que no hay revocación si el testador está amenazado o sufre vicios de diversa índole. Además el testador ha de estar en su cabal juicio porque la destrucción hecha

---

la discapacidad de que se trate, proporcionando o admitiendo los medios técnicos, materiales y humanos necesarios a dicho fin".

[842] En su Observación General Primera, el Comité aclaraba que el artículo 12 de la CDPD no permite negar la capacidad jurídica por motivos basados en la falta de aptitud de la persona para tomar decisiones porque ello supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica –en este caso para testar- si la evaluación lo justifica. El Comité ha manifestado que cuando la discapacidad de la persona o su aptitud para tomar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley se produce una discriminación por razón de discapacidad proscrita por el artículo 12 que no solo no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio sino que, además, exige en tales casos que se proporciones apoyo a la persona en su ejercicio. NACIONES UNIDAS. 2014. CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general Nº 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement, pp. 4-5.

[843] DOMÍNGUEZ LUELMO, 2016:470-471.

en estado de demencia no afecta a la validez del mismo". En palabras de SANCHO REBULLIDA, al que cita, "la revocación real[844] exige capacidad para testar, por lo que si el testador la ha perdido, podrá haber destrucción del testamento, pero no revocación en sentido técnico". Estas interpretaciones en relación con el precepto actualmente en vigor, no nos parecen acordes, insistimos, con los dictados de la Convención. Tampoco la redacción propuesta en el Anteproyecto que parece más bien una continuidad, si bien con distintas palabras, de dicho artículo. Si lo realmente importante es acreditar la indubitada voluntad del testador, es sobre ella, desde nuestro punto de vista, sobre la que habrá de incidirse, con independencia de cuáles sean las causas que la alteren y, desde luego, apartándose del estereotipo según el cual todas las afecciones graves de la salud mental suponen la anulación de la voluntad a estos concretos efectos.

Se consagra en la reforma proyectada, la ineficacia de las disposiciones testamentarias efectuadas por el testador, tenga o no discapacidad, a favor de aquellos que resulten ser sus tutores (menores) o curadores representativos, no incluyéndose, por tanto, los que no ostenten facultades de representación; para el caso de testadores ingresados por razones asistenciales o de salud, aquellas efectuadas a favor de quienes resulten ser administradores, titulares o empleados etc., de los establecimientos en los que se encuentren así como de estos mismos y, por último, respecto de las demás personas físicas que le presten servicios de cuidado o asistenciales sólo podrán ser objeto de disposiciones testamentarias si estas se hicieran en testamento abierto[845]. Se exceptúan de esta norma general las disposiciones efectuadas a favor de tutores, curadores, etc. que resulten ser parientes con derecho a suceder *ab intestato.*

Opinamos que se trata de un precepto excesivamente garantista, que parece obviar la voluntad de la persona que, precisamente, puede querer dejar sus bienes a aquellos que realmente la han cuidado o se han hecho cargo de ella. Cierto es que la finalidad del artículo será la de evitar abusos, el conflicto de intereses o la influencia indebida sobre personas que, por su especial relación de confianza con el testador o por razón de su posición, pueden llegar a influir sobre el contenido de las disposiciones testamentarias, pero consideramos que ello no ha de hacerse a costa de limitar la voluntad del testador –lo que además puede ser traducido como una discriminación por el hecho de la discapacidad- sino proveyéndole, en todo caso de apoyos para que tome una decisión basada realmente en su voluntad[846].

---

[844] Así ha venido en denominar la doctrina a esta peculiar y específica manera de revocación, única para el supuesto de testamento cerrado.

[845] *Vid.* artículo 753 CC proyectado. Como pone de manifiesto GARCÍA RUBIO, 2018:173-197, "En el caso de los cuidadores personas físicas donde existe una evidente tensión entre el peligro de influencias indebidas y el deseo de gratificar y agradecer la dedicación y hasta el sacrificio que representa el cuidado personal, se ha optado por seguir el modelo catalán, y se pide que la atribución *mortis causa* se haya hecho en testamento abierto con el fin de que el notario controle la ausencia de presiones o influencias indebidas en la voluntad del testador".

[846] Es bastante habitual en las fundaciones tutelares que muchas de las personas bajo su protección, con pleno conocimiento y consciencia quieran dejarles a aquéllas sus bienes porque precisamente, en no pocas ocasiones estas entidades son las que realmente les proporcionan la asistencia que precisan. En muy numerosas ocasiones, la entidad tutelar se ha encargado de asistir o representar a la persona para que pudiese cobrar una pensión y se hiciese con un patrimonio que luego, incluso contrariamente a sus deseos, preferencias o voluntad, no podían dejar a la entidad sino que debía ir a sus familiares quienes precisamente no habían realizado las gestiones precisas para que aquéllas pudiesen tener su propio

La realidad ha evidenciado, además, que no son pocos los casos en los que el otorgante desea que la persona que le cuida sea precisamente quien herede sus bienes. Es más, puede ocurrir perfectamente que quien otorgue testamento, previamente haya otorgado un documento de autocuratela designando curadora a la persona a quien quiera también nombrar heredera. Hemos visto anteriormente, la problemática que se planteaba en el caso de que la nombrada curadora se excusase y hubiese sido designada para el cargo en virtud de disposición testamentaria. Ahora, el caso que planteamos es distinto pero afecta de lleno a la autonomía de la voluntad del testador. El problema no es nuevo pues ya se había evidenciado a raíz de la alabada entrada en vigor de la figura de la autotutela introducida en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección del Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Sin embargo, ese problema no se planteaba respecto al administrador del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, a diferencia de lo hecho en el Derecho italiano en relación con el *amministratore di sostegno*, a quien no se extiende la prohibición de suceder -a la que nos referiremos- pese a que, como destacan GARCÍA RUBIO Y OTERO CRESPO, las posibilidades de captación de la voluntad de la persona con discapacidad por parte de quienes detenten este cargo no parecen despreciables.

Como apunta RAÑA DÍEZ[847], para evitar posibles y, en algunos supuestos, incluso probables situaciones de captación de voluntad en detrimento de la libre expresión de la misma por parte del testador, el legislador establece límites a la capacidad sucesoria, a la posibilidad de que determinadas personas o instituciones, por razón del vínculo que les une con el testador, puedan ser beneficiarios de disposiciones testamentarias efectuadas en su favor. Parece razonable que tales individuos no puedan recibir por herencia bienes del testador, pues es obvio que la libertad testamentaria podría fácilmente verse limitada, cuando no totalmente cercenada y coartada, a la hora de expresar su voluntad, pudiendo encontrarse el testador en una cierta indefensión, *de facto*, a la hora de ordenar su sucesión. Es por ello que el Código regula estos supuestos de incapacidad sucesoria relativa o, como señalan algunos autores, prohibiciones de suceder[848].

Sin embargo, lo cierto es también que, pese a la loable intención del legislador de proteger lo que RAÑA DÍEZ denomina ese "veterano y cuasi-

---

dinero, bienes y/o patrimonio. Por ello, no acabamos de entender demasiado bien esta restricción ya que si a la persona se le reconoce plena capacidad para testar también debiera, desde nuestro punto de vista, reconocérsele para decidir libremente a favor de quién.

[847] RAÑA DÍEZ, 2008.

[848] GARCÍA RUBIO Y OTERO CRESPO, 2016:241, no comparten la opinión de que la consideración de que las incapacidades relativas para suceder sean una respuesta demasiado simplista por parte del legislador, pues esta figura puede considerarse parte esencial de la solución dada por algunos de los ordenamientos jurídicos como el francés o el italiano, además del español, para impedir las situaciones de influencia indebida o de captación de la voluntad del testador. En estos ordenamientos jurídicos, la solución *ex post* derivada de la posible anulación del testamento por vicios del consentimiento u otras figuras negociales es muy restringida y se completa con una solución *ex ante* que impiden todo caso la eficacia de la disposición a favor de determinadas personas que por su peculiar relación con el testador pueden influir en su voluntad de modo pernicioso. Por ello son excluidas por ley de la sucesión voluntaria del causante, por lo que algunos autores como DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, 2006:303 las consideran verdaderas prohibiciones para suceder.

sacrosanto"[849] principio jurídico-civil de la libertad testamentaria que impera en nuestro derecho desde la primera versión de nuestro viejo Código Civil (artículos 675 CC y artículo 668-2 CC), los tiempos cambian y la sociedad evoluciona y exige asimismo avanzar en todos los ámbitos, incluido el jurídico[850]. Para este autor, el legislador en su nada desdeñable labor de reformar nuestro vetusto Código Civil, en ocasiones, al intentar aportar una solución, ha creado problemas donde no los había; pone como ejemplo, la introducción de la mencionada figura de la autotutela, pero el ejemplo es perfectamente trasladable a la figura de la autocuratela.

Es fácil imaginar que el testador quiera para sí a un curador en quien confíe plenamente e igual de fácil es imaginar que quiera, además, que quien le ha cuidado le herede. Y aquí es donde se produce el conflicto o incompatibilidad entre ambas figuras por lo que, concordamos con este autor en que el artículo 753-2 CC debiera tener más excepciones y respetar realmente la voluntad de la persona, máxime cuando, al momento de otorgar el documento de autotutela o ahora de autocuratela, no existe duda alguna acerca de su voluntad real.

De esta cuestión también se han preocupado, entre otros autores, TORRES GARCÍA Y GARCÍA RUBIO[851] o GARCÍA RUBIO Y OTERO CRESPO[852], poniendo en evidencia la complejidad del tema extensible únicamente a los cargos de tutor y curador existentes en el Derecho vigente, y no a otros similares distintos de estos ni tampoco, tradicionalmente, a los cuidadores del testador, según algún precedente jurisprudencial lejano[853], porque se ha considerado que la prestación de los servicios de cuidado no lleva consigo la autoridad que es inherente y privativa del tutor de la que parece derivar el peligro de la captación de la voluntad. Algunos autores como DÍAZ ALABART consideran que esta causa de incapacidad para suceder no es aplicable a las personas jurídicas, afirmación de la cual discrepamos. Todo ello ha hecho que GARCÍA RUBIO Y OTERO CRESPO se cuestionen también la adaptación del precepto a la situación de nuestros días, debiendo repensarse las causas de inhabilidad para suceder para incluir otras más acordes a la actualidad pero impensables al momento de redactarse el Código Civil. Estas autoras mencionan, por ejemplo, el caso de los cuidados prestados en centros o

[849] La llamada incapacidad relativa tiene su origen en el Derecho romano, que acogió la prohibición de disponer a favor de aquellas personas más susceptibles de ejercer influencia indebida como los testigos de los testamentos. En la época del *ius commune* se incrementaron estas prohibiciones extendiéndose a quienes hubieren escrito un testamento para otro, especificándose expresamente la prohibición respecto al notario y sus parientes. GARCÍA RUBIO Y OTERO CRESPO, 2016:241-242.

[850] Sobre más detalles respecto al origen de las incapacidades relativas para suceder en el Derecho romano y un exhaustivo e interesantísimo análisis sobre el derecho comparado de nuestro entorno, especialmente del derecho francés, italiano y alemán, pero también del *Common Law*, véase GARCÍA RUBIO Y OTERO CRESPO, 2016:240-255. Como destacan estas autoras, en los sistemas del *Common Law*, particularmente el Derecho inglés, la libertad de testar conforma un verdadero sello distintivo que también tiene reflejo en los instrumentos utilizados para salvaguardar el ejercicio consciente de aquella libertad. El más significativo de ellos es la doctrina del *undue influence* que, de concurrir, deja sin efecto la disposición, pero no existe una presunción de que el testamento se hizo bajo una influencia indebida por el hecho de que exista una relación de confianza entre el testador y el beneficiario, sino que debe ser probada por quien la alega. No obstante lo anterior, hay cierto consenso en la doctrina anglosajona sobre la concurrencia de un déficit de protección de las personas vulnerables a la hora de hacer testamento.

[851] TORRES GARCÍA Y GARCÍA RUBIO, 2014:183-193.

[852] GARCÍA RUBIO, 2014:486; *Vid.* también GARCÍA RUBIO Y OTERO CRESPO, 2016:250-251.

[853] Las autoras citan la STS de 3 de diciembre de 1896.

instituciones[854], sean éstas públicas o privadas, donde el riesgo de captación es ciertamente elevado. Paralelamente, sin embargo, son conscientes de que una prohibición absoluta de suceder en relación con las personas qe han prestado cuidados al testador cuando más lo necesitaba puede resultar absurda y desproporcionada, especialmente cuando no existen herederos forzosos, porque, como indica RAÑA DÍEZ, chocaría frontalmente con el deseo de recompensar a las personas que han tenido actitudes bondadosas hacia el causante y, por lo tanto, con su libertad de testar y elegir a favor de quién.

La solución ofrecida *lege ferenda* por GARCÍA RUBIO Y OTERO CRESPO es calificada por ellas mismas de intermedia y trataría de discriminar según el supuesto de hecho. Para estas autoras, no deberían recibir el mismo trato aquellos cuidadores que han venido prestando auxilio y atenciones a la testadora durante un largo periodo de tiempo, máxime si con ella mantienen un estrecho grado de parentesco, amistad, afinidad, etc., que aquellas otras recién conocidas, sin apenas relación de afectividad y que, sospechosamente, resultan beneficiadas por la herencia; mantienen que sólo a ésta le sería de aplicación la causa de inhabilidad para suceder pero no a aquellos primeros. En cuanto a los centros residenciales prestadores de servicios de cuidados, ponen de manifiesto también la dificultad de discriminar entre públicos y privados así como entre aquellos con un cierto componente ideológico, ya que en todos ellos la captación de la voluntad es posible.

Por eso, llegados a este punto, ponen de relieve la solución adoptada por el Código Civil de Cataluña que, en su artículo 412-5-2 dispone que "*Las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, sólo pueden ser favorecidos con la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio"*. En realidad, la legislación catalana no incluiría una causa de inhabilidad sucesoria, sino más bien una serie de cautelas formales dirigidas a preservar la libertad de la voluntad sucesoria de quienes fuesen objeto de cuidados, si la sucesión fuese ordenada en testamento abierto ante notario o en pacto sucesorio, de manera que se deja en manos del notario que necesariamente ha de intervenir en ambos casos, la salvaguarda de aquella libertad testamentaria[855], solución esta que parece haber seguido la reforma proyectada para el personal que trabaje en aquellos centros o instituciones pero no cuando la disposición testamentaria beneficie a los propios centros, instituciones o establecimientos o a sus titulares, en cuyo caso, la disposición será nula. Solución justamente contraria a la propuesta en el Anteproyecto, es la que mantiene la vigente Ley de Derecho Civil de Galicia[856], cuyos artículos 203[857] y 204[858] admiten expresamente las

[854] También se habían referido a esta cuestión TORRES GARCÍA & GARCÍA RUBIO, 2014:180-181.
[855] GARCÍA RUBIO, 2014:486.
[856] Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, BOE nº 191, de 11 de agosto de 2006.
[857] *Artículo 203.*
1. Toda disposición a favor de persona incierta será nula, salvo que por algún evento pueda resultar cierta.
2. Será válida la disposición a favor de quien cuide al testador. Salvo que se disponga otra cosa, si el testador hubiera designado testamentero, será este quien determine en escritura pública la persona o personas que cuidaron al testador.
[858] *Artículo 204.*

disposiciones testamentarias efectuadas a favor de quienes resulten ser prestadores de cuidados[859].

Volviendo al Anteproyecto destinado a modificar el Código civil en materia de personas con discapacidad, es destacable que se elimina el artículo 776 CC y con él la sustitución ejemplar[860]. La supresión de esta figura puede dar lugar a polémica pero, desde nuestro punto de vista, ha de ser entendida como un elemento más hacia la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad. Tras la reforma planteada, la persona podrá testar en términos generales a partir de los catorce años. Para ello, podrá contar con los apoyos que, en su caso, precise sin que ello pueda significar que quien suministra el apoyo llegue a sustituir en su actuación la voluntad del testador en el ejercicio de ese derecho de carácter personalísimo[861]; al fin y al cabo es testar por otro y, por tanto, sustituir.

Para algún autor, podría discutirse si este carácter personalísimo debería ser sometido a revisión en casos extremos en los que la persona que desea testar no puede hacerlo por no superar las exigencias del artículo 665 CC, o en aquellos otros en los que quien en su día no precisó o superó dichas exigencias y testó de forma impecable, ha perdido la mayor parte de sus facultades volitivas y cognitivas, pero que, a pesar de ser esa su voluntad, no pueda revocar por si solo el que en su día otorgó y del que ahora se arrepiente. De ser oportuna esa revisión, dicen, no se verían razones sensatas para limitar esa posibilidad de "testar por otro" (o "con ayuda de otro") a las ascendientes

---

También será válida la disposición hecha bajo la condición de cuidar y asistir al testador, sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Si el testador designara testamentero, corresponderá a este la facultad de apreciar el cumplimiento o incumplimiento de la condición resolutoria.

[859] En palabras de GARCÍA RUBIO, 2014:487-488, es indudable que el texto legal pretende favorecer la libertad dispositiva del testador reconociendo la posibilidad de que realice una disposición a favor de la persona que le cuide, sin concretar quién ha de ser exactamente esta y sin que quede excluido *a priori* ningún cuidador, familiar o no, empleado o no, o de asistencia pública o privada. La autora advierte, no obstante, de las dificultades que subyacen al criterio de justicia conmutativa del precepto pues, aunque éste atribuya al testamentero o al albacea la función de designar a la persona favorecida, habrá de hacerlo a quien haya cuidado al testador en el sentido querido por este y no a cualquier otra persona porque, de lo contrario, estaríamos ante una disposición testamentaria efectuada por un tercero, lo que no es de recibo, pues también en Derecho gallego el testamento es un acto básicamente personalísimo. Otro problema añadido será el posible conflicto de intereses entre el testamentero y quien se considere legitimado para reclamar el beneficio de la disposición por estimar que ha sido el cuidador favorecido. Acerca de la disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuide al testador o a otras personas designadas por él realiza también un pormenorizado estudio NIETO ALONSO, 2014:1043-1066, centrándose de manera especial en las distintas posibilidades ofrecidas por el Derecho civil gallego destacar que la Ley de Derecho Civil de Galicia consagra legislativamente este tipo de institución dentro de la rúbrica "De las disposiciones testamentarias especiales" en los artículos 203 y 204, que, en síntesis, declaran la validez de la disposición a favor de quien cuide y asista al testador, ascendientes, descendientes o cónyuge –previsión que alcanza a la pareja de hecho en virtud de la equiparación que opera la Disposición Adicional Tercera de la LDCG-; además, se prevé la posibilidad de que el testador designe albacea, en cuyo caso será este el que determine en escritura pública la persona o personas que cuidaron al testador, así como el cumplimiento o incumplimento de la condición resolutoria. Alude tambié esta autora a que, además, lel Derecho civil gallego permite que la sucesion se defiera por pacto sucesorio (artículo 181-2) frente a la regla general del Código Civil (artículo 1271-2), por lo que se admitiría también que, a través de un pacto se pueda mejorar al descendiente que cjuide al testador; con el distinto efecto que tendría la utilización de uno u otro instrumento sucesorio, en especial, dada la esencial revocabilidad de la institución testamentaria, frente a la regla general de la irrevocabilidad del pacto. NIETO ALONSO, 2014:1048.

[860] Si bien parece que podría nuevamente ser modificado el precepto proyectado para dejarlo en su redacción original.

[861] Así lo recoge expresamente el apartado 1 del artículo 670 CC: *Artículo 670. El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.*

de las personas con discapacidad, como ahora hace la norma contenida en el citado artículo 776 CC[862]. Probablemente el prelegislador ha encontrado una incompatibilidad entre esta figura y la promoción de la autonomía de la voluntad de quien debiera testar. No se olvide que la CDPD propugna que todas las personas tienen voluntad y, por tanto, no pueden ser sustituidas. Pero, quizá cabría preguntarse si la sustitución ejemplar ahora eliminada no podría ser considerado un apoyo "de especial intensidad". Cuestión compleja, de nuevo, que no admite fácil respuesta[863], pero que, sin duda, debiera plantearse en otros términos y no ceñida solo a los ascendientes.

En otro orden de cosas, se mantiene la posibilidad de gravar la legítima a favor de descendientes con discapacidad, así como el derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor de la persona legitimaria con discapacidad.

Por último, se prevé que los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, los regalos de costumbre así como aquellos realizados por los progenitores o ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus descendientes requeridas por sus circunstancias físicas o psíquicas, no estén sujetos a colación. Es de destacar que todos estos últimos artículos modificados, (arts. 782, 808[864], 822 y 1041 CC) se prevean en beneficio de personas tanto con discapacidad psíquica como física, prueba de nuevo de que el Anteproyecto va dirigido a las personas con discapacidad en general y no solo a aquellas con discapacidad psicosocial.

Llama la atención el cambio de terminología que se observa en los siguientes artículos presentados en la reforma, en los cuales se sustituyen las referencias a "incapacitados", "persona con discapacidad", "discapacitado" por las expresiones "situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma, circunstancias físicas o psíquicas o situación de precisar medidas de apoyo"[865]. Este cambio de nomenclatura ha de explicarse en el hecho de que, como aquí hemos defendido, esos preceptos no van dirigidos solo a aquellos destinatarios que precisan de apoyo para la toma de decisiones, sino también a los que sufren por ejemplo otro tipo de discapacidades.

Citamos finalmente las últimas reformas proyectadas sobre el Código Civil, entre las que se encuentra las que afectan al artículo 1163 CC[866];

---

[862] GARCÍA RUBIO, 2018-I:180.

[863] Cuestión planteada recientemente en la *Law Commission* inglesa , país que admite el *statutory will*, esto es, testar por otro en ciertos casos, y donde se preguntan si esto es conforme con la Convención.

[864] TORRES GARCÍA, T., 2018:885-886, ya había puesto de relieve la discordancia existente entre los artículos 782 CC y 808-3 CC vigente, en la redacción dada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, y la CDPD, desde el punto en que el presupuesto indispensable para la sustitución fideicomisaria a la que se refieren es la delaración judicial de incapacidad, "concepto que encaja mal con los postulados de la Convención de 2006…y ello no solo en lo referente a la declaración de incapacitación sino todo el mecanismo de protección que lleva consigo: no solo en su caracterización es una medida de sustitución de la capacidad de obrar del así calificado por la figura del tutor el cual es el respresentante del incapaz salvo para aquellos actos que pueda realizar por si solo según la ley o la sentencia de incapacitación. Eso sí, una modificación de la sentencia puede ocasionar que sea atribuida la protección al Curador según el grado de discernimiento que ofrece el incapacitado, arts. 267, 270 y 287 CC. Nada de esto es lo que propugna la Convención…"

[865] Así se observa en la propuesta de nueva redacción presentada por la CGC respecto a los artículos 782, 808, 822, 1041 o 1163 CC.

[866] Medida de carácter garantista consistente en dar validez al pago recibido por una persona que pueda necesitar medidas de apoyo siempre que dicho pago revierta en utilidad para ella; si no hubiera sido útil para ella aun cuando ésta lo aceptase voluntariamente no sería válido. Se mantiene el criterio actual que

al artículo 1387 CC[867]; o al artículo 1459[868] proyectado. Este último precepto mantiene que el tutor o curador no puede adquirir por compra los bienes vendidos por la persona a quien representen o asistan, ni siquiera aunque la disposición se realice mediante subasta pública o judicial. GARCÍA RUBIO se ha manifestado sobre esta cuestión interpretando que la prohibición afecta solo a los curadores con facultades de representación y solo si el acto en cuestión implica la actuación sustitutiva, salvo en los supuestos en que, según las reglas generales aplicables a este tipo de situaciones, no se pueda producir el conflicto de intereses entre curador y curatelada, en línea con la interpretación general de la jurisprudencia para el llamado autocontrato[869].

---

para este tipo de casos hace recaer el riesgo del pago sobre el deudor que es quien debe probar la utilidad del pago para el acreedor. Por "pago útil", se debe atender, según TORRES GARCÍA, 2018:132-133, a un ámbito personal y patrimonial que no debe estar unido al concepto de enriquecimiento pues éste no tiene que darse necesariamente, sino que una vez en el patrimonio del "incapaz", esta utilidad se apreciará según el empleo o destino de la cosa por él adquirida, siendo indiferente el momento en el que la utilidad se ha dado siempre que haya existido. A esta misma solución se llega en el contrato de depósito con el depositante capaz que contrata con depositario incapaz (artículo 1765 CC). En este caso, el depositante tendrá acción para que el depositario le abone la cantidad en que se hubiera enriquecido con la cosa o el precio. En este sentido cita la STS de 9 de febrero de 1949 al señalar que el enriquecimiento del incapaz no se produce por la simple entrega de la cantidad que se haya hecho sino por el incremento o beneficio causado en su patrimonio mediante una inversión provechosa o un justificado empleo en la satisfacción de sus necesidades..

[867] Prevista para los casos en que un cónyuge es nombrado curador con facultades de representación plena del otro, otorgándosele a aquél por ministerio de ley todas las facultades de administración y disposición de los bienes de este, lo que recuerda a una verdadera tutela patrimonial, obviando que en no pocos casos, pudiera haber precisamente un conflicto de intereses económicos entre un cónyuge y otro. El Anteproyecto suprime el artículo 1330 CC que impedía a la persona judicialmente "incapacitada" otorgar capitulaciones matrimoniales salvo con la concurrencia de su tutor, curador o padres, en su caso, por lo que ha de entenderse que ahora podrá otorgarlas aunque sea con los apoyos precisos. En todo caso, en virtud de lo previsto en el artículo 1393 CC redactado por la CGC, y a petición de uno de los cónyuges, sería causa de disolución de la sociedad de gananciales el que se hubieren adoptado judicialmente medidas de apoyo que impliquen facultades de representación patrimonial plena a favor del otro cónyuge. El mismo efecto disuasorio se aplicaría para el caso de sociedades en las cuales a uno de los socios se le hubiesen asignado medidas de apoyo que implicasen medidas de representación plena en la esfera patrimonial: Apartado 4º del artículo 1700 en la nueva redacción presentada por la CGC: *Cuando respecto de alguno de los socios se hubieren dispuesto medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial.*

[868] Que mantiene el espíritu actual de "protección" frente al de "asistencia" en la toma de decisiones y no parece tener en cuenta la voluntad de la persona con discapacidad, a la que podría apetecerle o podría resultarle más ventajoso vender a su tutor o curador. Su nueva redacción sería: Artículo 1459 proyectado: *No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia: 1.º Los que desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo, los bienes de la persona o personas a quienes representen.*.

[869] "En la figura del autocontrato…una persona puede hacer de varias partes. En el contrato consigo mismo, la actividad y declaración de una sola persona, en dos calidades distintas, da lugar a los mismos efectos jurídicos que resultan del contrato. Esto adviene en los casos de doble representación, es decir, cuando en una sola persona se reúnen dos calidades de representantes. O bien se tiene en los supuestos en que el representante actúa a la vez por el representado y por sí…se enfrentan dos patrimonios, un perteneciente al representado y otro al representante –o los dos pertenecientes a dos diferentes representados- y la autocontratación acaece cuando el representante, mediante una declaración de voluntad emitida invocando la representación y su propio derecho –o el doble carácter de representante-, celebra un negocio que establece relaciones jurídicas entre ambos patrimonios". MASNATTA, 1965:18. El autocontrato será admisible cuando no haya conflicto de intereses o cuando, existiendo el mismo, haya autorización genérica o específica del representado". STS 29 de septiembre de 1994, 15 de marzo de 1996 y 12 de junio de 2001, entre otras. El párrafo 2º del artículo 1459 CC no sufre, sin embargo, ningún tipo de variación por lo que, en principio, se mantiene la prohibición a los mandatarios de la compra de los bienes cuya administración o disposición gestionen. Esta sería la regla aplicable cuando el apoyo de la persona con discapacidad provenga de un poder y mandato preventivo, esto es, dispuesto en su día por la el poderdante en previsión de su futura discapacidad, modalidad de apoyo fundada en la autonomía de la voluntad del poderdante y en su absoluta soberanía, pero no ha de existir ninguna prohibición si en el poder concedido o en el contrato de mandato celebrado en su momento se permitía la autocontratación,

Se proponen reformas asimismo en materia de mandato. Desaparece la incapacitación sobrevenida del mandatario como causa de extinción del mandato, lo cual es lógico ya que la incapacitación o modificación de la capacidad dejan de existir igualmente. Además, para el caso de que le fueran designadas medidas de apoyo judiciales, tampoco éstas extinguirían el mandato salvo que dichas medidas consistiesen en el nombramiento de curador con facultades de representación plena, lo cual solo debe ocurrir en situaciones realmente excepcionales.

También se introducen modificaciones respecto al depósito[870], estableciéndose las consecuencias de la celebración de este negocio sin la concurrencia de las medidas de apoyo que, en su caso, se hubieren acordado.

El artículo 1811 CC también es objeto de reforma. Este precepto parece una repetición del vigente 271-3 CC que pasaría a ser el 285-4 de esta propuesta[871]. Las últimas versiones del Anteproyecto han añadido una coletilla final al artículo 1811 CC proyectado en su versión originaria. Dicha coletilla se refiere a que la exigencia de contar con autorización judicial será necesaria "salvo que se trate de asuntos de escasa relevancia económica", adición que parece de toda lógica, si bien introduce de nuevo un concepto jurídico indeterminado.

Las últimas redacciones del Anteproyecto, han incorporado una reforma más en el Código Civil. Se trata de la disposición adicional cuarta, que ordenaría que la referencia a personas con discapacidad realizada en los artículos 96, 756-7, 782, 808, 822 y 1041CC, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 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[872]. No parece ésta la mejor adaptación a la CDPD que, justamente huye de definiciones de la discapacidad sustentadas en porcentajes basados, a su vez, en criterios de carácter principalmente médico.

Respecto a los demás preceptos del Código Civil, salvo que de la dicción del artículo concreto resultase otra cosa, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a la que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.

3.1.2.3. Reforma de la Ley Hipotecaria

La Ley Hipotecaria también es objeto de modificación en el Anteproyecto. La reforma presentada afectaría a: el artículo 2-4; artículo 42-5; artículo 165; artículo 168; artículo192 y artículo 222 bis-5, párrafo final.

En el primero de ellos, cuya redacción actual deriva de la reforma introducida por la Ley 6/1984, de 3 de marzo, se trataría más bien de otra

---

como se desprende igualmente de la teoría general en esta materia. ESTRUCH ESTRUCH, 2013:985-1043. RODRÍGUEZ PINTO, 2005:303.

[870] La CGC ha presentado propuesta de modificación de los artículos 1764, 1765 y 1773 del CC.

[871] Redactado así: " *4º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo".*

[872] Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad Artículo 2-2. *Beneficiarios: 2. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.*

adaptación terminológica, acorde con el nuevo sistema de apoyos propuesto, respecto a los actos inscribibles entre los cuales figurarían expresamente "(L)as resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a las personas con discapacidad [...] así como las demás resoluciones y medidas previstas en las leyes que afecten a la libre administración y disposición de los bienes de una persona. Las inscripciones se practicarán al folio de la finca o fincas inscritas a nombre de la persona con discapacidad que recibe medidas de apoyo y en el Libro único informatizado de situaciones de la persona a que se refiere el último inciso del apartado 5 del artículo 222 bis de la presente Ley".

El artículo 2-4 LH proyectado recoge la obligación de plasmar en la inscripción si el bien inmueble pertenece a un patrimonio protegido[873]. Además, el artículo 2-4 LH y el artículo 42-5 LH aquí citados responderían a lo establecido por el artículo 300 CC proyectado[874], que ordena la inscripción en el Registro de la Propiedad de las resoluciones que afecten a las facultades de administración y disposición de los bienes inmuebles.

Los artículos 165, 168 y 192 LH proyectados establecen los requisitos necesarios y legitimación para constituir hipoteca legal por razón de la tutela o curatela sustituyendo la terminología obsoleta de acuerdo con el nuevo paradigma como el término "incapacitado" por la más acorde, "persona con discapacidad".

Además, el nuevo artículo 165 LH introduce una nueva regla sexta para la determinación del juzgado competente en el caso de la hipoteca legal por razón de la fianza de tutores, curadores y demás personas asimiladas.

El último párrafo del apartado 5 del artículo 222 bis LH también incorpora una modificación que afecta a la terminología cambiando la expresión "Libro de incapacidades"[875] por la de "Libro único informatizado de situaciones de la persona a que se refiere el número cuarto del artículo 2" y que, asimismo engloba el cambio que se procederá en el Registro respecto a las nuevas situaciones introducidas por el sistema de apoyos.

Esta nueva regulación tampoco parece respetar el derecho a la privacidad recogido en el artículo 22 CDPD, al que antes ya nos habíamos referido al hablar de la publicidad en el Registro Civil. Por eso, autores como ESCARTÍN IPIÉNS consideran que, debiera revisarse todo el Título VIII de la LH para adaptarlo a las exigencias de la Convención. El artículo 221 LH es el que regula la publicidad del Registro y en él se establece el principio de que éste será público para todo el que tenga interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales en él inscritos, presumiéndose dicho interés en todo funcionario o autoridad que actúe por razón de su cargo. La

[873] Lo cual ha sido acogido favorablemente por parte del CGPJ que recuerda, además que este era uno de los requisitos exigidos también por el artículo 8 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

[874] Además permite que las demandas correspondientes puedan ser objeto de anotación preventiva. Respecto a la anotación preventiva de la demanda la reforma ampliaría la legitimación activa para interesarla, además de al solicitante de la medida, al Ministerio Fiscal.

[875] La expresión ahora vigente ha permanecido hasta la fecha, al haber sido declarada nula por la STS Contencioso-Administrativo 571/2001, de 31 de enero (ECLI:ES:TS:2001:571) la denominación dada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, de modificación del Reglamento Hipotecario, por la que fue llamado *Libro de alteración de las facultades de administración y disposición*. Consejo General del Poder Judicial, 2018. Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la Legislación Civil y Procesal en Materia de Discapacidad,pp. 35, párrafo 102.

interpretación de este precepto ha sido muy extensiva tanto respecto a los legitimados para acceder a la información registral como al contenido de ésta.

Es cierto que la nueva redacción del párrafo 5 del artículo 222 bis proyectado establece que "Cuando la consulta se refiera a las fichas del Índice de Personas se harán constar solamente las circunstancias de la letra a) anterior. Lo mismo se observará respecto del Libro único informatizado de situaciones de la persona a que se refiere el número cuarto del artículo 2". Sin embargo, la restricción no parece suficiente para preservar el derecho protegido por el artículo 22 CDPD porque la restricción se sitúa solo en la modalidad de las notas simples sin que se extienda a toda forma de publicidad formal como las certificaciones, por ejemplo. En segundo lugar, tampoco es suficiente porque no desarrolla el principio del artículo 2-4 LH que exige que la inscripción vaya a un libro especial y separado. Así, la inscripción o la anotación preventiva será un escaparate en el que cualquiera podría observar una situación para la que la CDPD exige máxima privacidad[876].

3.1.2.4. Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil

A la vista de lo hasta aquí expuesto, resulta evidente que la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil se presenta tan urgente como necesaria pues, como destaca PESQUEIRA ZAMORA [877], mientras la Convención contiene unos principios basados en la mínima intromisión en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, en la promoción de su autonomía y prestación de apoyos puntuales o permanentes para superar las barreras, la aplicación de la LEC en su redacción actual conlleva una excesiva limitación de los derechos de las personas con discapacidad como forma de protección; consiente el carácter patrimonialista que subyace en la razón que motiva la declaración de incapacitación y reduce dicha declaración a un mero trámite superficial alejado de la realidad de personas que sufren algún tipo de discapacidad.

Pero no son estas las únicas razones que aconsejan un cambio en la regulación procesal sino que existen, además, otros motivos de carácter sociológico que obligan a modificar nuestra legislación actual a la nueva realidad social.

Como hemos repetido hasta el hartazgo en este trabajo, la CDPD entró en vigor en España hace más de diez años. Conviven, pues, en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico dos paradigmas que resultan antagónicos: el tradicional médico-rehabilitador y el nuevo basado en el enfoque de derechos humanos introducido por la CDPD. Este desajuste entre lo que preconiza la Convención y la regulación actual comporta en la práctica problemas de distinta naturaleza; y lo que es más grave, deja a la persona que se pretende proteger en una situación más vulnerable, si cabe[878]. Todo ello debería servir para inspirar al prelegislador a la hora de diseñar los nuevos procedimientos de provisión de apoyos.

La propuesta de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil realizada por la Sección Quinta de la CGC ha sido objeto de diferentes modificaciones y

[876] Así lo ha observado también ESCARTÍN IPIÉNS, 2018: 83-198.
[877] PESQUEIRA ZAMORA, 2018:205.
[878] PESQUEIRA ZAMORA, 2018:210.

redacciones durante la tramitación del Anteproyecto. La reforma procesal sin embargo, en general, ha sido muy criticada por diferentes sectores, hasta el punto de que ha habido quien ni siquiera se ha querido parar a realizar observaciones detenidas, concretas y específicas de cada uno de los artículos proyectados limitándose a recomendar una profunda revisión de toda la parte procesal del Anteproyecto[879].

A pesar de su importancia, los primeros textos del Anteproyecto obviaban cualquier referencia, dentro de la norma procesal, al concepto de "ajustes de procedimiento". Desde enero de 2019, se introduce por primera vez al proponer la incorporación de un nuevo artículo 7 bis rubricado *Ajustes para personas con discapacidad*[880], que prevé la realización de lo que denomina "adaptaciones y flexibilizaciones necesarias" para garantizar la participación de las personas con discapacidad en el procedimiento en igualdad de condiciones con los demás, a instancia de cualquiera de las partes, pero también del Ministerio Fiscal o incluso de oficio por el propio Tribunal. No parece aquí que quepa la posibilidad de rechazo de tales ajustes por parte de la persona a quien se otorguen. Se echa en falta, sin embargo, una regulación mucho más prolija sobre este tipo de ajustes vitales, sin duda, para garantizar la plena participación de la persona con discapacidad en el procedimiento, especialmente en aquellos casos en que, por no haber sido su promotora y habiendo manifestado su oposición al mismo, figure en la posición de demandada. Insistiremos sobre este aspecto en apartados posteriores.

El artículo cuarto[881] del Anteproyecto presenta los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se verán afectados por la reforma lo cual resulta lógico ya que una de las encomiendas mayores que hace el Comité al Estado español es precisamente la supresión de los procedimientos que impliquen sustitución de la voluntad y que, en su lugar, implante otros de asistencia o apoyo para la toma de decisiones.

Por eso, no resulta casual que la primera reforma que se observara en las primeras redacciones del Anteproyecto fuera precisamente la rúbrica del Título I del Libro IV[882] LEC, que pasa a titularse "De los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad[883], filiación, matrimonio y menores", más acorde con la CDPD.

---

[879] "Resulta particularmente defectuosa la reforma que se ha realizado de la legislación procesal…No se realizan propuestas de modificación concretas en relación con las leyes procesales (Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley de Jurisdicción Voluntaria)… esta parte del Anteproyecto debe ser objeto en realidad de una revisión integral". Fundación Derecho y Discapacidad, 2018.

[880] *Artículo 7 bis. Ajustes para personas con discapacidad*: *En los procesos a los que se refiere esta ley en los que participen personas con discapacidad, para garantizar su participación en igualdad de condiciones, se realizarán las adaptaciones y flexibilizaciones necesarias. Dichas adaptaciones y flexibilizaciones se realizarán tanto a petición de cualquiera de las partes, como del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal.*

[881] Originariamente era el tercero pasando a ser el cuarto al añadirse la reforma de la Ley del Notariado e introducirla en el artículo tercero.

[882] En la actualidad, el Título I del Libro IV se denomina: *De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores.*

[883] Si bien el cambio de denominación del procedimiento de "incapacitación" había siendo aclamado desde hace años por la doctrina, las denominaciones propuestas fueron variadas, como sucedió también con los diferentes nombres dados por el propio legislador en los últimos años. En este sentido, *vid.* LADRÓN TABUENCA, 2012:210.

En consecuencia, debe modificarse el apartado 1 del artículo 748 LEC ya que, al reconocerse la plena capacidad jurídica de todas las personas han de desaparecer los procedimientos que versen sobre la capacidad y, en concordancia con la Convención, regularse los nuevos procedimientos relativos a la adopción de medidas judiciales de apoyo para las personas con discapacidad.

El artículo 749 LEC también se reforma para sustituir la referencia a los procedimientos de capacidad por la relativa a los de medidas judiciales de apoyos y mantener la presencia imperativa del Ministerio Fiscal, además de en estos, en todos los procedimientos que engloba el título.

La supresión del principio del mejor o superior interés debía ceder ante el promovido por la CDPD y por el propio Anteproyecto en su conjunto, basado en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona, superando así la concepción paternalista subyacente en el principio de interés superior que, además debía desaparecer para mantener la coherencia en toda la reforma propuesta ya que en la modificación de la legislación sustantiva sí se había prescindido de su uso, en lo que coincidimos con algunas opiniones vertidas en el curso de la información pública del Anteproyecto[884].

Tomando nota de las observaciones efectuadas en ese sentido, el prelegislador cambió la expresión que inicialmente figuraba al final del párrafo 1 del artículo 249[885] por la más acorde a la CDPD, señalando que "El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda de la voluntad, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que

[884] El propio CES en su informe consultivo recomendaba la eliminación de este principio al no considerarlo coherente con el resto de la modificación propuesta en el Anteproyecto hasta el punto de que la propia Exposición de Motivos cuestiona este criterio para arbitrar medidas judiciales que afecten a las personas con discapacidad. La Fundación Derecho y Discapacidad también había manifestado que la referencia del art. 749.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a que el Ministerio Fiscal velara por el interés superior de la persona afectada constituía, en lo que se refiere a las personas con discapacidad, una reminiscencia del paradigma que la Convención exige abandonar.

[885] En las primeras redacciones del Anteproyecto, se mantenía, entre otros en este último precepto, la obligación del Ministerio Público de velar durante todo el procedimiento judicial por el "interés superior" de la persona afectada y ello con independencia de que esta fuera menor o mayor de edad, olvidándose de que el interés por el que, tras la incorporación del nuevo paradigma, debía velar en el caso de procedimientos de determinación de medidas judiciales de apoyo había de ser el "interés preferido" por la persona de acuerdo con sus deseos, preferencias y voluntad o "la mejor interpretación de su voluntad" y ya no su interés superior. Desde dentro de la propia Sección Primera CGC ya había habido voces que, partiendo de la base de que uno de los principios que debe orientar y regir la nueva legislación a fin de adaptarse a la CDPD es el de la primacía de la voluntad del individuo sobre su interés superior, habían sugerido la supresión de este tipo de referencias contenidas en la parte elaborada por la Sección Procesal, Sección Quinta, de aquélla donde se aludía al mentado interés superior como guía de actuación. Como ponía de manifiesto la vocal permanente de la Sección Primera, GARCÍA RUBIO, "la cuestión sobre si el mejor interés debe o no ser un principio de actuación en relación a las personas con discapacidad es un tema controvertido, en el que discrepan los intérpretes auténticos de la CDPD y los que manifiestan la opinión del Consejo de Europa y el TEDH; también lo hacen las recientes legislaciones que han abordado la reforma de la discapacidad, pues mientras algunas lo incluyen, otras prefieren no hacerlo. En este punto la opción del Anteproyecto de Ley se sitúa en la línea indicada por la ya citada Observación General nº 1 del Comité de Expertos de la ONU de 2014, que coloca la voluntad, deseos y preferencias de la persona por encima de cualquier consideración relativa a su mejor interés. Este planteamiento de base se hace en la inteligencia de que, como regla general, es la persona con discapacidad y sólo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su interés, incluso aunque se equivoque, pues las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás. Con esta convicción, y en coherencia con lo propuesto en la parte elaborada por la Sección Civil, parece conveniente suprimir algunas referencias al interés de la persona con discapacidad que todavía se contienen en algunos de los preceptos de la parte elaborada por la Sección Procesal, donde aún se alude al mentado interés de la persona con discapacidad como guía de actuación". GARCÍA RUBIO, 2018:29-60.

participan en el proceso para valorar la posible adopción de medidas judiciales". Es decir, se tiene en cuenta lo que la persona quiere con la finalidad de evaluar la posibilidad de adoptar medidas judiciales o no y se suaviza la posibilidad de que los apoyos puedan ser impuestos en contra de lo que la persona realmente desea.

Para los demás procesos a que se refiere este título, será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea –entre otros- persona con discapacidad[886] sin establecer ningún tipo de limitación, observación o aclaración respecto a la obligada intervención del Ministerio Público en este último caso. Por eso, se podría concluir que, con independencia de la circunstancia en la que dicha discapacidad se manifieste, el Fiscal debería intervenir siempre que la persona presentase algún tipo de discapacidad, fuese cual fuese (intelectual, física o sensorial).

No es ésta, a nuestro juicio, la interpretación correcta, pues entendemos que el artículo 749-2 LEC deberá ser interpretado en el sentido de imponer la presencia del Ministerio Fiscal en los casos en que la discapacidad se evidencie para la participación en el procedimiento. Solo en estos casos consideramos preceptiva la intervención del Ministerio Público, en cumplimiento real de las funciones legalmente encomendadas[887], pues interpretarlo de otro modo podría llevar a que personas con discapacidad o discapacidades que precisasen de apoyos en otros ámbitos pero no en éste se vieran obligadas a contar con la presencia de la Fiscalía en un exceso desproporcionado e irracional de proteccionismo absolutamente innecesario[888].

Lo mismo cabría decir respecto de la reforma que se introduciría en el párrafo 3º del artículo 753 LEC, según el cual los procedimientos tramitados en ese título tendrán preferencia cuando alguno de los interesados sea persona con discapacidad; dicha preferencia procedería si el objeto del procedimiento fuera la provisión de apoyos para que esa persona con discapacidad pueda intervenir en el tráfico jurídico en igualdad de condiciones con los demás, pero no en todos los demás si no se produce ningún tipo de desequilibrio ni desventaja para aquélla.

El Anteproyecto mantiene la indisponibilidad de todos los procedimientos a los que se refiere ese Título, incluidos los relativos a la provisión de medidas de apoyo, a tenor de lo previsto en el artículo 751-1º

---

[886] Artículo 749-2 LEC.

[887] "Mediante el desarrollo de las funciones de carácter tuitivo encomendadas al Ministerio Fiscal –ya sean en el ámbito penal, actuando en defensa de las víctimas de los delitos, o en el civil, protegiendo a los menores, personas con discapacidad o desamparados-, la institución no solo cumple con los principales cometidos que el art. 124 dela Constitución Española le encomienda, sino que además, contribuye decisivamente al desarrollo del Estado Social que consagra el modelo constitucional". CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO M. , 2011:236.

[888] La Fundación Derecho y Discapacidad también ha criticado duramente la intervención del Ministerio Fiscal en todos los procedimientos señalados en este artículo por considerarlo no solo absurdo al referirse en general a todas las personas con discapacidad, precisen o no de medidas de apoyo, sino también un claro retroceso respecto a la autonomía de su voluntad cuando se requiere la conformidad del Fiscal en los casos de desistimiento (artículo 751 proyectado). También GONZÁLEZ CAMPO, 2019:474, critica esta expresión que, "(E)n lógica coherencia con la finalidad del Anteproyecto debe ser modificada la vigente expresión. No obstante, ha de entenderse, que persona con discapacidad lo será en el sentido de la reforma: los precisados de medidas de apoyo necesarias para el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica en pleno desarrollo e igualdad (vid. art. 248 ACC)".

LEC que permanece inalterado[889]. Ello significa que, habiéndose solicitado la dotación de medidas de apoyo, incluso aunque el actor hubiese sido la propia persona con discapacidad, no se podrá, en ningún caso, presentar renuncia, allanamiento o transacción y para desistir del procedimiento; además, se requerirá conformidad del Ministerio Fiscal siempre que en el mismo intervengan personas con discapacidad. Este planteamiento garantista puede, una vez más, ir en contra de una de las obligaciones que el Comité impone a los Estados a la hora de implementar el sistema de apoyos, pues como ya hemos reiterado en otras ocasiones a lo largo de este trabajo "La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento". En coherencia con lo anterior, debiera contar también con la posibilidad de disponer a su voluntad del procedimiento, especialmente si se ha iniciado a su instancia, para la provisión de unos apoyos que pudiera no querer o no necesitar tras la presentación de la solicitud.

En las primeras redacciones del Anteproyecto, no se proponía ninguna modificación del artículo 755 LEC, lo que había producido alguna crítica[890]. La CGC parece haberse hecho eco de esta y, en los trabajos sucesivos, sí ha incorporado esta reforma dando una nueva redacción al precepto que contempla la posibilidad de que el Letrado de la Administración de Justicia, cuando proceda, acuerde la comunicación de oficio a los Registros Civiles de las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos referidos en ese Título, así como también al Registro de la Propiedad cuando afecten a las facultades de administración y disposición de bienes inmuebles. Sobre el tema de la publicidad ya mencionado con anterioridad[891], todavía volveremos otra vez más adelante[892]. Ya nos hemos referido a la posible vulneración de derechos fundamentales que la publicidad de este tipo de resoluciones puede ocasionar. Aun manteniendo nuestra opinión al respecto, cabe destacar, como así lo hacen también LADRÓN TABUENCA[893] o SAN PASTOR SEVILLA que el respeto máximo al derecho a la intimidad de la persona con discapacidad a quien se refiere la sentencia o resolución judicial, junto con una cuidadosa lectura de la LOPD, obligará a que los testimonios de las mismas que se remitan a los registros públicos, incluyan simplemente el encabezado y el fallo de tales resoluciones judiciales, en línea con las nuevas tendencias en este sentido[894].

La rúbrica del Libro IV, Título I, Capítulo II de la Ley de Enjuiciamiento Civil se modifica sustituyendo los hasta ahora denominados procesos sobre la capacidad de la persona por los nuevos "Procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad y sobre declaración de prodigalidad", procedimiento éste que se desvincula del anterior regulándose separadamente.

---

[889] Artículo 751-1º LEC: *Indisponibilidad del objeto del proceso 1. En los procesos a que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción.*

[890] Esto había sido criticado, entre otros, por el CGPJ. Este organismo sugería en su informe que debería modificarse el artículo 755 LEC para acomodarlo al 300 CC proyectado, de manera que se previese la comunicación de oficio de las sentencias y resoluciones judiciales dictadas en los procedimientos de provisión de apoyos no solo al Registro Civil sino también a los Registros de la Propiedad cuando afectasen a la capacidad de administración y disposición de inmuebles.

[891] *Vid.* nota[569] o Epígrafe *3.1.2.1.4. Disposiciones comunes. Publicidad*, de este trabajo.

[892] *Vid.* nota[952] o nota[969]

[893] LADRÓN TABUENCA, 2012:218.

[894] SAN PASTOR SEVILLA, 2018:214.

En las primeras redacciones del Anteproyecto, se mantenía en todo caso el procedimiento contencioso tradicional en el que la persona con discapacidad aparece como demandada, salvo que ella misma sea la promotora de aquél, y ello incluso aun cuando siendo otro el demandante, no existiere controversia entre las partes. Este tipo de "puesta en escena" había sido criticado por considerarlo poco apropiado para la materia propia del procedimiento[895].

Sobre este aspecto resultaba mucho más innovadora la propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil presentada por la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad del Real Patronato sobre Discapacidad en el año 2012 en la que se establecía la tramitación del procedimiento sobre provisión de apoyos mediante un Expediente de Jurisdicción Voluntaria y, solo para el caso de que hubiese oposición, se reconducía al procedimiento contencioso[896].

En efecto, el Expediente de Jurisdicción Voluntaria parece lo más acorde con un procedimiento en el que, de entrada, no existen partes enfrentadas ni controversia, sino una solicitud voluntaria o cuya resolución, en todo caso, ha de responder a la voluntad de la parte interesada otorgándole aquellos apoyos que, en su caso, pudiera precisar.

El cambio de formato de este tipo de procedimientos había sido reclamado desde hace tiempo por representantes principalmente de asociaciones de defensa de las personas con discapacidad y otras entidades[897] pues el "enfrentamiento judicial" al que se ven sometidos familiares tan próximos actuando unos como demandantes y otro como demandados[898] ha sido una de las causas que ha dificultado o impedido el acceso principalmente de los familiares de las personas con discapacidad a los tribunales en búsqueda

[895] SAN PASTOR SEVILLA, 2018:218, destaca que las peculiaridades o la especialidad de este procedimiento es de tal magnitud que considera que, en realidad, "hemos de olvidarnos del proceso civil" "Hemos de olvidarnos de principios tan arraigados en el ámbito procesal civil, como los relativos al *onus probandi* o carga de la prueba, al de rogación, al de la santidad de la cosa juzgada, al de configuración del objeto procesal y la disponibilidad de las partes respecto al mismo, al de congruencia y a un largo etc… Otro tanto ocurre con el entorno. En efecto, dadas las circunstancias personales de carácter físico y psíquico de estos demandados es recomendable cuidar de manera especial el entorno comenzando por la accesibilidad desde la vía pública al edificio y, por supuesto, en el interior de éste, modificando incluso la distribución y mobiliario de las salas de vistas. Todo ello redundaría en una mayor comodidad y permitiría, al tiempo, ofrecer una sensación de mayor cercanía e intimidad al demandado e, incluso, a familiares, para los que suele suponer un momento extremadamente duro.

[896] *Artículos b y c del Libro IV. Título 1. De los procesos de provisión judicial de apoyos de las personas con discapacidad para garantizar el pleno ejercicio de su capacidad*, de la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, 2012, Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En: notariosyregistradores.com Disponible en: https://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-PropuestaModificacionCCLEC.pdf, pág. 99

[897] *Vid.,* por ejemplo, las conclusiones a las IV Jornadas sobre discapacidad intelectual y Derecho, organizadas por la Fundación Aequitas, en FUNDACIÓN AEQUITAS, 2005:404. Otra de las reivindicaciones ha sido el cambio en las formas a fin de hacer más accesible la justicia y el procedimiento a determinadas personas con discapacidad prescindiendo para ello de: togas, estrados, etc. No se ha logrado este cambio. El Anteproyecto no hace mención alguna a esta posibilidad.

[898] Entre las conclusiones del 1 Congreso andaluz sobre Discapacidad Intelectual "Capacitando la Discapacidad" celebrado en noviembre de 2006 en la ciudad de Jaén, se destacaba que este tipo de procesos ofrecían situaciones no deseables, resaltando que la propia terminología "demandante" y "demandado" se estaba utilizando para una situación que no respondía a la realidad que revela convirtiendo así en un "conflicto entre partes" lo que en absoluto era así. APROMSI/UNIVERSIDAD DE JAÉN, 2006:262.

de medidas de protección[899]. Por eso y por la mayor agilidad que conlleva parecía más acorde establecer el expediente de jurisdicción voluntaria para la provisión de apoyos como procedimiento idóneo para la provisión de apoyos.

No era de extrañar, pues, que el mantenimiento inicial del procedimiento contradictorio fuera objeto de crítica desde diferentes sectores[900]. La Sección Procesal de la CGC parecería haberse hecho eco de esta, al haber modificado sus primeras propuestas respecto al artículo 756 LEC[901]; así, en la redacción dada en enero de 2019 distinguiría dos situaciones

[899] LAFUENTE TORRALVA, 2012:125-126, advierte que la naturaleza contenciosa del procedimiento actual de incapacitación es la que provoca más reticencia de los familiares a la hora de acudir a los tribunales y solicitar la incapacitación. En el mismo sentido, PESQUEIRA ZAMORA, 2018:232-233, pone en evidencia la perplejidad que causa un procedimiento contradictorio en el que, tradicionalmente, figura como demandante el familiar de la persona a incapacitar –en el nuevo sistema sería aquella sobre la que se fueren a disponer medidas de apoyo- y como demandada aquélla a incapacitar –en el sistema proyectado, aquella para quien se piden las ayudas. Este diseño procedimiental ha venido levantando reticencias entre los familiares que, normalmente, terminan acudiendo al Ministerio Fiscal para que sea éste quien interponga la demanda de incapacitación –en el nuevo sistema sería la demanda de provisión de apoyos. Por este motivo, no parece muy acorde al nuevo paradigma el mantenimiento de un procedimiento judicial con "demandantes" y "demandados" según ese perfil tradicional. Por otro lado, esta autora también ha destacado la instrumentalización que, en la actualidad, se viene realizando del procedimiento de incapacitación, ahora mal llamado de modificación de la capacidad. Se refiere a que la exigencia legal de que en la demanda se exprese la causa sobre la que se interesa la incapacitación –esto es, la enfermedad de carácter psíquico que impida a la persona autogobernarse- pero no el motivo por el que se pretende tal fallo. En la práctica esto genera que lo que realmente se busca con el procedimiento actual no es la protección de la persona "incapacitada" sino la resolución a múltiples y variadas cuestiones como: el ingreso en un centro; la obtención de una renta o pensión, etc. Por eso propone seguir la teoría de la doble vía creada por SANTOS URBANEJA, según la cual, la primera vía se seguiría para la evaluación de la necesidad de apoyos. En este caso, el procedimiento sería sencillo, concreto y flexible para la dotación de apoyos en asuntos concretos, proponiendo el cauce de la jurisdicción voluntaria. La segunda vía justificaría el planteamiento del procedimiento de modificación/determinación de la capacidad y provisión de apoyos en aquellas ocasiones donde la intervención del juez para la autorización de actos fuese continua. En términos parecidos a este fiscal, se muestra la Magistrada ELÓSEGUI SOTOS, 2010:247 quien, tras exponer sucintamente los tipos o perfiles de personas para las que habitualmente se solicita la "incapacitación judicial" y los motivos para ello, invita a la reflexión acerca de si realmente el procedimiento es necesario para los fines que se pretenden conseguir con ello y si realmente beneficia a la persona, y concluye que solo habría de acudirse al mismo si con ello se obtuviesen medidas apropiadas para mejorar y apoyar a la persona concernida, mostrándose partidaria de mantener la guarda de hecho si existiese y fuese suficiente.

[900] El Consejo Fiscal mantenía también que el idóneo sería el Expediente de Jurisdicción Voluntaria. El CES asimismo criticaba en su informe el mantenimiento en el artículo 757 LEC del procedimiento contradictorio. Este organismo consideraba que, aunque dicho procedimiento garantiza el derecho de defensa, mucho más acorde con el nuevo sistema de provisión de apoyos sería su tramitación mediante un expediente de jurisdicción voluntaria. En opinión del CES, en el procedimiento contradictorio, la persona se convierte en el objeto de estudio de un proceso que debate aún sobre su capacidad, concepto ya superado desde el momento en que se ha reconocido la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad al igual que las demás. Este expediente de jurisdicción voluntaria debiera adoptarse, añade, con criterios más amplios debiéndose recabar opiniones diversas incluidas las de la propia persona con discapacidad afectada por las medidas. Por ello, según el CES, para adoptar las medidas de apoyo, habrían de considerarse de forma especial las aportaciones de la propia persona de manera que pudiera conocerse su voluntad y sus preferencias y donde la autoridad judicial pudiese recabar cuanta información considerase de interés para ello más allá de la mera pericial médico forense. Y todo, sin perjuicio de que el procedimiento deviniese en contencioso de plantearse oposición durante la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria.

[901] Para GONZÁLEZ CAMPO, 2019:476, el artículo 756 LEC del Anteproyecto es el de mayor crítica pues considera que, en una reforma tendente a la adaptación —también procesal— de nuestro ordenamiento jurídico —también el procesal— a la Convención de 2006, bien sería dable que se contuviera un contenido mínimo sobre tales medidas y motivos para su adopción no ya en el propio texto procesal sino, al menos, como en el régimen vigente en el derecho sustantivo que provoca tal norma procesal. Sin embargo, según LEGEREN MOLINA, 2019:186, "si diversas son las personas con discapacidad, diversos y variados habrán de ser los apoyos. Ello permite una mejor adaptación a la situación de cada persona, aun cuando genere un ámbito de incertidumbre ya que no cabe —o, por lo menos, no es lo que se pretende— acudir a un conjunto de apoyos "prediseñado" que se apliquen de manera automática y en serie", opinión

diferentes respecto a aquellos supuestos que, conforme a lo establecido en el Código Civil, requerirían del nombramiento de curador: aquellos casos en que hubiera oposición [902] se tramitarían por vía contenciosa a través del procedimiento del juicio verbal; y aquellos otros, donde no hubiera tal oposición, se tramitarían según lo dispuesto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Según la Exposición de Motivos en esta nueva redacción, se trata de una reforma ambiciosa que opta por el cauce de la jurisdicción voluntaria cuando no haya oposición a la provisión de medidas judiciales de apoyo, considerando de manera esencial la participación de la propia persona con discapacidad, facilitando que pueda expresar sus preferencias e interviniendo activamente, y donde la autoridad judicial interese la información precisa, ajustándose siempre a los principios de necesidad y proporcionalidad. Todo ello, sin perjuicio de que, cuando proceda por la existencia de oposición, el procedimiento se transforme en uno contradictorio, derivación que, en nuestra opinión, resultaría absolutamente improcedente, especialmente si el motivo de ésta fuese la negativa de la propia persona supuestamente beneficiada a aceptar las medidas de apoyo pues, como se ha reiterado repetidamente, dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad se encuentra también su derecho a rechazarlas por lo que, en este caso, procedería el archivo del procedimiento, sin más.

No es este, sin embargo, el único motivo que encontramos de discrepancia con este giro del Anteproyecto respecto a la regulación actual. Ya hemos reflexionado sobre las enormes reticencias que, tradicionalmente han generado este tipo de procedimientos contradictorios en los que los familiares más próximos en su calidad de legitimados activamente, aparecen como "demandantes" frente al legitimado pasivo, "presunto incapaz", que figura como "demandado"[903]; por ello, reconducir este tipo de expedientes de jurisdicción voluntaria a procedimientos contenciosos, nos parece un retroceso doloroso para los familiares y las personas con discapacidad implicadas, pero además innecesario; y ello porque, si atendemos a lo previsto en el apartado 3 de la vigente Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de reforma parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil[904], la oposición de algún interesado en todas las actuaciones judiciales reguladas en los vigentes Títulos IX y X del Libro I del Código Civil, excepto las declaraciones de incapacitación y de prodigalidad, se ventilarán en el mismo expediente; esto es, no cabe la derivación a un procedimiento contencioso. Se evitan de esta manera los

---

con la que estamos de acuerdo.

[902] Los motivos de oposición se verían drásticamente limitados, según veremos más adelante, desde el momento en que se defiende que el procedimiento es voluntario para la persona que solicita las medidas de apoyo. Por eso, opinamos que quedarían reducidos a discrepancias existentes entre las partes cuando la persona para quien se solicitan las medidas no haya sido la promotora del procedimiento ni tampoco se oponga al mismo, ya que en este último caso procedería el archivo sin más. Se nos ocurre, por lo tanto, que las discrepancias pudieran encontrarse entre los demás legitimados en el procedimiento, respecto del alcance de las medidas interesadas por el promotor del mismo; o respecto al hecho relativo a la existencia de la propia discapacidad para la dotación de las medidas de apoyo.

[903] *Vid.* nota[899]

[904] Que establece literalmente: *Con excepción de las declaraciones de incapacitación y de prodigalidad, las demás actuaciones judiciales previstas en los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil se ajustarán al procedimiento previsto para la jurisdicción voluntaria, con las siguientes particularidades: 3ª La oposición de algún interesado se ventilará en el mismo procedimiento, sin convertirlo en contencioso.*

formalismos propios de un procedimiento contencioso y, sobre todo, se disipan las reticencias anteriormente mencionadas. Teniendo en cuenta que ya no existirá ni juicio de valoración de la capacidad de la persona ni la consiguiente declaración de "incapacitación", porque ya nadie es incapaz, y el objeto del proceso pasa a ser la dotación de apoyos para quien los necesita y quiere, ya no tiene ningún sentido dirigirse a un procedimiento donde, en realidad, la controversia será sobre una cuestión accesoria pues quedará circunscrita a la determinación exacta de la medida a adoptar o a la acreditación de la condición de discapacidad, cuestiones ambas en las que difícil será vislumbrar que el interés de cualquiera de los legitimados distintos de las personas con discapacidad para quien se pretende el apoyo esté por encima de éste en el procedimiento[905]. Por tanto, con mayor motivo ahora, dada la materia a la que quedan circunscritos este tipo de procedimientos, el cauce a seguir debiera seguir siendo el expediente de jurisdicción voluntaria.

También la redacción dada al Anteproyecto en enero de 2019 cambia el párrafo segundo del artículo 756 LEC proyectado para recoger de forma expresa dentro del ámbito de aplicación de ese Capítulo a los procedimientos sobre prodigalidad.

La redacción inicial del proyectado artículo 756 LEC [906] fue modificada para fijar más concretamente el ámbito de aplicación del procedimiento, pero incurriendo en una clara omisión[907] que fue detectada y puesta de relieve, entre otros, por el CGPJ en su informe consultivo. Nos referimos al olvido de la declaración de prodigalidad y, en general, de todos aquellos casos en los que el expediente se tornase contradictorio o el procedimiento tuviera o debiera tener ese carácter. El precepto fue objeto de debate dentro de la CGC que, finalmente, subsanó este olvido incluyendo expresamente dentro del ámbito de aplicación de estos procedimientos, los relativos a la prodigalidad.

Otra de las novedades del artículo 756 proyectado las encontramos en su actual apartado 4 -inicialmente párrafo 3- que determina que en caso de nueva residencia de la persona a la que se refiere el proceso, se remitirán las actuaciones al juzgado correspondiente de este lugar, siempre que no se haya celebrado aún la vista. Esta reforma constituye una clara excepción al principio de *perpetuatio iurisdictione* y responde a la tendencia jurisprudencial más reciente[908] que ha buscado acercar el tribunal a la persona a quién se

[905] LADRÓN TABUENCA, 2012:213-214, sin embargo, considera que debiera mantenerse el carácter contencioso de los procesos "cuyo objeto sea determinar el grado de capacidad y los apoyos que requiera una persona, para asegurar siempre el pleno ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva. Y ello, pese a reconocer lo complejo de esta situación y que en muchas ocasiones en estos procesos, dependiendo del grado de discapacidad, el conflicto entre las dos partes procesales demandante-demandado es una ficción, dada la imposibilidad de conocer la voluntad de la persona en casos especialmente graves, y la palmaria necesidad de establecer un régimen de guarda y protección en su beneficio". Para esta autora, el procedimiento judicial de provisión de apoyos iría unido de forma inherente al de determinación del grado de capacidad; es decir, admite tácitamente la restricción de la capacidad jurídica proscrita por la Convención, tal como ha declarado su Comité.

[906] Artículo 756. *Ámbito de aplicación y competencia. 1. La adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad sólo procederá si tales medidas no se hubieran establecido con carácter previo por el propio interesado, o las establecidas no se consideraran válidas o suficientes.*

[907] El párrafo primero del artículo 756 se redactaba en aquel momento así: *1. La adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad procederá en aquellos supuestos en los que, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de curador.*

[908] ATS de 11 de septiembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:8779A), con cita de los de 13 de abril de 2010, 8 de febrero, 14 de junio y 22 de noviembre de 2011, y 17 de abril y 3 de junio de 2012. Se zanja, pues

proveerán medidas de apoyo, según se explica en la Exposición de Motivos del Anteproyecto. Se busca, de este modo, facilitar el acceso a la justicia a la persona con discapacidad, mandato, por otra parte, derivado también de la previsión del artículo 13 de la CDPD[909]. A ello contribuiría también, sin duda, la aclamada especialización de los juzgados en esta materia[910].

Esta misma norma será de aplicación para el conocimiento de los incidentes de modificación de alcance de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas, a tenor de lo previsto en el artículo 761-1 LEC proyectado.

En cuanto a quien debe manifestar la consideración de que las medidas voluntarias son insuficientes o válidas, nada de establece; pero si

---

una antigua polémica jurisprudencial entre aquellos partidarios de mantener el principio *perpetuatio iurisdictione*: ATS de 28 de septiembre de 2006 (RJ 2007/6727); ATSJ Aragón de 14 de junio de 2006 (RJ 2006/ 6947); AAP Madrid (Sección 22ª) de 2 de febrero de 2010 (JUR 2010/186040); AAP La Rioja de 6 de junio de 2006 (JUR 2006/191925), que consideraban fijada definitivamente la competencia en el momento de presentarse la demanda, sin que los ulteriores cambios de domicilio puedan alterarla; y quienes entendían que lo prevalente era facilitar el examen judicial del presunto incapaz o que se trataba de permitir un mejor acceso de los órganos judiciales al mismo a efectos de su reconocimiento, de modo que debería atenderse al lugar de la residencia actual, sin que rija en este ámbito la regla de perpetuación de la jurisdicción. Para entender debidamente esta segunda postura debe tenerse en cuenta, según LAFUENTE TORRALVA, 2012:128 que, como prueba preceptiva e inexcusable, el juez debe examinar por sí mismo al presunto incapaz (art. 759.1 LEC): se extrema la necesidad de inmediación, vedando la posibilidad de delegar este acto de prueba en jueces distintos del que ha de resolver sobre la incapacidad y quedando excluida, por tanto, su práctica mediante exhorto Ésta es la tesis por la que últimamente parecía inclinarse el Tribunal Supremo en las cuestiones de competencia sometidas a su decisión: *vid.*, entre otros, sus Autos de 12 de enero de 2010 (ROJ: ATS 41/ 2010), 2 de febrero de 2010 (ROJ: ATS 4375/ 2010), 11 de mayo de 2010 (ROJ: ATS 7131/ 2010) y 11 de enero de 2011 (ROJ:ATS 569/ 2011). El Alto Tribunal, para justificar la inaplicación del art. 411 LEC y el cambio sobrevenido de competencia en favor de los juzgados del nuevo domicilio, suele invocar el art. 13 de la Convención de las Naciones sobre derechos de las personas con discapacidad, en cuya virtud los Estados Partes deben asegurar el acceso del discapacitado a la justicia para facilitar su participación efectiva en el proceso, llevando a cabo los ajustes procedimentales que sean precisos. Desde el Ministerio Fiscal también se propugna este criterio, al entender que «la interpretación que debe darse al art. 756 LEC, es la de determinar la competencia siempre a favor del lugar de residencia de la persona a la que se refiera la declaración que se solicite, siendo una excepción, y sin que se produzca el efecto prevenido en el art. 411 LEC de la *perpetuatio iurisdictionis*». Es decir, se trata de garantizar el acceso a la justicia de la persona con discapacidad más que de garantizar el acceso de la autoridad judicial a ésta, como indica LAFUENTE TORRALVA, autor que ya reclamaba una solución legislativa a fin de solventar la incertidumbre e inseguridad jurídica que provocaba tal dispersión de criterios y que, por su parte, proponía una solución ecléctica situada entre las dos posturas jurisprudenciales absolutamente discrepantes. Esta solución sería la flexibilización de la *perpetuatio iurisdictionis*, pero siempre que se cumpliesen determinados criterios que justificasen la inhibición de unos juzgados a favor de aquellos correspondientes a la residencia de la persona con discapacidad. Entre estos criterios, se encontraba que no existiese la posibilidad de celebrar el examen judicial mediante videoconferencia o que, por las circunstancias del caso no fuese necesario. Desde nuestro punto de vista, no cabe la práctica de esta prueba o de la entrevista personal por la que el Anteproyecto la sustituye, a través de este medio por el cual resultan inadvertidos multitud de detalles para el juez que pueden ser verdaderos indicadores de la situación real de la persona con discapacidad como olores, espacios donde habita la persona –en el caso de que la prueba se practique en su domicilio- u otros detalles que suelen pasar desapercibidos mediante una videoconferencia.

[909] Las reglas de atribución de la competencia no pueden operar sin tener en cuenta la especialidad de esta materia. No se trata de un litigio cualquiera que comporta el efecto prevenido en el art. 411 LEC, en relación a la «jurisdicción inamovible», sino que esta norma da lugar a algunos inconvenientes como el traslado de domicilio de presunto incapaz durante el proceso, situación muy frecuente cuando hablamos de personas que acostumbran a seguir tratamientos no siempre en el mismo lugar y que en función del desarrollo de la enfermedad están en una u otra ubicación. PESQUEIRA ZAMORA, 2018:220. Añadimos nosotras otros factores que influyen sobre la movilidad de estas personas como los ingresos residenciales de personas mayores o personas con discapacidad, especialmente cuando ocupan plazas públicas no sujetas a su libre elección sino a la disponibilidad en uno u otro centro público o concertado, por ejemplo.

[910] Prueba de este clamor encontramos en LAFUENTE TORRALVA, 2012:127; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2011:73; GANZENMÜLLER ROIG, 2015:121; SAN PASTOR SEVILLA, 2018:218; o PESQUEIRA ZAMORA, 2018:218

atendemos al artículo 757 LEC, podría entenderse que los legitimados para presentar demanda serían quienes podrían hacer ese juicio de valor o, en su defecto, el Ministerio Fiscal ante quien cualquiera podría personarse para informar de la invalidez o insuficiencia de aquéllas según expresamente recoge su párrafo tercero.

Este último precepto incluye en su apartado segundo una obligación para el Ministerio público: la de presentar demanda de provisión de apoyos a la persona con discapacidad si recibe información de que ésta pueda encontrarse en situación de necesitarlos. El precepto dice que "debe", en esos casos, presentar demanda y, una vez más, nos encontramos con que, según la redacción del artículo, pareciera que la obligación impuesta a la Fiscalía pudiera estar por encima de la voluntad de la persona, incluso en contra de los deseos y preferencias de esta; es decir, aunque no los quisiese o rechazase, si el Ministerio Público considerase que la persona necesita de esos apoyos, la demanda habría de presentarla igualmente[911], lo que no parece casar bien con el espíritu de la CDPD ni con las recomendaciones de su Comité. En estos casos sería más apropiado que la Fiscalía incoase Diligencias Informativas a fin de averiguar la voluntad, deseos y preferencias de la persona y realizar una labor de información y asesoramiento sobre la posibilidad de solicitar medidas de apoyo, de ser necesario. Para ello, el Ministerio Público, debería contar con los medios precisos para poder realizar esta labor y comunicarse con la persona con discapacidad, de modo que pudiera garantizarse la comprensión entre ambas partes. Solo después de todo ello, si la conclusión de las Diligencias Informativas diese como resultado que la persona con discapacidad desearía contar con tales apoyos, estaría legitimada la Fiscalía para la presentación de la correspondiente demanda redactada según lo deseado por la beneficiaria de las medidas.

Se mantiene el deber para funcionarios públicos de comunicar de oficio la circunstancia de que alguien pudiera encontrarse en situación de necesidad de apoyos, al igual que actualmente se establece cuando los funcionarios detectan que una persona puede estar incursa en causa de incapacidad. Sin embargo, tampoco en la reforma presentada se prevé ningún tipo de consecuencia para el caso de que esa información obligatoria no se comunique por los funcionarios públicos al Ministerio Fiscal, con lo que es esperable que, como hasta ahora, en contadas ocasiones se produzca[912].

En cuanto a la legitimación activa se mantiene la misma que actualmente existe para los procedimientos sobre la capacidad de las personas, esto es: la propia persona interesada, ascendientes, descendientes, cónyuge o pareja asimilable, no separada de hecho y hermanos.

---

[911] Este punto también fue motivo de crítica para la Fundación Derecho y Discapacidad, para quien el Ministerio Fiscal ha de velar por el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona; lo que conllevaría la desaparición de la obligación del Ministerio Público de promover el proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo si los restantes legitimados no lo promueven, pues no tendrá por qué hacerlo si la persona interesada manifiesta su voluntad de no tener apoyos; por tanto, en sus aportaciones al Anteproyecto inicial sugerían que la expresión "deberá promover" fuese sustituida por "podrá promover", sugerencia que no fue acogida en la versión de enero de 2019.

[912] Para LAFUENTE TORRALVA, 2012:131, es mejor que estos funcionarios no comuniquen esta situación porque, según su opinión, la existencia de causa de incapacitación no debe dar lugar al inicio de un procedimiento de incapacitación, especialmente cuando la persona está perfectamente protegida. Por ello considera que este artículo debía ser modificado en el sentido de añadirle la necesidad de concurrencia de otro requisito: el desamparo.

Sobre el aspecto relativo a la legitimación activa, la propuesta articulada de la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad del Real Patronato sobre Discapacidad resultaba también más innovadora, al añadir a los ya mencionados, los parientes colaterales hasta el cuarto grado, en ausencia de los demás parientes activamente legitimados, así como a "las entidades de atención o promoción de derechos de las personas con discapacidad y los responsables o directores de los centros o servicios dirigidos a las mismas que tengan conocimiento de la situación de personas que precisasen de la determinación de apoyos, cuando la persona con discapacidad afectada sea atendida por la misma; al fin y al cabo muchas veces estas entidades, responsables o directores de dichas instituciones o servicios son los mejores conocedores de las necesidades y de la voluntad de las personas con discapacidad a quienes prestan servicios o atención[913]. Creemos que esta ampliación de la legitimación activa sería positiva, siempre y cuando no se pierda de vista que todo el procedimiento ha de estar apoyado sobre la voluntad de la persona. En efecto, sabemos que en numerosas ocasiones los responsables de los centros o de las entidades al servicio de las personas con discapacidad, muy particularmente las fundaciones tutelares, son quienes mejor conocen las necesidades y voluntad de la persona, pues en no pocas ocasiones sus propios familiares se desentienden de ellas o presentan importantes conflictos de intereses. Por ello, la restricción de la legitimación activa puede limitar el acceso de la propia persona con discapacidad a los apoyos que precisa para el ejercicio de su capacidad jurídica pues si ella no los solicita y sus parientes tampoco ni lo comunican a la Fiscalía, la persona se quedará sin medidas que la asistan en la toma de decisiones. Si la legitimación activa se ampliase en el sentido expuesto, las propias entidades podrían ser parte en el procedimiento aportando no solo datos y testimonios sino proponiendo la práctica de pruebas que justifiquen la dotación de las medidas interesadas para la persona con discapacidad. A la vista de todo ello y, teniendo en cuenta la voluntad de la persona, el juez resolvería.

Particularmente, se echa de menos la ampliación de la legitimación activa al guardador de hecho, que suele ser precisamente la persona de confianza de la persona con discapacidad y quien mejor conoce sus deseos, necesidades y preferencias. El interés del guardador de hecho en ser legitimado activamente para solicitar el nombramiento de un curador a la persona bajo su guarda puede encontrarse en la imposibilidad del propio guardador de seguir asistiendo a la persona; en la necesidad de apoyo continuado de la persona guardada para realizar múltiples actos que requieran representación, de modo que la guarda se volvería insuficiente; o, también, en el propio deseo de la persona bajo guarda de ser sometida a curatela, sin perjuicio de que quien resulte designado curador sea o no quien haya desempeñado la guarda de hecho.

[913] Esta misma crítica fue también realizada por el CES en su informe consultivo. Entre la doctrina, también PESQUEIRA ZAMORA, 2018:221-222, se muestra partidaria de una ampliación "razonable" de la legitimación activa, haciéndola extensiva a asociaciones, fundaciones, servicios sociales, que trabajan todos ellos con personas que padecen discapacidades y que son perfectamente conocedoras de las necesidades del incapaz.

Por último, como novedades, el artículo introduce la obligación de dar traslado a quien, en su caso, haya sido propuesto en la demanda como curador, a fin de que presente alegaciones al respecto, aspecto que valoramos positivamente no solo por razones de economía procesal sino porque, desde el primer momento, se podrán conocer razones que servirán a la autoridad judicial para valorar la idoneidad de quien inicialmente pudiera ser llamado para el ejercicio del cargo. Además, también se admite la intervención, a su costa, de cualquiera de las personas legitimadas para presentar la demanda de provisión de apoyos o quienes acrediten un interés legítimo.

El proyectado artículo 758 LEC preveía en su redacción original la obligación del Juzgado, concretamente del Letrado de la Administración de Justicia, de recabar certificado del Registro Civil sobre las medidas de protección inscritas. Para algunos[914], debiera, además, recabarse certificación del Registro de la Propiedad y, en general, de todos los registros públicos que se establezcan para dotar de la debida publicidad al sistema de apoyos, voluntaria o judicialmente dispuestos. La Sección Quinta de la CGC acogió esta observación al incorporar en la nueva redacción del párrafo 1 del artículo 758 LEC proyectado la obligación de recabar certificado del Registro Civil pero también de los demás Registros públicos. Nuestra opinión es que la inscripción en los Registros públicos debiera ser lo más restrictiva posible pues, como ya se ha expuesto, podría vulnerar algunos derechos fundamentales de la persona con discapacidad[915], como su derecho a la intimidad. La exposición pública de la discapacidad puede convertirse en un elemento estigmatizante para la persona e incluso innecesario. Además, esta medida puede ser desproporcionada, pues habrá que estar al apoyo concreto que se solicita en el procedimiento en cuestión para determinar si realmente es necesario que se expidan certificado de todos los registros públicos para su unión al procedimiento, ya que puede suceder que la medida concreta que se interese no tenga relación alguna con los bienes o derechos inscritos en cada registro[916].

Para el caso de que la persona con discapacidad demandada en un procedimiento de provisión de apoyos no se hubiese personado dentro del plazo de contestación a la demanda[917], se prevé también el nombramiento de defensor judicial (artículo 758-2 LEC en la versión proyectada). Una vez nombrado, el defensor judicial contará con un nuevo plazo de veinte días para contestar a la demanda. Se trataría de la versión procesal de la figura del defensor judicial[918], coincidiendo con la función que también le otorga el

[914] CGPJ.

[915] Especialmente si la inscripción de la sentencia es literal y no en extracto al modo referido anteriormente por SAN PASTOR SEVILLA, 2018:214. *Vid.* [894].

[916] Por ejemplo, si se trata de averiguar si la persona ha otorgado algún tipo de medida de carácter voluntario nombrando un curador para que le represente en la esfera personal de cara, por ejemplo, a un internamiento en un centro, consideramos que no tiene ningún sentido recabar un certificado de un registro de la propiedad o mercantil para resolver una autorización judicial de ingreso; mucho menos sentido tiene directamente el inscribirlo en tales registros.

[917] Esta circunstancia no aparece incluida expresamente entre las previstas para el nombramiento de defensor judicial ni en el artículo 293 proyectado ni en el 249 del mismo Anteproyecto. Se trata de un nombramiento de carácter claramente temporal con una finalidad procesal. Aunque no aparece reflejada expresamente, esta circunstancia pudiera entenderse implícitamente incluida dentro de las del apartado 1 del artículo 293 CC, como necesidad de apoyo ocasional de la persona durante el procedimiento judicial.

[918] Tradicionalmente la *ratio legis* del nombramiento del defensor judicial consiste en suplir o integrar la capacidad procesal de los hijos menores de edad no emancipados o de las personas con capacidad

ordenamiento jurídico en vigor para los casos en los que, promovido el procedimiento de modificación de la capacidad, la demandada no se hubiere personado en tiempo y forma.

Con la nueva configuración de la figura del defensor judicial cabría preguntarse si el mismo que ha sido nombrado para la función meramente procesal a la que nos acabamos de referir, pudiera ser igualmente nombrado como figura de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica en el mismo procedimiento, de considerarse que la medida de apoyo idónea para la persona con discapacidad a quien finalmente se le asigne, es justamente la figura del defensor judicial. Resulta un tanto extraña la situación, puesto que, en realidad el procedimiento al que se refiere el artículo 756 LEC proyectado está previsto para aquellos casos en los que se prevea el nombramiento de curador. Esto nos hace plantearnos la cuestión de si sería posible que, durante la tramitación de este procedimiento, se concluyese que la medida pertinente a adoptar fuera la figura del defensor judicial, por considerarse que el apoyo solo sería necesario para situaciones ocasionales, aunque pudieran ser recurrentes. Teniendo en cuenta el principio según el cual "quien pide lo más, pide lo menos", la respuesta debiera ser afirmativa y, por ende, podría darse la circunstancia de que, quien hubiera actuado como defensor judicial procesal también fuera designado defensor judicial como medida de apoyo; pero también cabría admitir, en ese supuesto, que este último nombramiento recayese sobre otra persona. Para el caso de no entender posible que el procedimiento contencioso del artículo 756 LEC proyectado fuera válido para designar como medida de apoyo un defensor judicial, cuya designación debiera hacerse mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, invocando la excepción procesal de inadecuación de procedimiento y, de entender la autoridad judicial que tampoco cabría el nombramiento de curador, entonces la solución debería ser la desestimación de la demanda, a tenor de lo previsto en el artículo 423-3 *in fine* LEC en relación con el artículo 416-4 y 443, también de la LEC.

Retomando nuestros comentarios sobre el artículo 758-2 LEC proyectado, entendemos que se pretende con éste evitar la declaración de rebeldía de la persona con discapacidad[919] lo que, bajo nuestro punto de vista, vendría a confirmar que el Anteproyecto podría contemplar la posibilidad de imponer medidas de apoyo con carácter imperativo o, al menos, sin oposición manifiesta de la persona a quien se adjudicarán[920].

El apartado final de este artículo avanza en la redacción de enero hacia la consecución de la plena participación de la persona destinataria de las medidas en el procedimiento. Se impone ahora una nueva obligación al Letrado de la Administración de Justicia, al exigirle que lleve a cabo las actuaciones necesarias –sin precisar cuáles- para que la persona afectada

---

modificada judicialmente que tengan intereses contrapuestos a los de sus padres. El defensor judicial es, pues, un órgano eventual e intermitente de representación y amparo de los menores y personas con capacidad modificada judicialmente de acuerdo con los arts. 7.2 y 8 LEC. LIÉBANA ORTIZ & PÉREZ ESCALONA, 2015:228, nota[27] con cita a RAMOS MÉNDEZ, Derecho Procesal Civil, Vol. II, Barcelona 1992:1299 y PRIETO CASTRO, Derecho Concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1986:193.

[919] Lo que, a criterio del CGPJ resulta inconcebible desde el respeto del derecho de defensa.

[920] Quizá, por ello, el CGPJ no deja de advertir sobre la necesidad de que la persona a quien se dirige la demanda comparezca personalmente en el procedimiento, por cuanto con ella habrán de entenderse los trámites del reconocimiento judicial, de las audiencias preceptivas y de la emisión de los informes facultativos y cuantos fueren pertinentes.

comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del procedimiento. Entre estas actuaciones se nos ocurren la posibilidad de incorporar las diligencias, notificaciones y demás trámites procesales en formato de lectura fácil[921] o la utilización de un lenguaje de fácil comprensión; el uso de pictogramas; la asistencia de un facilitador, etc., pero también otros de tipo ambiental que resten formalismo a los trámites a realizar en el procedimiento como retirada de togas, audiencia fuera de estrados, ralentización de los tiempos de práctica de pruebas, etc. Al no concretar el precepto, consideramos que cabrían cualesquiera ajustadas al caso concreto que, efectivamente, sirvieran a la finalidad de facilitar el acceso y la participación de la persona en el procedimiento.

La nueva reforma planteada en el artículo 759 LEC también regula la práctica obligada de ciertas pruebas[922]. El precepto también ha sido objeto de modificación por parte de la propia Sección Procesal de la CGC, puesto que su redacción originaria no había estado exenta de críticas.

Las pruebas que, a tenor del precepto, han de practicarse preceptivamente serán: en primer lugar, el reconocimiento de la propia persona con discapacidad[923].

En segundo lugar, se contempla obligatoriamente, la audiencia de cónyuge o pareja de hecho asimilable y de los parientes más próximos; respecto a esta cuestión, cabe indicar que en el caso de matrimonios o parejas de hecho, esta audiencia solo se dará siempre que no exista separación legal o separación de hecho. Por otro lado, cumple señalar que, según el mismo precepto establece en su apartado 2, si la demanda se hubiere presentado por la propia persona con discapacidad, esta audiencia al cónyuge o pareja podría "excepcionalmente" no practicarse si así lo solicitase por considerarlo más adecuado para preservar su intimidad, novedad que es igualmente aplicable en relación con la audiencia de familiares que se indica a continuación[924].

En tercer lugar, el artículo ordena la práctica de los informes periciales que procedan en relación con las peticiones de la demanda. Conviene observar que la Sección Quinta de la CGC ha introducido un importantísimo cambio respecto a la redacción inicial de este apartado. Originariamente, el precepto obligaba a la práctica de pericial "médica" y, si

[921] Con la finalidad de permitir el acceso a la justicia de las personas con discapacidad y, siguiendo las recomendaciones del Informe de 23 de marzo de 2018 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre el derecho a la justicia en virtud del artículo 13 CDPD, el 18 de octubre de 2018 el CGPJ y la organización Plena Inclusión firmaron un Acuerdo para que las personas con discapacidad puedan comprender mejor las resoluciones judiciales, cuyo texto íntegro se puede consultar en: www.poderjudicial.es

[922] Pruebas que en la actualidad, en opinión de PESQUEIRA ZAMORA, 2018:222, resultan del todo defectuosas en el modo de practicarse.

[923] En la redacción inicial se refería a ésta como la persona "afectada"; el cambio ha de ser recibido con satisfacción pues, ni parece que el calificativo sea el más apropiado ni que la introducción de una nueva denominación para referirnos a la persona con discapacidad contribuya a nada más que a generar nueva confusión

[924] En su redacción inicial, el Anteproyecto preveía esta posibilidad, pero sin establecer esta última cautela excepcional, introducida en la redacción de enero de 2019. Sobre este extremo también se había pronunciado el CGPJ en su informe consultivo, objetando que la facultad de prescindir de aquellas audiencias preceptivas en los términos expuestos, debería ser excepcional, tras la ponderación del derecho a la intimidad del afectado y el derecho a la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos, en garantía de la cual se configura ese trámite de audiencia. Parece que la Sección Procesal ha acogido esta observación, primando este derecho a la tutela judicial de los derechos e intereses de la persona sobre su derecho a la intimidad.

esta faltase, el juez no podría resolver sobre las medidas solicitadas. Pesaba entonces la visión médica de la discapacidad que no conseguía, en el texto original, desprenderse del todo de ese enfoque rector del paradigma o visión tradicional de la discapacidad totalmente alejado del enfoque social propugnado por la CDPD y absolutamente contrario a las obligaciones de los Estados en la implantación del sistema de apoyos según su Comité, particularmente la que impone que "La prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental; para ese apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se requieren indicadores nuevos y no discriminatorios de las necesidades de apoyo"[925].

No era el único lugar donde se evidenciaba esta visión, ya que también la desafortunada redacción original del apartado 3 del mismo artículo mantenía expresiones que reiteraban dicho enfoque, cuya supresión, por estigmatizantes, había sido requerida por distintas asociaciones protectoras de personas con discapacidad. Así, para el supuesto de que el nombramiento del curador no hubiera sido propuesto, el artículo preveía la audiencia de los familiares y la de la propia persona con discapacidad pero única y exclusivamente si ésta "tuviera suficiente juicio". Se olvidaba, por una parte, de que la propia CDPD prohíbe cualquier tipo de discriminación basada en el hecho de la discapacidad, incluso durante la tramitación del procedimiento y, justamente al contrario, obliga a los Estados Parte a adoptar los ajustes razonables necesarios, incluso ajustes de procedimiento, cuando fuera imprescindible. La redacción presentada inicialmente por la CGC en este punto, no preveía apoyos o asistencia alguna para que la audiencia de la propia persona interesada se practicase en igualdad de condiciones con los demás. Se contemplaba justamente lo contrario, que por el simple hecho de su discapacidad pudiera ser apartada del mismo y privada de su derecho a ser oída y partícipe en aquél. Esta situación, podría incluso verse doblemente repetida en el supuesto de que se presentase recurso ya que el primer texto obligaba de nuevo a la práctica de toda la prueba en segunda instancia[926].

[925] NACIONES UNIDAS. 2014. CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general Nº 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement, pág 8.

[926] Aquí, nuevamente debemos traer a colación la propuesta mucho más aperturista y acorde con la CDPD presentada por la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad del Real Patronato sobre la Discapacidad en el año 2012 que permitía al juez, tras la inmediata incoación del expediente de provisión de apoyos, recabar toda la información que estimase oportuna para la sustanciación del procedimiento; "oyendo a las personas del entorno de la persona con discapacidad, entidades o centros de atención, o departamentos de servicios sociales más cercanos al domicilio del mismo, servicios de salud, e incluso de la policía judicial, si fuese necesario". Le obligaba a "oír a la propia persona con discapacidad" a la mayor brevedad con el fin de conocer sus necesidades y apoyos naturales así como su voluntad y preferencias. Además, para la práctica de todas estas pruebas, "el Tribunal podría valerse de los medios de ayuda técnica o profesional que considerase necesarios para garantizar el acceder, en el mayor grado posible, a la intención, voluntad e interés de la persona con discapacidad". Se apreciaba la diferente contundencia con que una u otra propuesta abordaban la cuestión clave del nuevo paradigma: la determinación de la voluntad de la persona o la mejor interpretación de la misma. Mientras el Anteproyecto original mantenía en la legislación procesal inicialmente proyectada el patrón tradicional sin apenas incidir sobre la participación de la persona en su propio proceso y el esclarecimiento de su voluntad a la hora de fijar las medidas de apoyo, la presentada por la Subcomisión de Expertos mencionada, presentaba un modelo nuevo que ponía claramente el foco en este aspecto crucial sobre el que se ha de sustentar el nuevo sistema.

Pues bien, la sección quinta de la CGC también ha rectificado en este punto presentando una nueva redacción mucho más acorde con la CDPD. Así, el apartado 3º del párrafo 1 del artículo 759 LEC proyectado ya no exige que la pericial sea preceptivamente médica, sino que el juez podrá valerse –preceptivamente- de las pericias que considere idóneas y adecuadas de acuerdo con lo pedido en la demanda.

Siguiendo el espíritu de la CDPD, introduce un modelo que podría recordar al propugnado en la Exposición de Motivos del propio Anteproyecto, cual sería el modelo de "mesa redonda"[927]. Aunque no alude a un funcionamiento interdisciplinar, se exige la intervención de profesionales del ámbito jurídico, social y sanitario que aconsejen sobre las medidas de apoyo idóneas para cada caso concreto[928]. Prevemos, al respecto, un importante papel de las entidades tutelares en este tipo de intervenciones, dada su tradicional trayectoria, dedicación y medios, especialmente humanos, en este tipo de asuntos[929].

A diferencia de la redacción inicial, el reformado artículo 759 LEC ordena en primer lugar, la audiencia de la persona con discapacidad y no la de sus parientes más próximos, como inicialmente se preveía, a los cuales ahora se les escuchará. pero solo cuando no sea posible conocer la voluntad y preferencias de dicha persona. Aunque la mejora desde nuestro punto de vista es importante, consideramos que todavía podría serlo más; así echamos en falta que en el curso del procedimiento el texto no se empeñe un poco más en intentar conocer o averiguar la voluntad real de la persona obligando siempre a procurar, al menos, una audiencia de la misma, pues solo así, la autoridad judicial podría determinar que no resulta posible conocerla de forma directa. En este caso, habría que buscar la mejor interpretación de la misma que, entendemos, será lo que se pretende con la audiencia subsidiaria de sus parientes más próximos.

De ser apelada la sentencia, toda la prueba preceptiva deberá practicarse nuevamente en segunda instancia. En esto, el artículo proyectado, permanece intacto.

Una importante novedad respecto al procedimiento actual, que responde a las demandas de las personas con discapacidad, es la introducida por el nuevo artículo 760 LEC, que establece la obligatoriedad de revisión de las medidas acordadas en la sentencia; cuya periodicidad será, en primer lugar, la establecida en la resolución judicial y, de no haberse previsto nada, como mínimo, cada tres años, como ordena el comentado artículo 266 CC del Anteproyecto y el nuevo artículo 51 bis, párrafos 1 y 2[930] que se introduciría

[927] El apartado 3 del párrafo 1 del artículo 759 LEC en la redacción de enero de 2019 dice: *Acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda, no pudiendo decidirse sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el tribunal. Se contará con profesionales especializados de los ámbitos jurídico, social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.*

[928] *Vid.* también, LEGERÉN MOLINA, 2019:189.

[929] Por otra parte, en el párrafo 3 del artículo, se vuelve a sustituir, en la redacción de enero de 2019, la inicial referencia al "afectado" por la medida por la de "persona con discapacidad". Resulta relevante también, la supresión de la expresión "si tuviera suficiente juicio" calificada, como hemos dicho, de estigmatizante. En su lugar, el prelegislador la sustituye por la expresión "salvo que no resulte posible conocer su voluntad y preferencias".

[930] La propuesta presentada por la CGC introduce el plazo de revisión de las medidas de apoyos judicialmente acordadas mediante los párrafos 1 y 2 del que pasaría a ser, con la redacción de enero de

en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (LJV) mediante el mismo Anteproyecto. El mismo criterio respecto al plazo en que, como mínimo, deben ser revisadas las medidas de apoyo, se deduce de la Disposición Transitoria Cuarta proyectada[931] en relación a las situaciones anteriores a la entrada en vigor de la nueva ley que se aprobaría de prosperar la reforma. En ella, se prevé la revisión de las medidas relativas a personas cuya capacidad hubiera sido judicialmente modificada. Se contempla la posibilidad de que esas personas y las demás legitimadas insten la revisión de tales medidas en cualquier momento pero obligan a que, con la primera presentación del informe y rendición anual de cuentas siguiente a la entrada en vigor, quienes deben presentarla soliciten del juez la revisión de las relativas a sus pupilos para adaptarlas a esta nueva ley; y obligan, también al juez a que proceda a dicha revisión y adaptación a la nueva ley en el plazo de dos años por los trámites establecidos a tal fin en la LJV.

En todo caso, las medidas que dicte el juzgado deberán estar conformes con lo previsto en los nuevos artículos 266 y 270 CC: serán proporcionadas, respetarán su máxima autonomía y atenderán a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, quedando vinculadas a las medidas voluntarias que, en su caso, hubiera acordado previamente la persona salvo que el juez, motivada y justificadamente, acuerde otras en su lugar.

El artículo 761 LEC redactado por la Sección Quinta de la CGC se refiere al incidente de modificación de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente. De su lectura podrían extraerse diferentes conclusiones. Una de ellas, que su pretensión sería la de establecer o fijar las medidas de apoyo judiciales con carácter obligatorio y no voluntario para la persona con discapacidad. El precepto indica que este incidente se podría interponer "sobrevenidas nuevas circunstancias", lo que podría llevar a pensar que si la situación de la persona con discapacidad fuera la misma que al momento de

---

2019, el nuevo artículo *51 bis LJV. Revisión periódica de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente.*

1. Las medidas de apoyo judicialmente adoptadas en relación con personas con discapacidad serán objeto de revisión periódica en el plazo y la forma en que disponga la sentencia que las hubiera acordado.

2. En todo caso, la revisión deberá tener lugar en un plazo máximo de tres años, y deberá al menos comprender un informe pericial relativo a la persona con discapacidad que precise medidas de apoyo elaborado por facultativo designado por el tribunal. De las actuaciones practicadas se dará traslado a la persona con discapacidad, al curador y al Ministerio Fiscal, a fin de que puedan alegar lo que consideren pertinente en el plazo de diez días.

3. Cuando el juez constatare la existencia de circunstancias sobrevenidas que pudieran dar lugar a la desaparición o modificación de las medidas de apoyo acordadas, pondrá fin al expediente y dará traslado al Ministerio Fiscal y a las personas legitimadas o que acrediten un interés legítimo a fin de instar la incoación del incidente de modificación de dichas medidas.

[931] Cuyo texto desde enero de 2019, es el siguiente: *Disposición transitoria cuarta.*

Las personas con capacidad modificada judicialmente, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial, la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley para adaptarlas a esta.

En todo caso, con la primera presentación del informe y rendición de cuentas anual posterior a la entrada en vigor de esta ley, los tutores o curadores solicitarán que se proceda a la revisión judicial de la situación actual de las personas a su cargo, para adaptarla a la presente ley. Dicha revisión deberá efectuarse por el Juez en un plazo máximo de dos años desde que tuvo lugar la solicitud, por los trámites previstos a tal efecto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

En el caso de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, la revisión se efectuará en el plazo máximo de dos años desde la entrada en vigor de la presente ley".

solicitarse apoyo, el incidente no se podría interponer o, de ser interpuesto, podría no ser admitido a trámite. Esta interpretación no sería acorde ni con el espíritu de la Convención ni con el del Anteproyecto. Sin embargo, otra interpretación también sería posible: admitir la inclusión dentro de esas "sobrevenidas nuevas circunstancias" la voluntad de renuncia al apoyo de la persona con discapacidad o de cambio por otro apoyo diferente.

En todo caso, de nuevo asoma la duda acerca de la disponibilidad real de la persona con discapacidad sobre sus apoyos. Así, si se atiende, en primer lugar, al número de legitimados activos para interponer tanto el procedimiento de provisión de apoyos como este incidente, siendo los mismos en ambos casos,[932] y, en segundo lugar, a la posibilidad contemplada en el apartado tercero del proyectado artículo 761-2 LEC, de que el juez resuelva no modificar las medidas[933], parecería que éstas podrían ser mantenidas al margen de los deseos y voluntad de la persona supuestamente beneficiada. Sin embargo, esto chocaría, cuando menos, con lo previsto en el proyectado artículo 266 CC[934]. Por ello, consideramos que el juez solo podría negarse a modificarlas cuando ésta fuera la voluntad de la persona a quien se le hubieren asignado y, por tanto, el incidente hubiese sido instado por cualquiera de los demás legitimados o, cuando habiendo sido promovido por la propia persona con discapacidad, la medida interesada no fuere suficiente para atender al apoyo pretendido.

Este incidente, se tramitará igualmente a través del procedimiento que corresponda, atendiendo a la existencia o no de oposición, según lo previsto en el renovado artículo 753 LEC al que se remite expresamente el ahora comentado 761 LEC. La competencia territorial se asigna también al mismo juzgado que resolvió el procedimiento de provisión de apoyos salvo que la persona apoyada resida en otro partido judicial diferente a donde se derivará entonces. En cuanto a la legitimación activa de este incidente, se añade, respecto al texto inicial, al curador con facultades de representación, como se ha apuntado. Durante el procedimiento han de practicarse las mismas pruebas que en el de provisión de apoyos, lo cual significa que nuevamente han de realizarse de forma preceptiva las prueba periciales que el juzgado requiera con la intervención de los profesionales del ámbito jurídico, social y sanitario que considere necesaria[935].

---

[932] A los que habrá de sumarse el curador con facultades de representación en el incidente de modificación de las medidas.

[933] Artículo 761-3-2º LEC proyectado: *La sentencia que se dicte deberá pronunciarse sobre si deben o no modificarse, total o parcialmente, las medidas de apoyo adoptadas en el primer proceso.*

[934] Que obliga atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

[935] En el curso del trámite de información pública, el CGPJ llamó la atención, en su informe sobre otras cuestiones dudosas del artículo 761 LEC proyectado inicialmente. En concreto, su apartado quinto, cuya redacción permanece inalterada respecto a la redacción original, se refiere al supuesto específico de subsanación y complemento de la sentencia antes del vencimiento del plazo de revisión de las medidas fijado en aquélla, cuando hubiere que complementarla por haberse omitido alguna medida de apoyo. Se pone en relación este artículo con el 51 bis de la LJV, que regula la revisión periódica de las medidas de apoyo judiciales en el plazo fijado en sentencia o, de no haberse fijado ninguno, en el máximo de tres años, en coherencia igualmente con lo previsto en el artículo 266 CC proyectado. Esta revisión exige un informe pericial "por el facultativo" designado por el juzgado del que dará traslado al Ministerio Fiscal para alegaciones en el plazo de diez días. La nueva redacción del Anteproyecto mantiene en este artículo de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la obligación de práctica de pericial médica en lo que, consideramos que sigue siendo un error omisivo por parte del prelegislador que, inicialmente, mantenía el paradigma médico en la reforma de la legislación procesal. En efecto, entendemos que se trata de un error por omisión, pues no tendría ningún sentido haber modificado la exigencia de pericial médica

Por otra parte, en el párrafo tercero del artículo 761 LEC, según el Anteproyecto, está previsto para aquellos casos en los que se constaten por el juez circunstancias excepcionales sobrevenidas que pudieran derivar en la modificación o en la desaparición de las medidas de apoyo acordadas; en este supuesto, se prevé que el juez pondrá fin al expediente dando traslado al Ministerio Fiscal y a las demás legitimadas o a quienes acrediten un interés legítimo para instar la incoación del incidente de modificación de tales medidas. El nuevo texto contempla dos mecanismos procesales: uno, para la revisión periódica de las medidas de apoyo según lo previsto en sentencia o, en su caso, en el plazo de tres años[936] –incidente de modificación del alcance de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas-; y otro, para la revisión extraordinaria de la sentencia debido a la aparición de circunstancias nuevas que así lo requieran o bien debido a la omisión de alguna medida en la misma sentencia, que obliguen a complementarla[937] –incidente de modificación o complemento de la sentencia de medida de apoyo[938]-, .

Desde nuestro punto de vista, no cabría en la sentencia una previsión de revisión de las medidas tan abierta y genérica como aventura el CGPJ, en el sentido de que la revisión procedería cuando aparecieran circunstancias nuevas que la aconsejaran. El artículo 12 CDPD ordena que las medidas duren el menor tiempo posible, por lo tanto, entendemos que durante la tramitación del procedimiento deberá preverse de una forma más concreta cuál será ese plazo más breve para fijar una fecha ajustada al mismo de revisión. Ello no significa que, si antes de tal fecha, las circunstancias hubiesen cambiado y se necesitasen suprimir o modificar las medidas acordadas por sentencia, se inste el incidente al que se refiere el proyectado artículo 761 LEC. Consideramos que resulta demasiado peligroso someter el plazo de revisión simplemente al cambio de circunstancias, como se deduce de las críticas del CGPJ, porque en

---

ampliándola a cualquier pericial que el juez considerase necesaria atendiendo a lo interesado en la demanda para la designación de medidas y no haberlo hecho así para la revisión o modificación de estas. Parece lógico pensar que para ello el juez se valga de las mismas o similares pericias de las que se sirvió para acordar las medidas y por tanto apelamos a la necesidad de modificar igualmente el artículo 51 bis de la LJV en el sentido de ampliar la pericial a aquella o aquellas que la autoridad judicial considerase necesaria.

[936] Artículo 51bis LJV proyectado: *Revisión periódica de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente. 1. Las medidas de apoyo judicialmente adoptadas en relación con personas con discapacidad serán objeto de revisión periódica en el plazo y la forma en que disponga la sentencia que las hubiera acordado.*

2. En todo caso, la revisión deberá tener lugar en un plazo máximo de tres años, y deberá al menos comprender un informe pericial relativo a la persona con discapacidad que precise medidas de apoyo elaborado por facultativo designado por el tribunal…

[937] Artículo 42 bis c) 2 LJV proyectado: *2. La sentencia dictada no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un incidente que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de las medidas judicialmente adoptadas. Dicho incidente se tramitará conforme a lo dispuesto en el presente Capítulo o, en su caso, en el artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil…*

Artículo 761 LEC. *Incidente de modificación del alcance de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas. 1.La sentencia dictada no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un incidente que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de las medidas judicialmente adoptadas. Dicho incidente se tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo 753…*

[938] Para el CGPJ, este planteamiento conjunto de actuaciones procesales da lugar a ciertos interrogantes: así, por una parte, no será siempre fácil establecer cuál es el cauce procesal procedente, porque normalmente las sentencias que establecen los apoyos habrán previsto su revisión cuando sobrevengan nuevas circunstancias que hagan precisa su modificación o revisión; por otra parte, no queda clara la legitimación para instar la revisión periódica de las medidas de apoyo judiciales ni la intervención en este expediente de las partes que intervinieron en el previo procedimiento de adopción de medidas, así como tampoco si en este incidente deberá ser reconocida la persona beneficiada por las medidas.

la práctica eso podría conllevar a que el plazo máximo de revisión que marca el Anteproyecto, se convirtiera injustificadamente en el plazo general de revisión bajo el argumento de que las circunstancias siguen siendo las mismas que cuando la medida se adoptó. El procedimiento, por tanto, debe cumplir también la finalidad de averiguar durante cuánto tiempo la persona necesitaría previsiblemente de la medida. Excepcionalmente, consideramos que el juez podría no determinarlo porque no haya sido posible concretarlo. En ese caso la revisión sí se llevaría a cabo cuando las circunstancias cambiasen y, preceptivamente, en tres años.

Por otra parte, tratándose de un incidente, consideramos que las partes legitimadas para promoverlo deberán ser las mismas que las del pleito principal, además de aquella que ejerza el apoyo en virtud de lo resuelto en sentencia. Además, teniendo en cuenta que las medidas deben ser ajustadas a las necesidades pero, sobre todo, a la voluntad, deseos y preferencias de la persona a quien se asignan, creemos imprescindible que esta sea plenamente partícipe del proceso a fin de expresar su voluntad o, al menos para que esta pueda ser correctamente interpretada. Para ello, obviamente, deberá ser dotada de los ajustes necesarios.

La duda acerca de posibilidad de adopción de medidas de apoyo sin la concurrencia de la voluntad real de la persona asomaría nuevamente en el artículo 762 LEC propuesto. Este precepto permite, de oficio, su adopción de forma cautelar por parte del juzgado respecto de la persona que se encuentre en una situación de discapacidad que las requiera y todo ello para su adecuada protección personal o patrimonial. En estos casos, además, el juzgado deberá poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima conveniente, el proceso de provisión de apoyos. Las medidas deberán adoptarse de oficio o a instancia de parte, previa audiencia de la interesada salvo que razones de urgencia lo impidan, aplicándose para ello lo previsto en los artículos 734, 735 y 736 de la misma ley, esto es, aquellos que regulan el procedimiento judicial de adopción de medidas cautelares.

Estas medidas cautelares pueden ser entendidas como medidas de salvaguardia de la persona con discapacidad, en consonancia con lo previsto en el artículo 12-4 CDPD. Como se ha dicho, el propio precepto proyectado ordena que se adopten, con carácter general, previa audiencia de la parte destinataria de las mismas. Entendemos que esa audiencia tendría como finalidad conocer su voluntad acerca de la adopción de esas medidas, la cual puede ser manifestada en el propio procedimiento o podría haberlo sido con carácter previo si la persona hubiese ordenado medidas de carácter voluntario; en este caso, nos parece evidente que la audiencia ha de servir para averiguar esto último y traer al procedimiento el documento en el que constase su voluntad.

Por consiguiente, solo en el caso de urgencia, lo que ha de entenderse en un sentido riguroso, como cuando corriese peligro su vida o integridad, esas medidas podrían adoptarse con carácter perentorio e inaudita parte. La "ausencia de voluntad" aquí debería durar el tiempo mínimo imprescindible para que se presentase demanda de provisión de apoyos y, en el procedimiento correspondiente se practicasen las pruebas precisas para averiguarla o hacer su "mejor interpretación" y, en función de la misma, designar los apoyos que, en su caso procediesen.

Aunque no figura remisión expresa alguna a lo previsto en el artículo 730 LEC, lo cierto es que su modificación no se contempla, por lo que ha de considerarse que continuará plenamente en vigor; siendo así, sobre él se fundamentaría la posibilidad de solicitar y adoptar medidas cautelares con carácter previo a la presentación de la demanda. En este caso, su duración se extendería hasta el momento de presentación de la demanda principal dentro del plazo máximo de veinte días desde su adopción. Así, si la demanda no fuese presentada, las medidas quedarían sin efecto, lo cual podría ocurrir si, una vez notificada su adopción por el órgano judicial al Ministerio Fiscal éste, o ningún otro legitimado, no presentase demanda dentro de ese plazo[939]. Sin embargo, nada parece obstar a que el juez ordenase nuevas medidas cautelares de considerarlas necesarias por las mismas razones de urgencia. Éste es el criterio y plazo que han venido siguiendo algunos juzgados y tribunales.

Sin embargo, en la actualidad y con el régimen hoy vigente, la aplicación del plazo marcado por el apartado 2 del artículo 730 LEC para este tipo de asuntos es incorrecta, según el criterio de la Fiscalía; así, argumenta, en primer lugar, que la Ley establece una distinción en el procedimiento de adopción de medidas cautelares, regulando de forma separada las que se adopten en este tipo especial de procedimientos de las que se puedan adoptar en general en cualquier otro, luego entiende que, si la ley hace tal distinción, es que existen razones para diferenciar. En segundo lugar, considera que el artículo 730-2 LEC establece ese plazo porque la solicitud deber realizarse a instancia de parte y bajo su responsabilidad, pues el sistema general de medidas cautelares excluye la intervención de oficio, según lo previsto en el artículo 721-2 LEC. En tercer lugar, aprecia que el precepto especial no contempla el reenvío en ese concreto punto a las disposiciones generales.

En efecto, las normas de protección de oficio recogidas en los artículos 158 CC, 216 CC, 303 CC y 304 CC, no establecen plazo y, la naturaleza de las cosas exige flexibilidad en este tipo de asuntos. De aceptar lo contrario, según el Ministerio Fiscal, supondría que cualquier retraso podría dar lugar a situar al sujeto en desprotección o abandono[940], eventualidad que la Ley prohíbe a tenor de lo previsto en los artículos 49 y 50 CE y 158 CC.

En conclusión, para el Ministerio Público, estas medidas cautelares previas a la demanda en protección de personas cuya capacidad debe modificarse judicialmente no estarán, pues, sujetas al plazo de veinte días. De admitirse lo contrario, entiende que podrían generarse situaciones de desamparo de personas vulnerables incompatibles con la Constitución.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista estos argumentos invocados por la Fiscalía en su Circular 2 /2017, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores, no resultan de aplicación ante el nuevo panorama dibujado por el Anteproyecto que ahora se comenta. Y ello se debe, entre otras razones a que, como hemos visto, los artículos invocados en la circular dejan de ser de aplicación a las personas con discapacidad. A tenor de lo previsto en el

[939] *Artículo 730 LEC. Momentos para solicitar las medidas cautelares.*
2. Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad. En este caso, las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante el mismo Tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas en los veinte días siguientes a su adopción…
[940] *Vid.* arts. 229 y 230 CP.

artículo 87-1-a LJV proyectado, las medidas reconocidas en el artículo 158 CC dejan de ser aplicables a las personas adultas, quedando su ámbito de protección constreñido a los menores, porque así lo ha querido el prelegislador al entenderlo más acorde con el nuevo paradigma de la CDPD; además, el artículo 216 CC tampoco resultará de aplicación en el sistema del Anteproyecto, ni tampoco los artículos 303 ni 304 del CC, al reconfigurarse la figura de la guarda de hecho a la luz de la Convención y regularse como hemos visto en los artículos 261 y ss.

El Anteproyecto, en su redacción de enero de 2019, modifica también la nueva regla 8ª incorporada en el artículo 770 LEC, para rebajar la edad de diecisiete a dieciséis años prevista en la redacción original[941], en consonancia con lo previsto en el artículo 91 CC proyectado.

El Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica no propone la modificación del artículo 222-3 LEC[942], que continúa, por tanto, manteniendo la referencia al efecto de cosa juzgada sobre las sentencias dictadas en los procedimientos de "reintegración de la capacidad"; lo cual debiera subsanarse, en concordancia con el propio objeto de la reforma; recomendación sobre la que, al parecer, se está trabajando.

3.1.2.5. Modificación de 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

La redacción de enero de 2019 introduce una segunda importante adición respecto a la original en lo que atañe a las leyes que son objeto de modificación por el Anteproyecto. Se incorpora a partir de entonces, la modificación de la Ley 41/2003 a la que el texto primero había obviado. La Exposición de Motivos del Anteproyecto indica ahora en su apartado VII que destaca esta reforma junto con la de la Ley del Notariado con el objeto de acompasar terminológicamente su regulación al cambio de paradigma que aquella introduce.

Se propone concretamente la modificación del artículo 1-2; artículo 3; artículo 4-2; artículo 5 y del artículo 7.

Se trata principalmente de cuestiones terminológicas que viene a suprimir las referencias a la incapacitación, a los tutores, a los progenitores y a la capacidad de obrar de la persona con discapacidad. Centra ahora el ejercicio de los derechos regulados por esta ley en la persona con discapacidad que podrá actuar a través de quienes le presten apoyo[943].

---

[941] En su redacción de enero de 2019, se prevé: *Dieciséis. Se introduce una nueva regla 8ª en el artículo 770 con la siguiente redacción: 8ª. En los procesos matrimoniales en que existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situaciones de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, se seguirán los trámites establecidos en esta ley para los procesos para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad.*

[942] Observación efectuada también por el CGPJ en su informe consultivo, que propone la adaptación de la redacción del artículo al nuevo sistema, de modo que al regular el efecto de cosa juzgada de las sentencias contempladas en su párrafo segundo se sustituyera la referencia a las sentencias sobre "incapacitación y reintegración de la capacidad" por la de "sentencias sobre medidas de apoyo a personas con discapacidad y asistencia al pródigo".

[943] *Vid.* artículo 3-2 o artículo 4-2 Ley 41/2003 proyectados, por ejemplo.

El reformado artículo 5-2 Ley 41/2003 exigiría que, cuando no se hubieren establecido las reglas de administración en el documento público de constitución del patrimonio protegido, se requerirá autorización judicial para los mismos casos que la ley exige al curador con facultades de representación, conforme a lo previsto en el proyectado artículo 285 CC o al que, en su caso corresponda, respecto a la legislación foral o especial aplicable.

Expresamente se exime del requisito de subasta pública, la venta de bienes del patrimonio protegido. No se consideran actos de disposición el gasto del dinero y el consumo de bienes fungibles integrantes del patrimonio protegido, destinados a la atención de las necesidades vitales de la persona con discapacidad, lo cual nos parece correcto.

El proyectado artículo 5 Ley 41/2003 prevé también la posibilidad de instar al Ministerio Fiscal, en casos excepcionales, para que solicite al Juez la exención de contar con autorización judicial en ciertos casos en atención a ciertas circunstancias entre las que, literalmente se refiere el Anteproyecto a las necesidades de la "minusvalía" del beneficiario, manteniendo una terminología peyorativa y expulsada expresamente de nuestro ordenamiento jurídico desde el año 2006[944].

Por otro lado, se prohíbe expresamente que puedan ser administradores las personas o entidades que no puedan ser curadores, conforme a lo establecido en el CC o en las normas forales o especiales, entre ellas citamos expresamente a las entidades con ánimo de lucro. Se incorpora el principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona en el reformado artículo 7. Se mantiene la intervención del Ministerio Fiscal como órgano de supervisión del patrimonio protegido al que deberán rendirle cuentas cuando lo solicite o, al menos, anualmente, quienes resulten ser sus administradores, a excepción de la persona con discapacidad.

También se mantiene como órgano de asesoramiento, apoyo y auxilio externo al Ministerio Fiscal, la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita al Ministerio de Educación, Política Social y Deporte en la que también participarán el Ministerio Fiscal y representantes de la asociación de utilidad pública más representativa en ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad.

El concepto "discapacidad" en la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que ahora cometamos, no se corresponde con el de la CDPD pues los diferentes tipos vendrán definidos, como se ha hecho tradicionalmente, en función de la condición de la persona, sin tener en cuenta los factores externos a ella que, realmente, serían los que determinarían la existencia o no de la discapacidad.

Si bien es loable la incorporación de esta Ley dentro del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica con el fin de adaptarla a la CDPD, en nuestra opinión, se observa, como así mismo ocurría con la proyectada Ley del Notariado, una cierta precipitación por parte del prelegislador que tiene como resultado una reforma

[944] Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia. *Disposición adicional octava. Terminología. Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a "personas con discapacidad".*

más estética que de fondo. Aunque se incorporan referencias a la voluntad de la persona y a su capacidad jurídica, lo cierto es que, en la práctica, parece que mayoritariamente se produce un cambio de terminología pero no un verdadero cambio de paradigma. Entre las carencias observadas, muchas de ellas coinciden con algunas de las expuestas anteriormente al comentar otras leyes cuya reforma se propone en este Anteproyecto.

No se encuentran en el texto proyectado apenas referencias a los ajustes o apoyos necesarios para que la persona con discapacidad pueda constituir un patrimonio protegido.

Se echa de menos también alguna alusión a la obligación por parte de los Notarios de contar con los medios idóneos para que la persona pueda ejercitar su capacidad jurídica para la constitución del patrimonio protegido[945]. Teniendo en cuenta el tipo de acto del que se trata, consideramos que hubiera sido un buen momento para que el prelegislador hubiera flexibilizado los requisitos para acceder al cargo de administrador del patrimonio protegido cuyas limitaciones son las mismas que para ser curador. Nuevamente, se mantiene que el administrador puede ser una persona física o jurídica pero, en este último caso, también deberá ser una entidad sin ánimo de lucro y entre cuyos fines se encuentre la protección de las personas con discapacidad. Si cuando hablábamos del cargo de curador nos mostrábamos partidarios de que éste pudiera recaer sobre una entidad con ánimo de lucro, en el caso de la administradora de un patrimonio protegido nos parece incluso más defendible, especialmente si la voluntad de la titular del patrimonio es ceder su administración a una entidad con ánimo de lucro. También nos parece excesivamente garantista la exigencia de requerir autorización judicial para los mismos casos que la ley exige al curador con facultades de representación cuando no se hubieran determinado otras reglas diferentes en la escritura de constitución del patrimonio protegido, conforme a lo previsto en el artículo 285 CC proyectado o la normativa autonómica o foral de aplicación. Desde nuestro punto de vista, podría haberse incorporado la posibilidad de que fuera la propia persona beneficiaria del patrimonio protegido quien pudiera decidir, con los apoyos que precisase, en su caso, sobre la posible exención de contar con la autorización judicial para la realización de tales actos, aunque no se hubiera previsto expresamente en el documento público de constitución del patrimonio. Solo para el caso de que no pudiese expresar su voluntad de forma comprensible para los demás y nada se hubiera contemplado fehacientemente, sí consideramos que debería solicitarse la autorización judicial mencionada.

Rechazamos, por supuesto, el mantenimiento de aquellos términos que fueron retirados de nuestro ordenamiento jurídico por resultar despectivos, como el de minusvalía ya citado, interpelando al prelegislador a que lo corrija y sustituya por el de "persona con discapacidad".

En definitiva, consideramos que, pese a la reforma proyectada, esta Ley 41/2003, es una continuidad de la existente con pequeñas modificaciones relativas principalmente a su terminología pero que, desde nuestro punto de vista, debería ser objeto de una reforma más profunda que recogiera de lleno el nuevo paradigma de la discapacidad y permitiera a la persona con discapacidad marcar realmente las reglas de gestión y administración de su

[945] Sobre patrimonio protegido léase LÓPEZ-GALIACHO PERONA, 2005:31-60; JIMÉNEZ PARÍS, 2010, 137-208, HERRÁN ORTÍZ, 2014:373-387 o DE PABLO VARONA, 2018:16-25, entre otros.

patrimonio con mayor autonomía pues, consideramos que la Ley continúa siendo excesivamente garantista, olvidándose en la práctica de cuáles son los verdaderos deseos y voluntad de la persona con discapacidad.

3.1.2.6. Reforma de la Ley del Registro Civil

El ahora artículo sexto [946] del Anteproyecto presenta las modificaciones relativas a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Como ya tuvimos ocasión de señalar, a pesar del tiempo transcurrido desde su publicación en 2011, al día de la fecha todavía no se ha producido su completa entrada en vigor; en efecto, varias han sido las prórrogas a lo largo de los últimos años, la última de ellas la introducida mediante la Disposición Final 1ª de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas[947]. Antes de la publicación de esta última norma la entera vigencia de la Ley del Registro Civil se preveía para el 30 de junio de 2018, esto es, apenas dos meses después de que la CGC entregase su propuesta de reforma. Ello explicaría que, a pesar de no encontrarse plenamente vigente, ya se propusiese la modificación de alguno de los artículos redactados en dicha ley que, pese a ser posterior a la publicación y entrada en vigor de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, parecían no estar del todo acorde con su espíritu[948].

Ahora, tras la nueva prórroga, podría darse la circunstancia de que el Anteproyecto fuese aprobado como ley antes incluso de que la nuevamente prorrogada Ley del Registro Civil entrase en vigor, lo cual nos conduciría al absurdo. Además, lo lógico sería pensar que la entrada en vigor de la Ley del Registro Civil debería producirse con una previa reforma de su articulado (aun no vigente), para adaptarlo plenamente a la Convención en la redacción pretendida por la CGC o la que, en su caso, se aprobase[949].

---

[946] Originariamente artículo 4.

[947] *Disposición Final Primera: Se modifica la disposición final décima de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que pasará a tener la siguiente redacción:*
«Disposición final décima. Entrada en vigor.
La presente ley entrará en vigor el 30 de junio de 2020, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta, que entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado , y excepto los artículos 49.2 y 53 del mismo texto legal, que entrarán en vigor el día 30 de junio de 2017.
Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la entrada en vigor el 15 de octubre de 2015 de los artículos 44, 45, 46, 47, 49.1 y 4, 64, 66, 67.3 y disposición adicional novena, en la redacción dada por el artículo segundo de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.
Hasta la completa entrada en vigor de esta ley, el Gobierno adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles.» Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas. BOE nº 142, de 12 de junio de 2018.

[948] A pesar de que sí fue tenida en cuenta a la hora de tramitar y redactar la nueva Ley del Registro Civil, pues la Exposición de Motivos de la *Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil* indica en el párrafo 7 del apartado I del Preámbulo que (*A)simismo, en la presente Ley se incorpora tanto la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, como la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007.* BOE nº 175, de 22 de julio de 2011.

[949] El CGPJ también ha caído en la cuenta de la circunstancia comentada y, por ello, observaba que, si el presente Anteproyecto fuese finalmente aprobado y publicado antes de la fecha de la plena entrada en vigor de la LRC, las previsiones sustantivas del CC sobre el sistema de apoyos no tendrían el debido

En todo caso, la nueva Ley del Registro Civil supone un importante hito histórico al tratarse de una verdadera revolución por cuanto, tal como anuncia su Exposición de Motivos, la persona pasa a ocupar el verdadero centro del Registro Civil[950]. El nuevo modelo comporta, frente al de la Ley de 1957, un Registro Civil único y además electrónico en el que desaparece el formato en papel, los libros registrales y también las secciones que se sustituyen por el registro personal de cada individuo, tal como prevé su artículo 3.

En contraste con la normativa registral vigente[951], la Ley 20/2011, desde la consideración de la persona en su integridad, esto es, con el valor de dignidad y de los derechos inherentes, dedica unos preceptos específicos tanto a los derechos (artículo 11) como a los deberes (artículo 12) de aquélla en relación con el Registro Civil. No se trata de una mera enumeración, sino que va mucho más allá porque, como señala GETE-ALONSO Y CALERA[952], determinan y proporcionan pistas acerca de la consideración jurídica no sólo de la persona sino de las condiciones relevantes jurídicamente. Para ella cabe, no obstante, una distinción entre dos tipos de derechos: los que afectan a la

---

reflejo en el Registro Civil. Por ello, resultaría prudente establecer en una disposición transitoria algún tipo de previsión que permitiera la provisional adaptación de la vigente LRC de 8 de junio de 1957 al nuevo sistema de apoyos a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

[950] *La Constitución de 1978 sitúa a las personas y a sus derechos en el centro de la acción pública. Y ese inequívoco reconocimiento de la dignidad y la igualdad ha supuesto el progresivo abandono de construcciones jurídicas de épocas pasadas que configuraban el estado civil a partir del estado social, la religión, el sexo, la filiación o el matrimonio.*

Un Registro Civil coherente con la Constitución ha de asumir que las personas –iguales en dignidad y derechos- son su única razón de ser, no sólo desde una perspectiva individual y subjetiva sino también en su dimensión objetiva, como miembros de una comunidad políticamente organizada.

Por este motivo, la Ley abandona la vieja preocupación por la constatación territorial de los hechos concernientes a las personas, sustituyéndola por un modelo radicalmente distinto que prioriza el historial de cada individuo, liberándolo de cargas administrativas y equilibrando la necesaria protección de su derecho fundamental a la intimidad con el carácter público del Registro Civil. Apartado I, Preámbulo Exposición de Motivos de la ***Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.*** BOE nº 175, de 22 de julio de 2011.

[951] Ley y Reglamento del Registro Civil de 1957 y 1958, respectivamente.

[952] En este sentido, para GETE-ALONSO Y CALERA, 2013:235-237, son derechos de la persona, enunciados expresamente en la nueva normativa registral: el derecho al nombre; el derecho a que los datos relativos a la identidad, estado civil y circunstancias personales sean publicados oficialmente; el derecho a la intimidad en relación con datos especialmente protegidos; el derecho a utilizar cualquiera de las lenguas oficiales; el derecho a la igualdad de género y al pleno reconocimiento del principio de igualdad, en todas sus manifestaciones; el derecho a interponer recursos en los términos previstos en la ley; y el derecho a acceder a los servicios del Registro Civil con garantía de los principios de accesibilidad universal y diseño para todas las personas. Como derechos de la personas pero incardinados directamente en el ámbito de las relaciones con la administración registral señala el derecho a ser inscrito mediante la apertura de un registro individual y la asignación de un código personal; el derecho a obtener certificaciones; el derecho a la intimidad en relación con los datos especialmente protegidos sometidos a régimen de publicidad restringida; a acceder a los servicios del Registro Civil en cualquiera de las Oficinas Generales o Consulares del Registro Civil; el derecho a utilizar ante el Registro Civil cualquiera de las lenguas oficiales en el lugar donde radique la Oficina; el derecho a promover la inscripción de determinados hechos y actos dirigidos a la protección de los menores, personas con capacidad modificada judicialmente, personas con discapacidad y personas mayores, y el de promover la rectificación o modificación de los asientos registrales en los casos legal o reglamentariamente previstos; el derecho a interponer recursos en los términos previstos en la ley. En cuanto a los deberes de las personas para con el Registro Civil enumera el de promover la práctica de los asientos registrales cuando así se prevea en la Ley del Registro Civil; el de instar la inscripción cuando tenga carácter constitutivo, en los casos legalmente previstos; el de comunicar los hechos y actos inscribibles conforme a lo previsto en la ley; el deber de presentar la documentación necesaria cuando los datos correspondientes no obren en poder de las Administraciones públicas; el de suministrar datos veraces y exactos en las solicitudes de inscripción o en cumplimiento de los deberes ante el Registro Civil; o el de cooperación en el buen funcionamiento del Registro Civil como servicio público.

consideración jurídica de la persona, en tanto inciden o se refieren a ella y a sus datos y circunstancias, y el resto en los que se describe el poder o deber frente al organismo público que es el Registro.

Como ya afirmaba LÓPEZ SÁNCHEZ[953], el nuevo Registro Civil se caracteriza por "pretender implantar un nuevo modelo más acorde con los valores constitucionales, con los convenios internacionales suscritos por España y con la nueva realidad social". Destacaba a continuación la autora que "Fiel reflejo de ello es que precisamente por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico se haya recogido un catálogo de derechos en un cuerpo legal de estas características"[954]. Resaltaba además que "Uno de los puntos de referencia de la recién aprobada Ley del Registro Civil es que la persona constituye la columna vertebral del Registro Civil", tal como recoge su Exposición de Motivos, anteriormente citada.

Esta nueva ley fija en su artículo 4 aquellos hechos inscribibles en el Registro Civil e incorpora en su artículo 11 expresamente instrumentos para la protección de las personas con discapacidad. En la actualidad, ambos preceptos se encuentran en periodo de *vacatio legis* en virtud de lo ordenado por la Disposición Final 1ª de la Ley 5/2018, de 11 de junio anteriormente mencionada. Sin embargo, ambos se verían afectados por la propuesta presentada por la CGC.

El artículo 4 referido a los actos y hechos inscribibles en el Registro Civil, se vería modificado desde sus apartados 10 a 15 por el Anteproyecto que venimos comentando[955]. Así, en la redacción presentada por la Sección Primera de la CGC, se suprime en el apartado 10 toda referencia a la modificación de la capacidad de la persona y, en su lugar, se recogen como inscribibles las medidas de apoyo voluntarias. Las referencias relativas a la persona declarada en concurso de las personas físicas pasan al nuevo apartado 15, junto con las relativas a la suspensión o intervención de sus facultades. En el apartado 11 se suprime igualmente toda referencia a la tutela, curatela o representaciones legales sustituyéndola por las resoluciones judiciales dictadas en los procedimientos de provisión de apoyos a las personas con discapacidad. Como ya hemos comentado anteriormente, el texto inicial del Anteproyecto se

[953] LÓPEZ SÁNCHEZ, 2011:261-310.
[954] *Ibidem*, pág. 263.
[955] En la versión de enero de 2019, la redacción del precepto quedaría así: *Artículo sexto. Modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, queda modificada como sigue:*
Uno. Se modifica la redacción de los números 10º a 15º del artículo 4 con el tenor que se indica, pasando a identificarse con el número 16º el actual supuesto 14º y con el número 17º el actual supuesto 15º:
10º Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes.
11º Las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.
12º Los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad.
13º La tutela del menor y la defensa judicial del menor emancipado.
14º Las resoluciones judiciales que declaren la prodigalidad y las medidas adoptadas en ellas sobre asistencia al pródigo.
15º Las declaraciones de concurso de las personas físicas y la intervención o suspensión de sus facultades.

refería exclusivamente a las sentencias[956]; a partir de la redacción de enero de 2019 el prelegislador amplió esta referencia a todas las resoluciones judiciales.

El apartado 13 se integra en el nuevo apartado 10 y el nuevo párrafo 13 se refiere a la tutela y defensa judicial del menor emancipado. Desaparecen las referencias a la inscripción de la declaración de ausencia o fallecimiento del apartado 14 y en su lugar figuran las resoluciones relativas a la declaración de prodigalidad y las medidas que se adopten sobre asistencia al pródigo.

Por último, el párrafo 15 vigente pasaría a ser el nuevo 16, relativo a la defunción[957].

Respecto al artículo 11, relativo a los derechos de las personas ante el Registro Civil, se operaría también un cambio según la redacción de la CGC en su apartado i [958]. La redacción presentada por esta Comisión suprime toda referencia tanto a las personas con "capacidad modificada judicialmente" como a las "personas con discapacidad" y, en su lugar, añade la posibilidad de promover la inscripción de determinados hechos y actos dirigidos a la protección también de "otras personas respecto de las cuales la inscripción registral supone una particular garantía de sus derechos" pudiendo, en este grupo más amplio quedar incluidas las personas con discapacidad.

Respecto a las personas "con capacidad modificada judicialmente", resulta lógica, a la vez que llamativa su supresión. Lógica porque, hemos visto, ya no cabe hablar de modificación ni restricción alguna de la capacidad. Llamativa, por el hecho de que, como igualmente recuerda LÓPEZ SÁNCHEZ, la inclusión en el artículo 11-i de la Ley del Registro Civil se produjo precisamente mediante la Ley 20/2011 que, a su vez modificó el Proyecto de Ley de Registro Civil justamente para introducir la incorporación de las personas con capacidad judicialmente modificada, "al hilo de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, que en su disposición final primera, que se refiere a la reforma de la legislación que regula los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, señala que el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de dicha Ley, tendrá que remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial,

[956] El CGPJ en su informe consultivo advertía de que el precepto, así redactado, sería infra-incluyente ya que solo se refería a la inscripción de sentencias, olvidando que la autoridad judicial puede dictar medidas de apoyo en otro tipo de resoluciones. A modo de ejemplo, citaba el artículo 268 CC referido a la adopción de medidas de control de la curatela en resolución posterior a la que hubiera acordado su adopción o el artículo 276-3 CC, en relación con la suspensión del curador durante la tramitación del expediente de remoción. Por ello, consideraba que debiera sustituirse la referencia a "sentencias" por la más adecuada "resoluciones judiciales"; el prelegislador se hizo eco de esta observación y en la redacción de enero de 2019 sustituyó la primera referencia entrecomillada por la segunda.

[957] En relación con esta última modificación, y como observación de técnica normativa, el CGPJ también se había pronunciado recomendando que se redactase el último inciso del primer apartado del artículo cuarto uno del siguiente modo: "pasando a identificarse con el número 16º el actual supuesto 14º y con el número 17º el actual supuesto 15º", observación que también ha sido acogida en la redacción de enero de 2019.

[958] Actualmente, el artículo 11 de la Ley del Registro Civil, establece lo siguiente en su *apartado i) El derecho a promover la inscripción de determinados hechos y actos dirigidos a la protección de los menores, personas con capacidad modificada judicialmente, personas con discapacidad y personas mayores*.

que pasarán a denominarse «procedimientos de modificación de la capacidad de obrar», con vistas a su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. No obstante, por el momento no hay nada, pues ni siquiera en el Proyecto de Ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, presentado el 3 de diciembre de 2010, se recoge alguna previsión en este sentido"[959].

Pues bien, de aprobarse el Anteproyecto, resultaría que no sólo no se recogería previsión alguna en tal sentido, sino que justamente se volvería a suprimir la inclusión efectuada a través de dicha Ley, actualmente, en situación de *vacatio legis* respecto a este artículo y al anteriormente comentado, en el cual figura igualmente la referencia a las personas con capacidad "judicialmente modificada" y, curiosamente, en ambos casos, con el fin de adaptar nuestra normativa a la CDPD.

En otro orden de cosas, en el apartado i del artículo 11 LRC proyectado[960], se mantiene la referencia a las personas mayores, con independencia de que estas presenten discapacidad o no, sino como colectivo separado e independiente de las personas con discapacidad, pero sin especificar o definir ni tan siquiera marcar criterios que nos permitan establecer a partir de cuándo estaríamos en presencia de personas mayores, por lo que todo parece indicar que el elemento diferenciador sería la edad, sin más pero sin que se defina tampoco a cuál exactamente debiéramos de atender pues el concepto de personas mayores no siempre ni en los mismos lugares viene referido al mismo grupo de edad. Así, por ejemplo, la ONU[961] considera mayores a todas aquellas personas a partir de los sesenta años de edad; sin embargo, en el servicio estadístico Eurostat[962] de la Unión Europea, se las considera a partir de los sesenta y cinco. Debiera, por tanto, aclararse en esta ley a quiénes habría de considerar incluidas dentro de dicho colectivo a fin de poder determinar qué actos y hechos accederían en ese caso al registro. No obstante, conviene advertir que la coletilla final del propio artículo 11-i LRC en la redacción del Anteproyecto permitiría que, a criterio del juez o del Responsable del Registro Civil pudieran acceder al mismo hechos o actos de personas respecto de las cuales, sin discusión de edad, "la inscripción registral suponga una particular garantía de sus derechos".

También se suprime la referencia a las personas con capacidad judicialmente modificada en el artículo 44-7 de la LRC[963], cuya modificación

---

[959] LÓPEZ SÁNCHEZ, 2011:303.

[960] La letra i) del artículo 11 se redacta como se indica a continuación: *i) El derecho a promover la inscripción de determinados hechos y actos dirigidos a la protección de los menores, las personas mayores y otras personas respecto de las cuales la inscripción registral supone una particular garantía de sus derechos.*

[961] http://www.un.org/es/events/olderpersonsday/

[962] https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Population_structure_and_ageing/es

[963] La redacción actual del apartado 7 del artículo 44 de la Ley del Registro Civil es: *7. El reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción del hijo podrá hacerse con arreglo a las formas establecidas en el Código Civil en cualquier tiempo. Si se realizare mediante declaración del padre ante el Encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre y del representante legal del hijo si fuera menor de edad o de este si fuera mayor. Si tuviera la capacidad modificada judicialmente se precisará, según la sentencia, el consentimiento de su representante legal, el asentimiento de su curador o el consentimiento del hijo. Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la Ley civil.*

se contempla; en su lugar se introduce una redacción más que confusa[964]. Así, se propone por la CGC que si el reconocimiento de la filiación no matrimonial posterior a la inscripción del hijo se realizase por personas respecto de las cuales se hubiesen establecido medidas de apoyo habrá de estarse a lo que resulte de la resolución judicial que las haya establecido. Es decir, nuevamente podría pensarse que, de haberse resuelto que dicho reconocimiento debiera hacerse asistido de la medida acordada, la persona no podría renunciar a dicha asistencia, lo cual nos llevaría de nuevo a concluir el carácter imperativo de las medidas de apoyo.

Pero el problema principal se plantea a continuación en la misma frase en la que se ordena que "si nada se hubiese dispuesto, se requerirá aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal"; es decir, parece que se está presumiendo, no que la persona es autónoma y capaz de ejecutar el acto por sí misma, sino justamente lo contrario, que no lo es y, por ello, el juzgado debe aprobar el acto con la audiencia del Fiscal. Nótese, además, que el precepto no matiza que nos encontremos ante una persona en situación de requerir medidas de apoyo, sino que lo único que se indica es que no se hayan adoptado tales medidas, con independencia de que aquella tenga o no discapacidad y precise de ellas o no, lo cual resulta a nuestro entender totalmente absurdo.

A partir de enero de 2019 el Anteproyecto introdujo una modificación respecto a lo establecido en el artículo 71-2 LRC, consistente en suprimir las referencias que todavía mantenía respecto a las figuras de la patria potestad prorrogada y rehabilitada vigentes en el ordenamiento jurídico actual.

Otra adaptación terminológica operaría el artículo 72 LRC en su título y en su párrafo 1; se suprime toda referencia a la modificación de la capacidad[965], adaptándose a la nueva nomenclatura y procedimiento de provisión de apoyos. En el texto inicial el proyectado artículo 72 LRC se rubricaba *Sentencias de provisión de apoyos y declaración del concurso de persona física*. En la actualidad, el título del precepto ha cambiado sustituyendo también aquí la referencia a las "Sentencias" por la referencia a las "Resoluciones judiciales". Además, se añade también al mismo, la asistencia al pródigo. La nueva rúbrica reza ahora así: *Resolución judicial de provisión de apoyos, asistencia al pródigo y declaración del concurso de persona física.* También el párrafo primero del proyectado artículo 72 LRC ha sustituido la referencia a "sentencia" por la referencia a "resolución judicial".

---

[964] Artículo 44-7 LRC proyectado: *El reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción del hijo podrá hacerse con arreglo a las formas establecidas en el Código Civil en cualquier tiempo. Si se realizare mediante declaración del padre ante el Encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre y del representante legal del hijo si fuera menor de edad o de este si fuera mayor. Si se tratare de personas con discapacidad respecto de las cuales se hubiesen establecido medidas de apoyo, se estará a lo que resulte de la resolución judicial que las haya establecido, y si nada se hubiese dispuesto, se requerirá aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la legislación civil.* Sobre el inciso 7 del artículo 44 referido el CGPJ formuló otra observación de técnica legislativa al haber apreciado que la nueva redacción excluye el actual segundo párrafo relativo a los casos de inscripción de la filiación derivada de expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil. Por ello, para evitar ese efecto, considera que el artículo 4-3 debiera decir "Se modifica la redacción del primer párrafo del artículo 44-7 con el siguiente texto…". Esta observación ha sido acogida en la versión del Anteproyecto de enero de 2019.

[965] Al igual que sucede en el artículo 75 que irá destinado exclusivamente a los menores, tras la supresión de dicha referencia.

En la reforma prevista, el contenido del artículo 73 LRC se ceñiría a la materia de la oponibilidad de las resoluciones relativas a cualquiera de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad a las que se refiere el artículo anterior[966]. El artículo 73 LRC cohonestaría con el artículo 300 CC cuya reforma no estaba prevista en las primeras versiones del Anteproyecto[967].

Se incorpora también la posibilidad de inscripción de cualquier medida voluntaria de apoyo otorgada por la persona con discapacidad en el nuevo artículo 77 LRC. Este precepto tiene correlación con el artículo 251 CC, cuya redacción fue modificada en versiones posteriores del Anteproyecto a propuesta del CGPJ[968], y con el artículo 300 CC proyectados.

Ya hemos comentado previamente nuestra opinión acerca de la reforma planteada por este Anteproyecto en materia de publicidad registral por lo que, a fin de evitar inútiles reiteraciones nos remitimos a lo ya dicho [969]. Cabe añadir que en las últimas versiones del artículo 83-b LRC, se acogió también en este aspecto la postura del CGPJ [970] respecto del dato

[966] En la actualidad, el artículo 73-1 prevé la inscripción de las resoluciones judiciales por las que se designen tutor o curador a la persona con la capacidad judicialmente modificada, pero también permite el acceso al Registro Civil de las medidas judiciales sobre guarda o administración así como sobre vigilancia o control de dichos cargos tutelares. El párrafo segundo del precepto todavía vigente se refiere a la oponibilidad de todas las resoluciones anteriores siempre que se hayan practicado las oportunas inscripciones. El texto original del Anteproyecto de la CGC suprimía el párrafo primero y reducía su contenido a la oponibilidad de las resoluciones a que se referirían el proyectado artículo 72 que, en una primera versión solo se referían a las sentencias y solo mencionaba expresamente a la curatela exigiendo que la inscripción de la sentencia dictada en procedimiento de provisión de apoyos expresase la extensión y límites de la medida así como si la persona quedaba sujeta a curatela según la resolución judicial. Sin embargo, este último requisito no se extendía a otras figuras de apoyo. La nueva regulación suprime la figura de la tutela para personas mayores con discapacidad pero, como apuntaba también el CGPJ, se prevén otra serie de figuras tuitivas de lo más variado: la curatela con funciones de representación, la curatela asistencial, la guarda de hecho, el defensor judicial. Respecto a estos supuestos, la autoridad judicial puede fijar las salvaguardias que considere necesarias o las medidas de control que le parezcan oportunas. El CGPJ consideraba razonable en su informe que estas figuras tuvieran también acceso al Registro con el fin de garantizar la publicidad necesaria. La nueva redacción del Anteproyecto de enero de 2019, ha acogido igualmente esta pretensión al suprimir la referencia expresa inicial a la curatela e introducir un apartado segundo al párrafo primero del artículo en el que se prevé expresamente la inscripción de cualquier otra resolución judicial sobre los cargos tutelares, medidas de apoyo a personas con discapacidad, en general, y asistencia al pródigo. Tal como alegaba también entonces el CGPJ, la reforma solo contemplaba la inscripción de las medidas judiciales por remisión del artículo 73 al 72, por lo que, al referirse inicialmente solo a las sentencias, impedía la oponibilidad respecto de las demás resoluciones judiciales. Esta cuestión ha sido subsanada también al haberse cambiado el término en el artículo anterior.

[967] Desde enero de 2019, el proyectado artículo 300 CC reza así: *Artículo 300. Las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares, medidas de apoyo a personas con discapacidad y asistencia al pródigo habrán de inscribirse en el Registro Civil.* Respecto a la oponibilidad de las resoluciones, el CGPJ proponía incorporar, como en otros supuestos anteriormente comentados, una norma sustantiva correlativa con el artículo 73 LRC como segundo párrafo del proyectado artículo 299 CC, ya que la reforma planteada inicialmente no contenía una norma similar al vigente artículo 218 CC.. En la redacción de enero de 2019, este artículo pasó a ser el proyectado artículo 300 CC, y ha incorporado también la obligatoriedad de inscripción registral de los documentos públicos notariales sobre las medidas de apoyo a personas con discapacidad.

[968] El CGPJ observaba, respecto a la comunicación de oficio prevista en el artículo 251 citado, que el Anteproyecto no identificaba quién sería el obligado a hacerla, aunque, en concordancia con lo previsto en el artículo 35 LRC resultaba evidente que había de ser el notario. Por ello, proponía como mejora incorporar un párrafo al final del artículo 251 del Anteproyecto quedando entonces redactado como siguen en el sentido de que los documentos públicos "serán comunicados de oficio por el notario autorizante", propuesta acogida en la tantas veces aludida redacción de enero.

[969] *Vid.* Epígrafe 3.1.2.2.4. Disposiciones comunes. Publicidad.

[970] Que difiere de quienes consideran que la publicidad registral de las resoluciones relativas a las medidas de apoyo acordadas pueden vulnerar el derecho a la privacidad reconocido a las personas con discapacidad y protegido por el artículo 22 CDPD. Para el CGPJ, el Anteproyecto en su redacción inicial

especialmente protegido de la discapacidad, el cual consideraba demasiado amplio en la redacción inicial, y lo modificó de tal manera que lo sometido al sistema de publicidad restringida sería el conocimiento concreto de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, determinantes de la discapacidad de la persona u otros datos de carácter personal relacionados o reveladores de esa circunstancia.

Nuestra opinión discrepa de la del órgano directivo de los jueces. El problema que nosotros vemos a esta propuesta del CGPJ es que, aunque pretende ser respetuosa con la persona, respetando su intimidad al mantener restringida la publicidad a los datos específicos de salud, la fórmula amplia o genérica pone de manifiesto la existencia de esa situación de discapacidad que puede terminar siendo igualmente estigmatizante, ya que las medidas de apoyo que han de ser inscritas se acordarán normalmente respecto a personas que presentan alguna discapacidad intelectual o psicosocial con quienes los terceros pueden tener recelos para contratar o realizar cualquier otro acto del que se deriven efectos jurídicos. Además, aunque se plantee con carácter restringido, consideramos que los datos relativos a la salud pertenecen a la esfera más íntima de la persona por lo que su acceso puede constituir una vulneración a su derecho fundamental a la intimidad proscrita en el artículo 22 CDPD.

Por último, el Anteproyecto amplía la legitimación para acceder a los asientos que contengan datos especialmente protegidos, al apoderado preventivo general o a al curador en el caso de una persona con discapacidad[971].

A la vista de lo expuesto, consideramos que la reforma proyectada sobre la LRC ha pretendido su adaptación a la CDPD pero parece haber dado mayor valor a la protección de los intereses de terceros[972], que a la protección de los derechos de las personas con discapacidad a quienes se le hubiesen asignado medidas de apoyo. La inscripción de las medidas de apoyo judiciales y voluntarias, aunque los datos de salud vinculados a la discapacidad pasen a ser de carácter restringido, podrán, en la práctica, producir el efecto contrario al pretendido por la CDPD, cual es la discriminación por el hecho de la discapacidad perpetuando así el estigma que se pretende erradicar.

---

hacía una interpretación del dato especialmente protegido de la discapacidad muy amplia ya que, según afirmaba en su informe consultivo, la definición con la que contamos en nuestro ordenamiento jurídico de la discapacidad es la que encontramos en el artículo 2-a) en relación con el artículo 4, ambos del TRLGD, dentro de la que se incluye expresamente a todas las personas que presenten un grado de discapacidad igual o superior a un 33 %. Esta amplitud supondría, según el CGPJ, una limitación del principio de publicidad consustancial al Registro Civil. Por ello, consideraba que debiera cualificarse de algún modo la inclusión de la discapacidad como dato especialmente protegido y, por tanto, sujeto a publicidad restringida. En su opinión, debería refinarse la redacción del artículo 83-b) LRC, de manera que el alcance del precepto fuera coextenso con la finalidad tuitiva perseguida. Cabría identificar el dato especialmente protegido con la fórmula que propone como "los datos de salud vinculados a la discapacidad" y así, lo sometido al sistema de publicidad restringida sería el conocimiento concreto de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, determinantes de la discapacidad de la persona u otros datos de carácter personal relacionados o reveladores de esa circunstancia. También en esta ocasión, el prelegislador acogió la observación del CGPJ y, en la redacción de enero de 2019 modificó el apartado b) del artículo 83 LRC proyectado dándole la redacción sugerida por éste.

[971] Artículo 84 LRC proyectado.

[972] Haciendo suyas principalmente la práctica totalidad de las aportaciones sugeridas por el CGPJ.

3.1.2.7. Reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria

El artículo séptimo del Anteproyecto en la redacción propuesta por la Sección Quinta de la CGC introduce también modificaciones a la vigente Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV).

Se incorpora un nuevo Capítulo III bis a la reforma proyectada bajo el título "Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad"[973]. Este capítulo nuevo responde a la incorporación del procedimiento al que ya habíamos aludido anteriormente al hablar de la reforma de la LEC, particularmente de su artículo 756, previsto como nuevo cauce procesal para interesar y obtener las medidas de apoyo solicitadas por cualquiera de los legitimados activamente, siempre que se requiera de un curador y cuando no exista oposición.

Nada se dice aquí del defensor judicial cuya regulación, por tanto, entendemos que se mantiene como hasta la fecha, en los artículos 27[974] y siguientes de la LJV, con las modificaciones terminológicas previstas en el ahora artículo dieciocho del Anteproyecto. Sobre la regulación procesal del defensor judicial efectuaremos comentarios más adelante.

El artículo 42 bis a)[975] con el que se inaugura este nuevo Capítulo III bis, regula el ámbito de aplicación, al que nos acabamos de referir, la legitimación, postulación y competencia. Resulta llamativa la legitimación activa prevista en este nuevo procedimiento prácticamente idéntica a la establecida para el procedimiento contencioso regulado en el artículo 757 LEC proyectado, pero con un pequeño matiz respecto a la otorgada a los hermanos. La reforma incorporaría en este precepto el requisito de la convivencia entre hermanos y persona con discapacidad para reconocerles a aquellos dicha legitimación activa, requisito que no se exige en el artículo de la LEC, lo cual parece una discordancia a la que no encontramos explicación, máxime cuando esa exigencia se prevé justamente para el procedimiento en el que previsiblemente no existirá oposición.

---

[973] En su redacción inicial, la reforma de la LJV del Anteproyecto comenzaba con la modificación del artículo 43 LJV. Sin embargo, a partir de enero de 2019 se introduce este nuevo Capítulo.

[974] Aunque, con VIEIRA MORANTE, 2016:376 y con LOIZU ONIEVA, 2018:29, somos de la opinión de que los expedientes para el nombramiento de defensor judicial contemplados en la LJV van dirigidos a garantizar la defensa de las personas con capacidad modificada, eso es, se prevé como un nombramiento con carácter temporal y procesal más que con ese carácter de figura de apoyo que introduce el Anteproyecto.

[975] *Artículo 42 bis a). Ámbito de aplicación, legitimación, postulación y competencia.*

1. En los supuestos en los que, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de curador, y no exista oposición por las circunstancias concurrentes por parte de cualquiera de las personas legitimadas en virtud del apartado siguiente, los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirán por lo dispuesto en este Capítulo.

2. Podrá promover este expediente el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, y sus descendientes, ascendientes, o hermanos, siempre que en este último caso convivan con aquélla.

3. En este expediente la persona con discapacidad podrá actuar con su propia defensa y representación. Si no fuera previsible que proceda a realizar por sí misma tal designación, con la solicitud se pedirá el nombramiento de un defensor judicial, que actuará por medio de Abogado y Procurador.

4. Será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia de la residencia de la persona con discapacidad. Dicho órgano judicial será asimismo competente para conocer de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas posteriores, siempre que la persona con discapacidad resida en la misma circunscripción. En caso contrario, para conocer de alguna de esas incidencias, será preciso que se pida testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, el cual lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud.

También se observa otra discordancia entre este artículo y el 757 LEC propuesto en relación con la legitimación activa del Ministerio Fiscal. La LEC obliga al Ministerio Público a la presentación de la demanda de provisión de apoyos, al indicar expresamente que "deberá" hacerlo, pero la LJV simplemente le faculta para ello, al emplear el verbo "podrá", al igual que el resto de legitimados, lo cual parece más acorde con la CDPD, pues la propia persona con discapacidad podría no querer ser dotada de medidas de apoyo por lo que nadie "debería" solicitarlas en este caso.

El apartado 3 de este nuevo artículo 42 bis a) LJV, establece la posibilidad de que la persona con discapacidad intervenga asistida de letrado y representada por procurador, pero no obliga a ello. Sin embargo, incorpora una curiosa precisión: si no fuera previsible que proceda a realizar por sí misma la designación, con la solicitud se pedirá el nombramiento de un defensor judicial, que actuará por medio de Abogado y Procurador. Nos resulta curiosa esta previsión, por cuanto, la legitimación activa puede corresponder a la propia persona con discapacidad que puede no haber previsto voluntariamente el nombramiento de su Abogado y Procurador y también puede ser previsible que no proceda a realizar por sí misma tal designación en el futuro. Por ello, no comprendemos cómo será posible que, en la propia solicitud pida el nombramiento de un defensor judicial que actuará por medio de tales profesionales. Por ello, creemos que este nombramiento está pensado más bien como medida de salvaguarda para los casos en que la persona con discapacidad figure como demandada.

En cuanto a la competencia funcional y territorial, coincide con el procedimiento contradictorio previsto en la LEC.

En el nuevo artículo 42-bis b) LJV se regula el nuevo procedimiento al que nos hemos referido. Junto con la solicitud inicial han de acompañarse los documentos que justifiquen la necesidad de las medidas interesadas y también un informe pericial, pericia que entendemos será acorde con lo que vaya a constituir el objeto del apoyo. En nuestra opinión, la aportación preceptiva de la pericia podría resultar desproporcionada e incluso costosa en algunos casos, incluso podría convertirse en un elemento disuasorio de la solicitud. Además, dependiendo del legitimado que actúe, podrá ser a veces incluso difícil de conseguir.

Ya en ese mismo escrito habrá de solicitarse la práctica de las pruebas que pretendan hacerse valer en la comparecencia, lo que le dará agilidad al procedimiento.

Tras ello, el Letrado de la Administración de Justicia convocará a una comparecencia a las partes y al Ministerio Fiscal. Lo que no aclara el artículo es qué ocurrirá en el caso de que la persona con discapacidad no concurriese aunque el párrafo 3 establece que en la comparecencia se procederá a la entrevista judicial de aquella. Este artículo concreto no prevé ningún tipo de ajuste o mecanismo que garantice la accesibilidad de la persona con discapacidad al procedimiento judicial, por lo que habremos de remitirnos a lo previsto en el actual artículo 18 LJV[976], que permanece inalterado, y cuyos

[976] Para VIEIRA MORANTE, 2016:375-376, la vigente LJV se preocupa de garantizar, a través de los medios y apoyos necesarios, la intervención de las personas con discapacidad en la comparecencia en términos que les sean accesibles y comprensibles (art. 18.2), cuya celebración prevé como regla general (arts. 17), salvo que no fuera necesaria la práctica de prueba y el juez o secretario (ahora letrado de la

apartados 2-2º y 2-4º sí contemplan que la comparecencia que se celebre ante el Juez o el Letrado de la administración de justicia será garantizada a través de los medios y apoyos necesarios; la intervención de las personas con discapacidad en términos que les sean accesibles y comprensibles; además de que la autoridad judicial o el Letrado de la administración de justicia podrán acordar que dicha comparecencia se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, a excepción del Ministerio Fiscal que sí podría asistir[977]. Con esta última previsión se reforzaría la no aplicación a los procedimientos de la LJV del principio de aportación de parte. Igual que en el procedimiento contencioso de provisión de apoyos, se reconoce la posibilidad de que el órgano judicial adopte una postura activa para la protección de los intereses de las personas afectadas por el procedimiento[978].

La oposición de la persona con discapacidad o de cualquiera de los demás interesados, manifestada en la comparecencia, podrá fin al expediente, lo cual parece lógico[979]; por lo que reaparece de nuevo el fantasma de la obligatoriedad de las medidas judiciales. Ello podrá hacerse sin perjuicio de que el Juez pueda adoptar las medidas de apoyo de la persona con discapacidad o de su patrimonio que considere convenientes, y que podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso. Desde nuestro punto de vista, esto solo sería acorde con la CDPD si la persona a quien van destinadas las medidas no fuera quien hubiera manifestado su oposición o incluso mejor, si hubiera expresado su acuerdo con respecto a las mismas, durante la tramitación del Expediente de Jurisdicción Voluntaria; es decir, si la oposición se hubiera expresado por cualquiera de los otros legitimados que hubieran estado presentes[980].

El Capítulo incorpora un nuevo articulo 42 bis c) que ordena la revisión periódica de las sentencias que contengan las medidas de apoyo que, a su vez, deberán ser conformes con lo previsto en el artículo 266 y siguientes del CC según el Anteproyecto[981].

Se modifica, también el artículo 43 LJV, referido a la tutela, curatela y guarda de hecho, pero no al defensor judicial a pesar de ser esta también otra de las medidas de apoyo reguladas en el Anteproyecto. El defensor judicial

---

Administración de Justicia, nueva denominación establecida por la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio) no consideraran necesaria la celebración de la comparecencia para la mejor resolución del expediente. Con la misma finalidad de dar una adecuada protección a las personas vulnerables, prevé en el mismo art. 18 que el juez o el letrado de la Administración de Justicia puedan acordar que "la audiencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, pudiendo asistir el Ministerio Fiscal". Y prevé que, en todo caso, se garantice "que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles, y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario", así como que esa exploración sea grabada en soporte audiovisual, siempre que sea posible.

[977] LOIZU ONIEVA, 2018:28.

[978] MUÑOZ GARCÍA, 2015:103. En nuestra opinión, según venimos manteniendo a lo largo de este trabajo, no parece compatible con la CDPD asignar medidas sin conocer la voluntad de la persona ni tampoco la incomparecencia de la persona para ser oída al respecto, aunque en los casos de necesidades más intensas el procedimiento será el canal para conocer o interpretar su voluntad.

[979] Párrafo 4 del artículo 42-bis b), en consonancia con lo previsto en el artículo 756 LEC proyectado.

[980] No se considera motivo de oposición únicamente el relativo al nombramiento de curador.

[981] Se contempla la posibilidad de interponer incidente de modificación de las sentencias si sobrevienen nuevas circunstancias. Su tramitación será conforme a lo dispuesto en este Capítulo o, en su caso, en el artículo 761 LEC.

continuará rigiéndose, entonces, por lo previsto en los artículos 27 y siguientes de la LJV, como ya anticipábamos anteriormente.

Fuera de la adaptación terminológica que también hemos mencionado, introducida en el Anteproyecto y que, sustituye la referencia a la "persona con capacidad judicialmente modificada" por la de "persona con discapacidad", el artículo 27 LJV permanece inalterado. Por lo tanto, no recoge la nueva concepción de la figura del defensor judicial definida en el artículo 249 CC proyectado ni tampoco concuerda del todo con lo previsto en el artículo 293 CC del Anteproyecto, particularmente, con lo dispuesto en los párrafos 1-2 y 4. Por ello, consideramos que debía aprovecharse la tramitación para casar coherentemente el CC y la LJV en este aspecto.

Tampoco se refiere la rúbrica del capítulo a ninguna de las medidas acordadas voluntariamente y ello pese a que, como veremos enseguida, el procedimiento también sería aplicable respecto a la extinción de poderes preventivos.

Se suprime en el artículo 43 LJV proyectado la referencia a la persona "con capacidad modificada judicialmente" y se sustituye este término por el de "persona con discapacidad". Este cambio de denominación, que se repetirá en los artículos siguientes de la reforma proyectada, había sido criticado, a nuestro juicio acertadamente, por quienes consideran que, en puridad, la expresión sustituida en realidad no es equivalente a la sustituta ya que no todas las personas con discapacidad requieren medidas de apoyo[982]. Por ello, la sustitución debería ser por la más amplia referida a las personas con discapacidad que requieran medidas de apoyo, o una expresión similar, pero en ningún caso mantener la propuesta que se refiere a todas las personas con discapacidad en general[983].

La segunda modificación introducida por el precepto se refiere a la competencia del juzgado que deberá tramitar el expediente de jurisdicción voluntaria y que ha de ser también el mismo que siguió un procedimiento contencioso de provisión de medidas de apoyo o un expediente previo de tutela, curatela o guarda de hecho salvo que la persona a quien afecten las medidas hubiera trasladado su residencia a un lugar distinto del partido judicial referido. En este caso, el expediente se tramitará en el juzgado que corresponda dentro del nuevo partido judicial donde resida ahora la persona para lo cual habrá de pedirse testimonio del expediente completo al juzgado que anteriormente hubiera tramitado alguno de los procedimientos mencionados.

Se mantiene el carácter no preceptivo de asistencia letrada[984] y representación por procurador a excepción de los expedientes relativos a la

[982] Tanto por el CES en su informe consultivo como la Fundación Derecho y Discapacidad.

[983] Esta confusión terminológica también fue observada por el CES en la MAIN que acompaña al Anteproyecto cuando alude a que no se puede hablar de "incapacidad" o "incapaces" sino de "personas con discapacidad", términos que, como pone de relieve el CES, tampoco son equivalentes.

[984] Sin embargo, no ha de olvidarse, como recuerda al comentar la STC de 18 de Septiembre de 2011, MIRANDA ESTRAMPES, 2011, que "el Tribunal (se refiere al Constitucional) impone a los órganos judiciales, en este tipo de procesos (en alusión a los procedimientos de incapacitación), una actuación *pro activa* en orden a asegurar y garantizar la efectividad del derecho de defensa y de asistencia letrada removiendo aquellos obstáculos que puedan impedir su ejercicio, de tal modo que la vulneración de dicho derecho puede tener su origen –como sucedió en el presente caso- en la propia pasividad del órgano judicial y en la no adopción de medidas tendentes a garantizar la efectividad de dicho derecho fundamental, incluso a pesar de la pasividad del titular del derecho" En este sentido,

remoción de tutor o curador, extendiéndose también la excepción a los expedientes relativos a la extinción de poderes preventivos siendo necesaria en estos casos la asistencia letrada. Es decir, a pesar del título, el capítulo también afecta a algunas de las medidas preventivas acordadas por la persona con discapacidad, como anticipábamos.

El artículo 44 LJV se reforma principalmente para adaptarlo a la nueva terminología del Anteproyecto. Así, se aplicará lo dispuesto en la misma Sección para la constitución de tutela y nombramiento de curador cuando, tras la tramitación de un procedimiento de provisión de apoyos, haya de procederse al nombramiento de un nuevo curador en sustitución de otro removido o fallecido[985].

La misma adaptación terminológica se observa en la modificación del artículo 45 LJV relativo a la tramitación donde nuevamente se suprime la referencia a las personas "con capacidad judicial modificada" y se introduce la referencia a las "personas con discapacidad" en general, sustitución a la que son de aplicación las críticas anteriormente expuestas. Esta adaptación terminológica no es, sin embargo, mencionada en el apartado específico dedicado a la sustitución de términos que figura al final de la modificación proyectada de la LJV[986].

Se mantiene en el reformado artículo 45 LJV, la obligación de aportación, dentro de la documental, entre otros, de la certificación de últimas voluntades de los padres que hubiesen fallecido además del testamento o documento público en el que hubiesen designado tutor o curador, así como el documento público de la propia persona con discapacidad que hubiese establecido alguna previsión en el mismo sentido[987].

Como hasta la fecha, no se establece ningún orden de prelación entre la documental aportada; lo más acorde con el espíritu de la CDPD y con el del

---

continuaba el autor, que la Sentencia, en la que por primera vez el Tribunal Constitucional se refería a la CDPD, citaba "el art. 13 de dicha Convención, que bajo la rúbrica *Acceso a la justicia*, impone a los Estados Partes la obligación de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos en todos los procedimientos judiciales. Es decir, la situación de discapacidad puede obligar a introducir determinados "ajustes" en los procedimientos judiciales con la finalidad de asegurar y proteger los derechos de las personas con discapacidad compensando de esta forma la eventual desigualdad en que puedan encontrarse". A fin de garantizar la igualdad en el procedimiento y, como medida de salvaguardia del artículo 12-4 CDPD, el prelegislador podía haber aprovechado para exigir la asistencia letrada y representación por procurador en este tipo de procedimientos; sin embargo, habiendo optado por no hacerlo, los jueces y tribunales deberán seguir lo ordenado por el Tribunal Constitucional, en cuanto a ese papel proactivo que les encomienda para garantizar la igualdad de las partes en este tipo de procedimientos.

[985] Para la mayor parte de la doctrina, el actual expediente tramitado al amparo del artículo 44 LJV es de naturaleza constitutiva ya que en él el Juez no se limita a constatar unos hechos sino a crear un órgano de protección, administración y representación, pues sin su intervención no pueden existir ni la tutela ni la curatela. *Vid.* LIÉBANA ORTIZ & PÉREZ ESCALONA, 2015:284 y autores citados en nota[85]. Sin embargo, con el cambio de paradigma introducido por la CDPD y, teniendo en cuenta la voluntariedad en el uso de los apoyos asignados, según indica el Comité, cabría preguntarse si la naturaleza jurídica no cambiaría también tras la entrada en vigor de la reforma proyectada.

[986] Otro cambio terminológico que hemos observado en las diferentes redacciones del Anteproyecto es la sustitución de las referencias a la persona "afectada" o al "afectado" por la de "persona con discapacidad". Esa modificación se observa, en este artículo al comienzo de su párrafo 4-2º, aunque se mantiene al final del mismo; pero también, se aprecia en el párrafo 5-2º; en el artículo 51-bis-2º proyectado; o en el artículo 51-ter-2º del Anteproyecto inicial.

[987] Se observa una referencia a la tutela que debe entenderse referida únicamente a los menores y la referencia al documento público de la propia persona con discapacidad, a las adultas con discapacidad.

propio Anteproyecto es la prioridad del documento otorgado por la propia persona sobre cuestiones que a ella le afectan por encima de la voluntad de sus progenitores.

Una prueba más de la adaptación terminológica que engloba asimismo el cambio de paradigma introducido por la CDPD la encontramos en el segundo párrafo del apartado 2 de este mismo artículo en el que se ordena que la actuación de Juez y Ministerio Fiscal se fundamente en los principios de protección del "interés superior" referido únicamente al menor y el principio de respeto a la "voluntad, deseos y preferencias en lo que conste", en relación con las personas adultas con discapacidad, adoptando las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas se supone que para demostrar la voluntad de la persona.

Se detecta, no obstante, cierta falta de ambición en el procedimiento propuesto al conformarse con acreditar la voluntad, deseos y preferencias solo "en lo que conste", sin fijar ningún mecanismo procedimental para, a falta de tal constancia, alcanzar a averiguar e interpretar la mejor voluntad real y presente de la persona afectada por las medidas. En todo caso, en ausencia de previsiones, la autoridad judicial deberá fijar medidas de control sobre el tutor o curador. Se mantiene la posibilidad de recurrir la resolución dictada por la autoridad judicial en este expediente de jurisdicción voluntaria.

El recurso no tendrá efectos suspensivos por lo que la intención del legislador podría ser la de otorgar un carácter imperativo a las medidas acordadas, ya que durante la sustanciación del mismo la persona con discapacidad quedará bajo el "cuidado" de su curador y la administración de su caudal también, "según proceda, bajo las garantías que le parecieren suficientes al juez"[988]. Ello debiera ser sólo así para aquellos casos extremos en que no hubiere constancia de la voluntad de la persona pues, en caso contrario, el juez habría de atenerse a ésta por mor de lo dispuesto en los artículos 248, 251, 266, 267, 268 o 280 CC proyectados, entre otros.

Se modifica el derecho a retribución del tutor o curador (artículo 48 de la LJV proyectado); pero nada se aclara tampoco en cuanto a la posibilidad de obtención de retribución por parte de las entidades públicas con lo cual este tema seguirá sometido a los diferentes criterios jurisprudenciales.

Por otra parte, el precepto obliga, con carácter previo a dictar resolución, a la celebración de una audiencia de la persona con discapacidad si fuera posible sin que se imponga expresa y particularmente ningún ajuste de procedimiento que garantice la posibilidad de que dicha audiencia pueda ser llevada a cabo.

Se echa en falta en la reforma proyectada de la LJV un precepto similar al artículo 7 LEC incorporado en la redacción de enero de 2019 al Anteproyecto, aunque podemos encontrar una cierta correspondencia con lo previsto en el artículo 18 LJV en vigor, que permanece inalterado, como hemos visto. Esto mismo sería aplicable a la previsión de audiencia del nuevo artículo 49 propuesto relativo a la remoción del cargo de tutor o curador[989], así

[988] Obligación que se repite en el apartado 4 del siguiente artículo 46 relativo a la obligación de realización de inventario por quien haya sido designado tutor o curador.

[989] El apartado 1 del artículo 49 en la redacción presentada por la CGC establece: *1. En los casos previstos por el Código Civil, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal, del tutelado, del sujeto a curatela o de otra persona interesada, se podrá acordar la remoción del tutor o del curador, previa celebración de comparecencia. En esta se oirá al tutor o curador, a las personas que puedan sustituirle*

como al traslado del informe de rendición de cuentas a la persona con discapacidad previsto en el nuevo artículo 51-2[990].

Novedad importantísima es la que se introduce en el artículo 51 bis LJV de nueva creación[991] que prevé expresamente la revisión periódica de las resoluciones judiciales dictadas en los procedimientos de provisión de apoyos[992]. Como plazo primero de revisión se ordena el que se fije en la propia sentencia que acuerde las medidas. Solo para el caso en que nada se hubiera previsto, el precepto obliga a que la revisión se haga, al menos, cada tres años.

Ya advertíamos al comentar el artículo 761 LEC y ponerlo en relación con el artículo 51 bis LJV que ahora tratamos, que la nueva redacción del Anteproyecto mantiene en éste, la obligación de práctica de pericial médica en lo que, consideramos, ha sido un error por parte del prelegislador que, inicialmente, mantenía el paradigma médico en la reforma de la legislación procesal[993].

La nueva redacción del Anteproyecto mejora la previsión inicial, al ampliar, como era lógico, el número de legitimados para dar traslado de todas las actuaciones practicadas durante la revisión de las medidas también a la propia persona destinataria de las mismas y no solo al curador y al Ministerio Fiscal, como se establecía al principio. Ahora, también la propia persona con discapacidad podrá alegar lo que considere pertinente en el plazo de diez días.

El artículo no hace ninguna mención expresa a la revisión de las sentencias o resoluciones judiciales en las que se hubiesen adoptado otro tipo de medidas judiciales como el defensor judicial (habrá que estarse a los artículos 27 y siguientes de la LJV, con las discordancias ya comentadas) o aquellas relacionadas con el ejercicio de la guarda de hecho (especialmente cuando se constate judicialmente para la atribución de facultades de representación) olvidando que éstas también deben ser objeto de revisión[994].

---

en el cargo, a la persona con discapacidad si fuere posible, al menor si tuviere suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, y al Ministerio Fiscal.

[990] El párrafo 2 del artículo 51 propuesto por la CGC presenta la siguiente redacción: *2. Presentados los informes, el Letrado de la Administración de Justicia los trasladará a la persona con discapacidad, si fuera posible, al menor si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, a aquellos que aparecieran como interesados en el expediente y al Ministerio Fiscal. Si alguno de los anteriormente mencionados lo solicitara en el plazo de diez días, se citará a todos ellos a una comparecencia, pudiéndose proponer de oficio o a instancia de parte las diligencias y pruebas que se estimen oportunas.*

[991] Que ha de ponerse en relación con el artículo 761 LEC y con el 266 CC proyectados.

[992] El nuevo artículo 51 bis introducido en la redacción de la CGC lleva por rótulo: *Revisión periódica de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente.*

[993] Consideramos que se trata de un error por omisión, pues no tendría ningún sentido haber modificado la exigencia de pericial médica ampliándola a cualquier pericial que el juez considerase necesaria atendiendo a lo interesado en la demanda para la designación de medidas y no haberlo hecho así para su revisión o modificación. Parece lógico pensar que para ello el juez se valga de las mismas o similares pericias de las que se sirvió para acordar las medidas. *Vid.* nuestros comentarios en relación con el nuevo procedimiento establecido en el proyectado artículo 42-bis b), párrafo primero LJV.

[994] Bien es cierto que, sistemáticamente, el nuevo artículo se ubica al final de la sección 2ª del Capítulo IV dedicada a la tutela y la curatela, pero también es cierto que el título del artículo se refiere en general a las *medidas de apoyo adoptadas judicialmente* sin distinción de ningún tipo. Además, tampoco en la sección tercera, dedicada a la *guarda de hecho*, encontramos otro precepto con una previsión similar para esta figura y, si bien es cierto que la guarda de hecho es una figura fáctica, no ha de olvidarse que para ciertos supuestos necesita de autorización judicial para su intervención en ciertos actos que afectan al guardado por lo que también estas medidas autorizadas deben ser objeto de revisión.

Se observa un avance importante en la última redacción del Anteproyecto hasta la fecha para superar el paradigma médico, que todavía se mantenía en la versión original del párrafo 3º del artículo 52 *in fine*[995]. La nueva redacción, en concordancia con los demás cambios operados en el texto del Anteproyecto, se refiere ahora a pericial sin calificativos, por lo que el juez podrá solicitar la que le parezca oportuna atendiendo a las circunstancias del caso[996].

En el párrafo segundo del artículo 52, se fijan los supuestos para los cuales el guardador de hecho precisaría siempre de autorización judicial y que serían aquellos para los que la ley exigiría representación, así como aquellos otros que impliquen riesgo para la vida, integridad física o libertad para la persona cuidada por el guardador[997]. Respecto a estos últimos, especialmente los que supondrían riesgo para la vida o la integridad física, podríamos encontrarnos también aquí con una colisión con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuando el acto que suponga riesgo para la vida, integridad o libertad de la persona se realice dentro del ámbito médico-sanitario, esto es, cuando se trate de autorizar algún tipo de intervención que ponga en riesgo los derechos anteriormente mencionados[998]. Así, este precepto determina que, en los casos y con los requisitos allí descritos, el consentimiento se prestaría por las personas vinculadas al paciente (tenga o no discapacidad) por razones familiares o de hecho, lo que incluiría al guardador de hecho, sin que se requiera para ello autorización judicial de ningún tipo. De aprobarse el texto así propuesto, el artículo 9 no quedaría, sin embargo, derogado en este aspecto, en virtud del principio general *lex specialis derogat legi generali* que ha de primar sobre el principio *lex posterior derogat priori*,

[995] Entonces, se facultaba al juez para que, antes de tomar la decisión a que se refería el párrafo anterior, solicitase un informe del médico forense para acreditar la situación de la persona con discapacidad respecto de la cual se interesaba autorización por parte del guardador de hecho para la realización de ciertos actos.

[996] La redacción del nuevo Artículo 52-3 LJV, en la redacción dada por la primera versión del Anteproyecto de la CGC era la siguiente: *En estos casos, antes de tomar una decisión, el Juez examinará por sí mismo a la persona con discapacidad, y podrá solicitar un informe pericial de un médico forense para acreditar la situación de esta. También podrá citar a la comparecencia a cuantas personas considere necesario oír en función del acto cuya autorización se solicita.*

[997] Nuevamente nos encontramos con la problemática ya comentada sobre la necesidad de regular estos actos de trascendencia personal mediante ley orgánica. En su Informe consultivo, el Consejo de Estado recomendaba, al igual que hiciera con el proyectado artículo 216 del CC, la sustitución de la frase "También se requerirá dicha autorización para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a la que el guardador de hecho preste apoyo" por "También se requerirá dicha autorización para prestar consentimiento en los actos que impliquen actos de trascendencia personal, a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento o similar".

[998] El vigente artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, al que nos hemos referido en más de una ocasión, regula en su párrafo 3º el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: *a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho; b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia; c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.*

como nos recuerda el profesor TARDÍO PATO[999]. Así, dentro del ámbito sanitario, continuaría aplicándose la Ley 41/2002 o la autonómica de aplicación, pero fuera de aquél se aplicaría lo previsto en la LJV de manera que el guardador de hecho debería obtener previa autorización judicial para la realización de los actos mencionados.

Ahora bien, la lectura del nuevo precepto invita a una nueva reflexión respecto a alguna materia que podría encuadrarse tanto dentro del ámbito sanitario como fuera de él. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, al ámbito de los ingresos en centros, particularmente centros sociosanitarios[1000] donde, sin duda, podría entenderse puesta en riesgo la libertad de la persona con discapacidad; o la adopción de medidas de sujeción o contención con las que, además de la libertad, podría ponerse en riesgo la integridad, la seguridad o incluso la vida de la persona. Dependiendo del ámbito en el que encuadremos tales actos, sanitario o no, podría ser requerido o no el consentimiento por representación. En todo caso, nos encontraríamos aquí también con otro problema y es que, en tanto en cuanto no se regulen mediante ley orgánica todas las cuestiones que supongan restricción de derechos fundamentales, existe el riesgo de una nueva declaración de inconstitucionalidad de los preceptos así aprobados mediante ley ordinaria.

Una segunda reflexión, al hilo de la lectura de este artículo es si, pese a tener guardador de hecho, la persona con discapacidad podría concurrir por sí misma, esto es, sin asistencia de su guardador, a prestar consentimiento para tales actos o si, por el contrario, la intención del legislador sería la de la obligada concurrencia de su guardador con el refuerzo, además, para tales actos de la autorización judicial preceptiva. En este último caso, se estaría poniendo en cuestión entonces la capacidad jurídica (plena) de la persona para tomar sus propias decisiones. En concordancia con la CDPD y también con el espíritu del Anteproyecto, la respuesta debiera ser que la persona con discapacidad, si así lo decidiese, podría intervenir por sí misma.

Permanecen inalterados los artículos 59 y 60 LJV, reguladores del expediente para la obtención de autorización judicial del consentimiento a las intromisiones legítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuando el Ministerio Fiscal se hubiera opuesto al consentimiento otorgado por el representante legal de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente. Para la resolución de este expediente, cuya legitimación activa se otorga en exclusiva al representante legal de la persona "con capacidad

[999] TARDÍO PATO, 2003:189-225. Este autor explica que cuando la norma general y la norma especial se encuentran en dos documentos normativos distintos, lo normal es que se produzcan interferencias entre el principio de especialidad normativa y los principios de temporalidad de las normas (*lex posterior*) y jerarquía normativa (*lex superior*), y es aquí cuando el principio de especialidad normativa manifiesta sus últimas consecuencias. A) Si la norma general y la norma especial se encuentran en dos documentos normativos de distinta cronología e idéntico rango jerárquico y el documento en el que se halla la norma general es posterior a aquel en el que se encuentra la norma especial, entran en tensión los principios de especialidad normativa y de temporalidad de las normas…En nuestro Derecho,…, el criterio establecido en el Código Civil es más depurado [que el italiano] y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo otorga primacía al principio de especialidad normativa…

[1000] Los ingresos asistenciales eran tratados en el segundo de los Anteproyectos redactados por la CGC, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales que finalmente se descartó.

modificada judicialmente", la autoridad judicial debe atenerse, por tanto, al "interés superior" de la persona con discapacidad. La distorsión de estos artículos con el nuevo paradigma y con la reforma propuesta resulta evidente[1001].

Se incluye en el Anteproyecto, por último, la modificación de los artículos 61, 62 y 65 de la LJV, agrupados todos ellos en el Capítulo VIII del Título I[1002] referido a aquellos actos para los cuales, según el CC, o la Ley 41/2003 sobre patrimonio protegido, el representante legal del menor o persona con discapacidad o el administrador de un patrimonio protegido necesiten autorización judicial para la realización de los actos a los que dicho capítulo se refiere.

Con la modificación del artículo 62 LJV se determina que la competencia territorial del juzgado la marcará el domicilio o lugar de residencia del menor o persona con discapacidad.

En cuanto a la legitimación activa, concretada en el párrafo 2 del mismo precepto, se limita a quienes ostenten la representación legal del menor o persona con discapacidad para el acto concreto así como al curador o al defensor judicial, en su caso, pero también al sometido a tutela o curatela, "si no le hubiese sido prohibido". Es decir, se admite la posibilidad de que se pueda privar a la persona con discapacidad del derecho a disponer o enajenar sus bienes lo cual constituye una evidente restricción de su capacidad jurídica, expresamente proscrita por la CDPD, especialmente en su art. 12-5[1003].

Para los actos de gravamen sobre bienes o derechos pertenecientes al menor o persona con discapacidad, se aplicará lo previsto para la venta a excepción de la exigencia de subasta pública, según lo previsto por el párrafo 4 del artículo 65 LJV en la redacción presentada por la Sección Quinta de la CGC. El párrafo habla de persona con discapacidad en general, pero debe entenderse persona con discapacidad que precise de apoyos para la realización de ese acto concreto, como ya hemos destacado anteriormente en relación con otros preceptos proyectados.

La última redacción del Anteproyecto hasta la fecha amplía el ámbito de reforma respecto de la propuesta inicial. Se da una nueva redacción a la Sección 3ª del Capítulo II del Título III bajo la rúbrica: *De las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con discapacidad.* Se propone, en primer lugar, la modificación del artículo 87 LJV[1004], ya que la

[1001] Sobre la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención, PALOMINO DÍEZ, 2015:514. Para esta autora la norma internacional concreta mejor el alcance que ha de tener esta protección, en éste y en otros muchos aspectos, y demanda del legislador una actuación positiva en orden a adecuar nuestro ordenamiento jurídico vigente a su contenido, en referencia al artículo 22 CDPD.

[1002] El vigente Capítulo VIII se rubrica *De la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente.*

[1003] Para la tramitación de este expediente no será preceptiva, con carácter general, la asistencia letrada ni representación por medio de procurador, si el acto es inferior a 6000 € y ello con independencia de la capacidad económica o poder adquisitivo del disponente y del impacto económico que el negocio tenga sobre su patrimonio. Si fuere superior, la solicitud inicial podría hacerse igualmente sin dicha presencia pero, el juez podría ordenarla a tenor de la dificultad del asunto.

[1004] Cuya redacción pasa a ser la siguiente: Artículo 87. *Ámbito de aplicación, competencia y legitimación. 1. Se aplicarán las disposiciones de esta Sección para adoptar medidas en relación al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de menores o personas con discapacidad o a la administración de sus bienes en los casos a que se refieren los artículos 158, 164, 165, 167, 200 y 248 del Código Civil. Y en concreto:*

a) Para la adopción de las medidas de protección de los menores establecidas en el artículo 158 del

modificación del Código Civil obliga imperativamente a esta otra reforma, pues la remisión anterior en el párrafo primero, a los artículos del Código Civil no casaba con los artículos correspondientes, tras la reforma introducida por el Anteproyecto, por una parte y, porque, en cuanto al contenido, hay medidas, como las previstas en el artículo 158 CC que ya no serían aplicables a las personas con discapacidad sino solo a los menores.

En cuanto al párrafo segundo, se observa, en primer lugar, una adaptación terminológica. Se sustituye "persona con capacidad modificada judicialmente" por "persona con discapacidad", adaptación que también se hace en el párrafo tercero. Se produce también un cambio de redacción respecto a la competencia territorial, separando la situación que afecta a los menores de la de las personas con discapacidad, para determinarla en los casos en que no será competente el Juzgado o Tribunal del lugar de su domicilio o residencia.

Se modifica también el artículo 88 LJV relativo a la resolución del expediente. En ella, si el juez estimase que procede la adopción de medidas, resolverá lo que corresponda y nombrará a la persona o institución que, en su cargo, deberá prestar apoyo a la persona con discapacidad, y adoptará las medida oportunas, según lo establecido en el Código Civil. Pero el artículo, finaliza diciendo que el juez también podrá, si procediese, nombrar un defensor judicial. Esto último genera cierta confusión pues, si este procedimiento está pensado para la designación de curador cuando no hubiere oposición y, además, el propio artículo está diciendo que el juez nombrará a la persona que prestará el apoyo, no se entiende muy bien cuál es la finalidad aquí del defensor judicial[1005].

Código Civil.

b) Para la adopción de las medidas previstas en el artículo 248, último párrafo, del Código Civil en relación con las personas con discapacidad.

c) Para el nombramiento de un administrador judicial para la administración de los bienes adquiridos por el hijo por sucesión en la que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, y no se hubiera designado por el causante persona para ello, ni pudiera tampoco desempeñar dicha función el otro progenitor.

d) Para atribuir a los progenitores que carecieren de medios la parte de los frutos que en equidad proceda de los bienes adquiridos por el hijo por título gratuito cuando el disponente hubiere ordenado de manera expresa que no fueran para los mismos, así como de los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, y de aquellos donados o dejados a los hijos especialmente para su educación o carrera.

e) Para la adopción de las medidas necesarias para asegurar y proteger los bienes de los hijos, exigir caución o fianza para continuar los progenitores con su administración o incluso nombrar un Administrador cuando la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo.

2. Será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad. No obstante, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que hubiera conocido del inicial:

a) Si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores o la atribución de la guarda y custodia de los hijos hubiera sido establecido por resolución judicial, así como cuando estuvieran sujetos a tutela.

b) Cuando la medida de apoyo de la persona con discapacidad hubiera sido provista judicialmente. 78

3. Las medidas a que se refiere este Capítulo se adoptarán de oficio o a instancia del propio menor o persona con discapacidad, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal. Cuando se soliciten respecto de una persona con discapacidad, podrán adoptarse asimismo a instancia de cualquier interesado.

[1005] La modificación del artículo 89 es básicamente terminológica. Su contenido, en esencia, se mantiene igual.

Las últimas versiones del Anteproyecto incorporan dentro de los supuestos en los que se requiere autorización judicial para aceptar una herencia sin beneficio de inventario, a los curadores representativos[1006].

La legitimación para promover el expediente para la aceptación o repudiación de la herencia se amplía[1007] a los propios llamados a la herencia, que deberán ser representados por el Ministerio Fiscal –entendemos que obligatoriamente- si son personas con discapacidad con curador representativo; también el curador representativo de la persona con discapacidad cuando la resolución judicial de provisión de apoyos exija autorización o aprobación judicial para la realización de los actos a que se refiere este capítulo y se mantiene la legitimación del defensor judicial si no se le hubiera dado la autorización en el nombramiento y de los acreedores del heredero que hubiera repudiado la herencia.

El Anteproyecto mantiene inalterado el artículo 139 LJV[1008], de suerte que continúa vedada la conciliación para las personas con "capacidad modificada judicialmente" -expresión que, a tenor de lo previsto en el apartado dieciocho del Anteproyecto al que enseguida nos referiremos, ha de ser sustituida por la de "personas con discapacidad"- para la libre administración de sus bienes, lo cual resulta una clara distorsión con el paradigma que se incorpora y con las reformas incluidas en el Anteproyecto.

Para terminar, se introduce un apartado específico, al que se acaba de aludir, dedicado a la Sustitución de términos y en él se propone un cambio de terminología general que afecta, como hemos visto, a diferentes artículos de la LJV. Se ordena la supresión de las referencias persona/s con capacidad modificada judicialmente y su sustitución por la expresión persona/s con discapacidad; como se comentó anteriormente, consideramos que se debería añadir a la expresión proyectada la coletilla "que requieran de medidas de apoyo para ello", cuando fuese preciso.

Se incorpora también, una Disposición Adicional Única[1009] (D.A.) dirigida a regular un nuevo régimen de colaboración entre la Administración de Justicia y las entidades del Tercer Sector de Acción Social.

[1006] Artículo 93-b) LJV, a partir de la redacción del Anteproyecto de enero de 2019.

[1007] Por mor de la modificación del artículo 94-2 LJV incorporada en el Anteproyecto.

[1008] *Artículo 139. Procedencia de la conciliación.*

1. Se podrá intentar la conciliación con arreglo a las previsiones de este Título para alcanzar un acuerdo con el fin de evitar un pleito.

La utilización de este expediente para finalidades distintas de la prevista en el párrafo anterior y que suponga un manifiesto abuso de derecho o entrañe fraude de ley o procesal tendrá como consecuencia la inadmisión de plano de la petición.

2. No se admitirán a trámite las peticiones de conciliación que se formulen en relación con:

1.º Los juicios en que estén interesados los menores y las personas con capacidad modificada judicialmente para la libre administración de sus bienes.

2.º Los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza.

3.º El proceso de reclamación de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados.

4.º En general, los que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso.

[1009] Cuyo texto es el siguiente: *Disposición adicional única. Régimen de colaboración entre la Administración de Justicia y las entidades del Tercer Sector de Acción Social. 1. El Ministerio de Justicia podrá reconocer como entidades del Tercer Sector de Acción Social colaboradoras de la Administración de Justicia aquellas organizaciones o entidades que reúnan los siguientes requisitos:*

a) Estar legalmente constituidas como entidades de ámbito estatal y, cuando proceda, debidamente inscritas en el correspondiente Registro administrativo de ámbito estatal en función del tipo de entidad de que se trate.

b) Carecer de fines de lucro o invertir la totalidad de sus beneficios en el cumplimiento de sus fines

El párrafo primero de esta D.A. establece los requisitos que han de ostentar estas entidades, entre los que se encuentra el de carecer de ánimo de lucro o invertir la totalidad de sus beneficios en el cumplimiento de sus fines institucionales no comerciales.

En el párrafo segundo, se definen las funciones que podrán desempeñar, destacando entre ellas, las de informar, auxiliar, aportar conocimiento experto, etc., y cooperar con la Administración de Justicia en las materias propias de su ámbito; pero también las de actuar como interlocutores ante el departamento ministerial responsable de la Justicia a través de sus órganos de participación y consulta, o colaborar con la Administración de Justicia en el diseño, desarrollo y aplicación de todo tipo de iniciativas, programas, medidas y acciones que redunden en la mejora del servicio público de la Justicia.

El párrafo tercero establece que el procedimiento de reconocimiento como entidades del Tercer Sector de Acción Social se regulará reglamentariamente y que la resolución de dicho reconocimiento y su revocación habrán de ser publicadas en el BOE.

De alguna manera, parece ser una introducción al nuevo sistema de "mesa redonda" propugnado por la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto, si bien, este orientado más al diseño de políticas generales que a la aplicación concreta en relación directa con las personas con discapacidad solicitantes de medidas de provisión de apoyos judiciales. Se trata, sin duda, de un gran avance en el acercamiento de la justicia a las personas con discapacidad, cumpliendo así el mandato del artículo 13 CDPD. El asesoramiento, auxilio y colaboración de estas entidades del Tercer Sector facilitará, entre otras cosas, el diseño e implementación de los ajustes razonables de procedimiento permitiendo a la autoridad judicial y a los demás operadores no solo la comunicación sino el conocimiento de la voluntad y deseos de las personas con discapacidad para designar las medidas y apoyos

---

institucionales no comerciales.
c) Desarrollar actividades de interés general considerando como tales, a estos efectos, el impulso del reconocimiento y el ejercicio de los derechos civiles, así como de los derechos económicos, sociales o culturales de las personas y grupos que sufren condiciones de vulnerabilidad o que se encuentran en riesgo de exclusión social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1 de la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social.
d) Cualquier otro que se disponga legal o reglamentariamente.
2. Las entidades del Tercer Sector de Acción Social colaboradoras con la Administración de Justicia podrán desempeñar algunas de las siguientes actuaciones:
a) Informar, auxiliar, asistir, aportar conocimiento experto y, en general, cooperar con la Administración de Justicia en las materias propias de su ámbito, en los términos que se determine reglamentariamente.
b) Actuar como interlocutores ante el departamento ministerial responsable de la Justicia a través de sus órganos de participación y consulta, en los términos previstos en la normativa que resulte de aplicación.
c) Colaborar con la Administración de Justicia en el diseño, desarrollo y aplicación de todo tipo de iniciativas, programas, medidas y acciones que redunden en la mejora del servicio público de la Justicia y de la percepción que la ciudadanía tiene del mismo.
d) Cualquier otra que se determine reglamentariamente.
3. El procedimiento para el reconocimiento como entidades del Tercer Sector de Acción Social colaboradoras de la Administración de Justicia, y la concreción de los derechos y obligaciones que dicho reconocimiento comporta, se regulará reglamentariamente.
En todo caso, la resolución de reconocimiento como entidad del Tercer Sector de Acción Social colaboradora con la Administración de Justicia, así como su revocación serán objeto de publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

que realmente necesiten para el ejercicio de su capacidad jurídica. En este sentido, la interactuación entre agentes jurídicos y sociales sí puede ser englobada dentro del sistema de Mesa Redonda que busca precisamente soluciones multidisciplinares de carácter general.

Sin embargo, como decimos, se echa de menos el mismo esfuerzo por parte del prelegislador para concretar el trabajo interdisciplinar entre los distintos peritos que pueden intervenir en cada procedimiento en particular. Desde nuestro punto de vista, el sistema de Mesa Redonda va más allá de la mera presentación de periciales de cada uno de los profesionales a quien se hayan requerido: médico, psicólogo, trabajador social, economista, etc. El sistema requiere de un trabajo conjunto entre todos los técnicos, e incluso no técnicos, que hayan de intervenir en la búsqueda de la voluntad de la persona y diseño de las medidas apropiadas *ad hoc*, de manera que en el centro de ese trabajo se encuentre la persona a quien se le asignarán medidas que encajen teniendo en cuenta todos los aspectos que a ella le conciernen, por lo que su participación en esa "mesa redonda" es crucial. Se trata de buscar en equipo un proyecto o Plan Individualizado de Apoyos tratando a la persona de forma integral por todos los que contribuirán a diseñar el más apropiado para ella, incluida ella misma, que deberá ser supervisado y revisado periódicamente.

3.1.2.8. Disposiciones transitorias, derogatoria y finales

El Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica se cierra con cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

La reforma que se presenta con este Anteproyecto y con el que, sin duda, tendrá que venir a no mucho tardar para regular todas las cuestiones que afectan a derechos fundamentales que hemos ido mencionando por encima en este trabajo, supone un giro radical en nuestro ordenamiento jurídico respecto al sistema tradicional. El cambio de paradigma puede ser calificado de verdadera revolución[1010] y, desde el punto de vista jurídico, afectará a un ingente número de personas que, en la actualidad se encuentran sometidas a medidas, principalmente de carácter sustitutorio, dictadas al abrigo de nuestra todavía hoy vigente legislación, pero que se encuentran radicalmente en contra de lo previsto en la CDPD. Todas estas situaciones anteriores habrán de ajustarse al nuevo sistema.

Ya hemos puesto de relieve en ocasiones anteriores la enorme preocupación que esta adaptación ha despertado entre diferentes sectores, particularmente en aquellos relacionados directamente con el funcionamiento de la Justicia que ven avecinarse una avalancha de asuntos judiciales que harán que la carga de trabajo de los juzgados se incremente de forma notoria. La adaptación al nuevo sistema llevará, por lo tanto, un tiempo durante el cual convivirán irremediablemente situaciones reguladas por dos sistemas antagónicos. Por ello, para evitar las posibles tensiones que pudieran darse durante la coexistencia de tales situaciones y en aras a garantizar durante ese tiempo la seguridad jurídica, resulta obligada la incorporación al Anteproyecto

[1010] De "giro auténticamente copernicano" lo ha tildado GARCÍA RUBIO, 2018-I:173.

de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica que venimos analizando a lo largo de este trabajo de unas Disposiciones Transitorias[1011] (D.T.) que prevean el régimen jurídico que ha de regir en las situaciones intertemporales, en tanto en cuanto la adaptación al nuevo sistema no sea plena.

En la primera de las Disposiciones Transitorias del citado Anteproyecto se indica que, a partir de la entrada en vigor de la ley quedarán sin efecto las meras prohibiciones de derechos de las personas con discapacidad. Por lo tanto, entendemos que de forma automática y por obra de la ley quedarían sin efecto prohibiciones que pudieran contener sentencias dictadas al amparo del régimen todavía vigente, como las del ejercicio del derecho a casarse o a testar, por ejemplo.

El objetivo de esta Disposiciones Transitorias sería el de dar cumplimiento a las exigencias de la Convención, enunciadas en su artículo 1.1, esto 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 a su dignidad inherente, lo cual significaría que, en adelante, no podría existir discriminación entre quienes, con arreglo a la legislación anterior a la reforma hubieran sido legalmente declaradas incapacitadas o estuvieran en proceso de serlo. ESCARTÍN IPIÉNS considera que hasta aquí, la Disposición Transitoria sería irrefutable, pero para él es muy criticable la excesiva concisión y ambigüedad de la disposición porque cree que si realmente lo que se pretendía decir era justamente eso, debería de haberse dicho de forma más clara e inequívoca. Este autor, vocal de la Sección Primera de la CGC, propuso durante la tramitación del Anteproyecto, establecer una transformación, por ministerio de la ley, del carácter de la sentencia, que según el grado de discapacidad quedaría convertido en "medida de apoyo" [1012]. Creemos que este planteamiento sería más completo por lo que podría añadirse a la redacción actual que, expresamente, proscribe sin ningún género de dudas, la mera prohibición de derechos.

La Disposición Transitoria Segunda ordena que, a partir de la entrada en vigor de la nueva ley, los tutores, curadores y defensores judiciales nombrados según la legislación anterior adecuarán su actuación a las previsiones de esta nueva ley debiendo actuar los hasta entonces nombrados

[1011] El objetivo y razón de ser de las normas de derecho transitorio es despejar la incertidumbre de cual sea el derecho aplicable a la certeza de las situaciones, resolver el tránsito de una ley a la otra y con ello decidir que situaciones o relaciones se conservan en la disciplina de la ley derogada y cuales se someten a la nueva, por lo que las normas transitorias tienen una vigencia limitada de duración finita y temporal que llegado el momento se agotan. HERNÁNDEZ GIL, 1998:2180 y ss.

[1012] En concordancia con lo anterior, planteó la siguiente propuesta por vía de enmienda: "Disposición Transitoria Primera. Las personas con discapacidad, que hubieren sido incapacitadas por sentencia firme en procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, así como las medidas cautelares adoptadas en dichos procedimientos, convertirán su situación en estricta equiparación a la de personas en igualdad jurídica a todos sus efectos, y sus complementos se entenderán como medidas de apoyo. Respecto a las personas con discapacidad que estuvieran sometidas a procedimientos de incapacitación iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, y que estuvieran pendientes de resolución firme, habrá ésta de acomodarse, en todo caso, a las previsiones de la nueva Ley". Esta última previsión se contempló en la Disposición Transitoria Quinta del Anteproyecto, como luego se verá. Aunque entonces no lo contempló, ESCARTÍN IPIÉNS, 2018:227-245 sí manifiesta su absoluta conformidad con la adición del párrafo que hoy conforma la Disposición Transitoria Primera.

tutores de las personas con discapacidad (incapacitados judiciales) como curadores representativos.

En sus primeras redacciones, el Anteproyecto presentaba una grave omisión referida a la situación de las personas con discapacidad que estuvieran sometidas a la patria potestad prorrogada o rehabilitada[1013]. Esta omisión merecía ser corregida[1014] y así se hizo posteriormente con la redacción dada al Anteproyecto en enero de 2019 donde la D.T. Segunda pasaba a rubricarse "Situación de tutores, curadores, defensores judiciales y guardadores de hecho. Situación de la patria potestad prorrogada o rehabilitada". Tras la nueva redacción se incorporó, además, un apartado que contempla expresamente que quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria cuarta[1015].

La Disposición Transitoria tercera establece que las previsiones de autotutela pasarán a referirse a la autocuratela que, junto con los poderes y mandatos preventivos, se regirán por lo dispuesto en esta nueva ley.

La Disposición Transitoria Cuarta[1016] responde a una exigencia del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, cual era la fijación de

---

[1013] Con el Anteproyecto, el artículo 171 CC relativo a la patria potestad se elimina, sin embargo inicialmente la Disposición Transitoria Segunda no hacía ninguna mención a las personas sometidas a patria potestad a la entrada en vigor de la reforma. Así se había observado entre la doctrina, *Vid.* ESCARTÍN IPIÉNS, 2018:227-245, pero también había sido advertida por el CGPJ en su informe consultivo.

[1014] ESCARTÍN IPIÉNS, 2018:233-234, proponía la redacción de un párrafo para esta Disposición Transitoria del siguiente tenor: "Los progenitores que conforme al Derecho anterior, vinieran ejerciendo las funciones de la patria potestad prorrogada, o rehabilitada, la continuarán ejerciendo, en calidad de curadores conforme a lo dispuesto en este Código, de acuerdo con las funciones asistenciales o representativas que resulten de lo decretado en la sentencia de incapacitación que se entenderá, en lo posible, como medidas de apoyo, entre tanto no sean revisadas por la Autoridad Judicial. Sin perjuicio de lo anterior, dichos progenitores deberán instar de dicha Autoridad que proceda a la revisión o confirmación de dichas medidas". La Disposición Transitoria Segunda, según la redacción del Anteproyecto dio lugar a una reserva expresada en la ponencia que decía: "Respecto a las tutelas constituidas con arreglo al régimen de la legislación anterior, se entenderá que la sentencia de incapacitación del tutelado estableció su representación para todos los actos de la vida civil no personalísimos (quizás pudiera reducirse a los actos de administración y disposición del patrimonio)". Entendía el ponente que de no establecerse previsión de este tipo, el tenor literal del artículo 225 CC proyectado podría llevar a concluir que es preciso revisar el alcance de la sentencia de incapacitación que estableció la tutela, por entenderse que es necesario también aquí la especificación de los actos que presuponen representación pues, según su criterio, en el régimen actual parece limitarse la tutela a los supuestos de incapacidad absoluta del incapacitado para gobernarse por sí mismo y, por tanto, las sentencias respectivas no contendrían pormenorización de actos que el incapacitado no puede realizar por sí mismo, olvidándose de que la tutela es un régimen gradual acomodado al grado de incapacidad de la persona. Esta reserva, con la que el autor discrepa, finalmente no pasó al texto definitivo.

[1015] La redacción de la Disposición Transitoria Segunda fue también objeto de críticas porque se consideraba inadecuada la remisión que hacía en relación con los tutores para indicar, que respecto a ellos, se aplicarían las normas establecidas para los curadores representativos. Esto podría ser acertado en aquellos casos en los que la sentencia declarase la "incapacitación total" de la persona pero no en aquellos otros en los que, en aplicación de lo previsto en el artículo 760-1 LEC actual, se hubiera graduado la capacidad determinando su extensión y límites de modo que los efectos de la sentencia no fueran tan absolutos como en los anteriores y, por tanto, las facultades de representación del tutor no fueran extensivas a todos los aspectos de su esfera personal o patrimonial. Admitirlo así, podría dar lugar en la práctica a que hubiera quien, tras la reforma, quedase en peor situación que antes de ella, lo cual resulta inconcebible. Esta crítica fue observada tanto por ESCARTÍN IPIÉNS, para quien, esta cuestión se zanjaría simplemente suprimiendo de la expresión de la Disposición Transitoria proyectada la palabra "representativos", lo cual nos parece bastante acertado. Posteriormente, fue también objeto de crítica por el CGPJ.

[1016] Disposición Transitoria cuarta del Anteproyecto: *Las personas con capacidad judicialmente modificada, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los*

un calendario de revisión de las situaciones vigentes en las que, de acuerdo con la normativa anterior, basada en modelos sustitutivos de la voluntad, se hubiese acordado judicialmente la restricción parcial o sustitución de la capacidad jurídica de la persona[1017]. La revisión de las medidas acordadas entonces podrá ser solicitada por la propia persona con discapacidad, su tutor o curador, defensor judicial y también los apoderados preventivos en cualquier momento pero, obligatoriamente, deberá solicitarse por los tutores o curadores en la primera presentación del informe y rendición de cuentas anual posterior a la entrada en vigor de la ley debiéndose llevar a cabo por el juez en el plazo máximo de dos años desde la solicitud. Este plazo aproximado de tres años vendría a coincidir con el plazo máximo fijado para la revisión periódica de las medidas acordadas de acuerdo con el proyecto presentado por la CGC en vigor[1018]. Lo que no establece la Disposición Transitoria es el efecto que tendría la omisión de petición de revisión de las medidas por parte de los tutores o curadores de aquellos que hubieran sido incapacitados con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley[1019].

La Quinta y última Disposición Transitoria proyectada se refiere a los procedimientos que estuvieran en curso en el momento de la entrada en vigor de la nueva ley, estableciendo que se deberán adaptar a la misma en cuanto al contenido de la sentencia, pero conservando plena validez las actuaciones que se hubieran celebrado antes de la nueva vigencia[1020].

Llama la atención de forma preocupante que el Anteproyecto no recoja ninguna Disposición Transitoria relativa a las situaciones en que, con arreglo a la normativa todavía en vigor, se hubiesen acordado medidas que afectasen a derechos fundamentales, tales como internamientos involuntarios,

---

curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial, la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley para adaptarlas a esta.

En todo caso, con la primera presentación del informe y rendición de cuentas anual posterior a la entrada en vigor de esta ley, los tutores o curadores solicitarán que se proceda a la revisión judicial de la situación actual de las personas a su cargo, para adaptarla a la presente ley. Dicha revisión deberá efectuarse por el Juez en un plazo máximo de dos años desde que tuvo lugar la solicitud, por los trámites previstos a tal efecto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria. En el caso de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, la revisión se efectuará en el plazo máximo de dos años desde la entrada en vigor de la presente ley.

[1017] Entre la cuestiones planteadas a España por el Comité para la emisión de su segundo y tercer informe figuraba la siguiente: "Igual reconocimiento como persona ante la ley. 13. Sírvase informar sobre la medida para reconocer explícitamente la capacidad jurídica plena de la persona con discapacidad, y adoptar leyes y políticas que 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 (véase CRPD/ESP/ CO/1, párr. 34). Entretanto indiquen qué sistema se ha contemplado para dar seguimiento y revisión oportuno a las decisiones de guarda y tutela, así como un calendario de revisión de las sentencias de incapacitación dictadas hasta la fecha de promulgación de la ley". NACIONES UNIDAS. 2017. CRPD/C/ESP/QPR/2-3 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Lista de cuestiones previas a la presentación del segundo y tercero informes periódicos combinados de España. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/107/98/pdf/G1710798.pdf?OpenElement y disponible también en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=800&Lang=sp

[1018] Vid. Artículo 51 bis, párrafo 2º del proyecto CGC.

[1019] Conviene también advertir que esta Disposición Transitoria cuarta amplió su redacción respecto a la inicial para incluir la referencia y la regulación transitoria de las situaciones de patria potestad prorrogada o rehabilitada.

[1020] "…exigencia de la seguridad jurídica es el principio de conservación de los actos jurídicos …, que requiere de los órganos de control una actividad tendente a mantener todo acto jurídico …en tanto sus vicios no sean de tal entidad que lo hagan incompatible con el Ordenamiento jurídico. TORRES DEL MORAL, 2007:69.

si bien es cierto que esta cuestión deberá ser tratada en el Anteproyecto de la ley que se tramite con carácter de orgánica sobre la reforma de la LEC respecto a las medidas que afecten a los derechos fundamentales que las personas con discapacidad, cuya urgencia queda constatada de nuevo.

Efectivamente, como se ve, el Anteproyecto no establece ninguna medida de carácter transitorio relativa al artículo 763 LEC, precepto siempre problemático cuya inconstitucionalidad incluso fue declarada en su día con los efectos de nulidad diferida. Cierto es que, como se ha indicado en diversas ocasiones, paralelamente a la redacción de este Anteproyecto, la Sección Quinta de la CGC estaba tramitando otro Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LEC en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales pero, como igualmente se ha indicado, dicho Anteproyecto no ha prosperado hasta la fecha.

La Disposición Derogatoria única se plantea como una disposición de carácter general estableciendo la derogación de todos aquellas disposiciones de igual o inferior rango que contradigan, se opongan o resulten incompatibles con la nueva ley. La trascendencia de este Anteproyecto es de tal magnitud que afectará a todo el ordenamiento jurídico español en general. Quizá por ello, lo más prudente ha sido optar por esta fórmula genérica en vez de realizar una enumeración exhaustiva de un interminable número de disposiciones que se verán afectadas total o parcialmente por la entrada en vigor de la ley proyectada. Entre estas destacamos aquellas que afectan a la esfera personal de la persona con discapacidad como el Real Decreto Legislativo 1090/2015 de ensayos clínicos con medicamentos, cuyo artículo 2 se refiere en sus apartados k) o n) a la prestación del consentimiento relativo a la persona con capacidad modificada ; el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, cuyo artículo 9-1-a) párrafo segundo se refiere a los requisitos para la obtención de órganos de donante fallecido cuando este hubiera estado incapacitado en vida; igualmente el Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, que regula las actividades relativas a la utilización clínica de tejidos humanos; o el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre cuyo artículo 9 prohíbe la donación de órganos a los incapaces. Consideramos también afectadas otras normas que se referirían a la esfera patrimonial de la persona con discapacidad como el Código de Comercio (artículos 5, 99 o 234 CCom.); o el Reglamento del Registro Mercantil[1021] (artículos 61-bis; 875 y 6; 88 o 91); la Ley de Sociedades Anónimas cuyo artículo 124 prohíbe el nombramiento para el cargo de administrador de los incapacitados; la Ley de Cooperativas, cuyo artículo 27 prohíbe el derecho al voto a los socios incapacitados, por ejemplo; o la Ley Cambiaria y del Cheque cuyo articulo 21 se refiere a la incapacidad sobrevenida. Pero también consideramos que quedarían derogadas otras normas que, sin referirse directamente a la persona en su esfera personal o patrimonial, entran en contradicción con otras incorporadas con la reforma, como el ya mencionado artículo 180 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

En definitiva, serán muchas las normas que, total o parcialmente, dejarán de tener vigencia cuando la reforma proyectada sea efectiva y, con

[1021] Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, BOE nº 184, de 31 de julio de 1996.

ella, desaparezca la incapacidad para actuar en el tráfico jurídico por motivos de discapacidad.

La Disposición Final Primera se encarga de modificar los artículos 118 y 120 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, relativos al régimen de responsabilidad civil derivada de un ilícito penal atribuible a quienes ejerzan apoyo legal, de hecho o representación de la persona con discapacidad que hubiere cometido el delito[1022].

Como ya anunciaba la Exposición de Motivos del Anteproyecto, la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir también ineludiblemente sobre el concepto de responsabilidad, lo que ha de conllevar el correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio, y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno. Así lo hemos dicho al comentar el artículo 297 CC [1023] proyectado, así como las modificaciones que se incorporarían a los artículos 1902 y 1903 CC. Para mantener la coherencia del sistema, según la Exposición de Motivos, la reforma modifica también necesariamente aquellos dos preceptos del Código penal en materia de responsabilidad civil derivada del ilícito penal cuando dicha responsabilidad recae sobre persona distinta del autor del hecho delictivo, a los que también nos hemos referido anteriormente. En realidad, en estos dos artículos se observa una adaptación más terminológica que de otra índole. Se sustituyen las referencias a la sumisión a la potestad o guarda de hecho por las referencias a quienes ejerzan el apoyo legal o de hecho. La supresión de la patria potestad es lógica, toda vez que la figura desaparece en la reforma para las personas adultas. Además, la nueva expresión es más amplia, cabiendo bajo la misma cualquiera de las figuras de apoyo legales o de hecho.

Lo mismo cabe decir de la modificación llevada a cabo respecto al párrafo primero del artículo 120 CP donde se sustituyen las referencias a los padres o tutores por las relativas a los curadores con facultades de representación plena.

Sin embargo, hay una importante cuestión que queda por resolver y que está más en relación con la exención de la responsabilidad penal a la que se refiere el artículo 20 CP al que se remite el artículo 118 CP proyectado, y que mantiene precisamente dicha exención basada simplemente en el hecho de la discapacidad en sus apartados 1 y 3[1024]. No parece que esto sea muy acorde al nuevo paradigma, especialmente si la discapacidad mental es la única razón

[1022] D.F. 1ª propuesta: *Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Se modifica el primer párrafo de la regla 1.ª del artículo 118 en los siguientes términos:*
1.ª En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal, quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.
Se modifica el número 1º del artículo 120 en los siguientes términos:
1.º Los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

[1023] *Vid.* epígrafe *3.1.2.2.2 El nuevo régimen de responsabilidad civil* de este trabajo.

[1024] Están exentos de responsabilidad criminal: *1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión... 3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.*

para la exención con independencia de la capacidad de querer y entender el acto delictivo y sus consecuencias. Por eso consideramos que la reforma relativa al Código Penal debiera ser más ambiciosa en este sentido, como asimismo expusimos en el epígrafe correspondiente en este trabajo[1025].

La Disposición Final Segunda se refiere el ámbito competencial para la aprobación de esta ley y, por último, la Disposición Final Tercera fija la entrada en vigor de la misma a los tres meses de su publicación en el BOE, según la redacción de enero de 2019[1026].

Suponemos que la ampliación del plazo de inicio de vigencia de la nueva ley con relación al más general derivado del artículo 2-1 CC, responderá a las demandas de los diferentes operadores jurídicos que temen una avalancha de solicitudes de revisión de sentencias, principalmente en los primeros momentos de aplicación de la ley. Entendemos que, dada la magnitud del cambio, se aconseja un tiempo de conocimiento del nuevo sistema y adaptación de los juzgados, tribunales, notarias, etc, a las nuevas exigencias de la ley. Quizá el plazo de tres meses pudiera no parecer suficiente para poner en marcha este nuevo sistema, pero no hay que olvidar que el legislador español ha tardado más de diez años en impulsar apenas las bases del cambio. Es cierto que nuestra legislación no se había adaptado a las exigencias del Tratado, pero también es cierto que ha habido tiempo más que suficiente para conocer e incluso aplicar dentro de las posibilidades existentes, el nuevo paradigma de la discapacidad. Urge garantizar la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica del colectivo minoritario más mayoritario del planeta. Con independencia de la dotación presupuestaria que se requiera para contar con los medios precisos para la implementación de los ajustes necesarios que se precisen, no hay razones para retrasar la plena efectividad de los derechos de las personas con discapacidad. Nada impide que durante la tramitación de este Anteproyecto se pueda impartir la formación que los distintos operadores precisen; tampoco que se les vaya dotando de los medios necesarios para ello. Con todo, tres meses debieran ser suficientes para garantizar la plena igualdad de las personas con discapacidad, que no ha de quedar sometida a la dotación más o menos diligente de unos medios con los que ya debiera contarse desde hace más de diez años.

Así se daría por concluido el Anteproyecto de Ley presentado por la CGC donde, sin embargo, no quedaría rematada la adaptación normativa a la CDPD pues todavía quedaría pendiente, entre otras, la reforma de la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnica de reproducción humana asistida; la ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica; y el Real Decreto-Ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en personas.

[1025] En torno a este debate en otros ordenamientos jurídicos, *vid.* nota[793].

[1026] Inicialmente, el Anteproyecto establecía su entrada en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE con una excepción: el artículo cuarto de entonces, referido a la modificación de la LRC, que lo haría en la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

3.2. REFORMA PENDIENTE EN MATERIA DE INTERNAMIENTOS Y OTRAS MEDIDAS QUE AFECTAN A DERECHOS FUNDAMENTALES

3.2.1. Introducción

La cuestión relativa al internamiento de la persona con discapacidad así como cualquier otra que afecte a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad reclama una regulación autónoma, principalmente por la exigencia del Tribunal Constitucional que reclama que tal regulación se realice a través de Ley Orgánica, por formar la materia parte del contenido esencial de los derechos fundamentales[1027].

El Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica no propone la supresión o derogación del polémico artículo 763 LEC ni de forma expresa como en otros casos[1028], ni mediante Disposición Derogatoria por lo que continuará en vigor, al menos hasta que el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales se tramite y, definitivamente, alcance el rango de ley orgánica que le corresponde.

Solo en ese momento podrá entenderse derogado[1029], bien porque expresamente lo prevea la nueva ley, bien en virtud y por aplicación del principio de competencia normativa y, en su caso, de temporalidad. En todo caso, la vigencia del 763 LEC hasta ese momento irá completamente en contra de las recomendaciones del Comité y el precepto continuará sujeto a la interpretación y aplicación de los Tribunales como hasta la fecha.

Por esta razón, la Sección Quinta (Procesal) de la CGC redactó inicialmente en paralelo con el hasta aquí comentado, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de

[1027] STC 129/1999, de 1 de julio, BOE nº 181, de 30 de julio de 1999; STC 131/2010, de 2 de diciembre de 2010, BOE nº 4 de 5 de enero de 2011; STC 132/2010, de 2 de diciembre, BOE nº 4 de 5 de enero de 2011. Las SSTC 131/2010 y 132/2010, de 2 de diciembre, no constituyen una verdadera novedad pues ya la STC 129/1999, que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 211, párrafo segundo, del Código Civil (CC), en su redacción dada por Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, había establecido que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que el precepto que la hace posible sólo puede ser una Ley Orgánica, pues dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 CE (FJ 2). No obstante, descartó la inconstitucionalidad del mencionado párrafo segundo, del art. 211 CC, al entender que su contenido se refería a las reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento cuya habilitación se contenía en el párrafo primero del mencionado art. 211 Código Civil (FJ 2). El TC declaró que (FJ 2, in fine). MIRANDA ESTRAMPES, 2012:2. Por ello, para este autor, la inconstitucionalidad de dichas sentencias, "no es más que la crónica de una inconstitucionalidad anunciada". *Ibidem.*

[1028] El Anteproyecto sí deroga expresamente el artículo 697-2º CC cuando señala en su artículo veintisiete: *Se suprime el número 2.º del artículo 697…;* el artículo 776 LEC a través de su artículo treinta y tres: *Se suprime el artículo 776;* o el artículo 808 CC mediante el artículo treinta y cinco que indica: *Se suprime el tercer párrafo del artículo 808*...La Disposición derogatoria tampoco prevé la derogación expresa de dicho precepto, al redactarse de forma genérica: *Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan, o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley.*

[1029] Aunque de hecho nunca lo estuvo pues, pese a haberse declarado su inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo mantuvo vivo al proclamar también la "nulidad diferida" del mismo.

internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales, que debía tramitarse con carácter de ley orgánica.

Pese a no haber seguido adelante y a que de momento su reforma sigue pendiente, el indudable interés del tema nos obliga a detenernos también sobre esta cuestión.

Como ya se ha mencionado con anterioridad en este trabajo, en el año 2011 el Comité, al emitir sus observaciones al primer informe presentado por España en virtud del artículo 35 CDPD, le expresaba su preocupación por la existencia de un "régimen jurídico que permite el internamiento de las personas con discapacidad incluidas las personas con discapacidad intelectual y psicosocial (enfermedad mental), en establecimientos especiales", en clara referencia al artículo 763 LEC. De ahí la recomendación expresa al Estado español de que "revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que deroguen 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 con conocimiento de causa por el interesado[1030]".

[1030] ELÓSEGUI SOTOS, 2005:77, sin embargo, afirmaba que "Cuando se trata de un enfermo psíquico, nos encontramos ante un enfermo cuya capacidad para otorgar un consentimiento válido no existe o es defectuosa y que, por regla general, se niega a todo tipo de tratamiento". Esta Magistrada continuaba diciendo además que el derecho para emitir un consentimiento válido requiere conocimiento y voluntad. Capacidad de conocer y de querer lo que se conoce y consiente. Para ella, cuando concurría la limitación de la capacidad de la persona para emitir un consentimiento válido junto con alguna de las causas justificadas a las que aludía (la salud del enfermo, la protección de la vida o la protección de los demás), podía entrar en juego la medida del internamiento. Respecto a la validez del consentimiento del paciente psiquiátrico, GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, 2005:84-85, siguiendo lo dispuesto en la normativa vigente, clasificaba los tipos de internamientos psiquiátricos, en atención a la capacidad o no del paciente para consentir acerca de su necesidad de ingreso y, en este segundo caso, entre urgentes y ordinarios. Explicaba entonces este forense que el ingreso voluntario era el más frecuente, indicando que la sola manifestación de voluntad del paciente solicitando el ingreso, siempre que dicha voluntad no estuviere viciada, era sustitutiva de la autorización judicial, siendo innecesaria su vigilancia. Sin embargo, la aceptación de este principio, chocaba con un buen número de impedimentos y prejuicios, entre los que señalaba el cuestionamiento acerca de la posibilidad del consentimento informado en la práctica psiquiátrica; es decir, si el enfermo mental es capaz de recibir información y elaborarla y si, por tanto, es competente para prestar un consentimiento válido. El autor se hacía entonces eco de la trascendencia de la polémica desatada en nuestro país entre la Asociación de Neuropsiquiatría y los Jueces de Barcelona y la Fiscalía General del Estado, al oponerse la primera al control judicial en los casos de ingresos voluntarios, por considerar que el mismo implicaba una invasión en el derecho a la intimidad, frente al criterio judicial que sustentaba que los internamientos voluntarios deberían ser sometidos a un control judicial para evitar que muchos internamientos tenidos por voluntarios pudieran enmascarar verdaderos ingresos involuntarios. El ponente ponía entonces sobre la mesa las enormes dificultades y burocratización que supondría poner bajo judicial control todos los ingresos voluntarios por la mera sospecha de manipulación del consentimiento informado por la propia naturaleza de la enfermedad mental; destacando de manera sobresaliente, además, el efecto antiterapéutico de esta exigencia y poniendo de relieve, además, las ventajas del internamiento consentido o voluntario. En contra de las afirmaciones acerca de la falta de voluntad en este tipo de consentimientos informados, MINKOWITZ, abogada, representante de la WNUSP en la redacción y negociación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (CDPD). Sirvió en el comité directivo del International Disability Caucus y fue miembro del grupo de redacción de 40 personas que creó el texto oficial del tratado para su negociación. Se le atribuye gran parte del carácter de cambio de paradigma de la CDPD en las áreas de capacidad legal, libertad y respeto por la integridad de la persona. TINA MINKOWITZ es abogada y sobreviviente de la psiquiatría y cree en el desarrollo de perspectivas auténticas de usuario/sobreviviente en derechos humanos. *Vid.* Entrevista realizada por la organización Documenta. Análisis y acción, publicada el 3 de diciembre de 2018 en https://www.youtube.com/watch?v=tS1u7UK-Pwg o, más recientemente, conferencia pronunciada el 21

Dicho de otro modo, la recomendación incide de lleno en el artículo 763 LEC, al requerir claramente su derogación. Ello significaría que los únicos ingresos posibles serían los voluntariamente aceptados por la persona concernida, lo que implicaría que, en el caso de personas con discapacidades psicosociales que no pudieran emitir su voluntad de forma claramente comprensible para los demás, habría de proveérseles de los apoyos o ajustes necesarios para que su intención clara de ingreso quedase suficientemente acreditada o, en caso de imposibilidad después de dejar constancia del empeño en ello, habría de resolverse aplicando el principio de "mejor interpretación de su voluntad". Todo lo demás no valdría desde el nuevo paradigma de la CDPD. En todo caso quedaban proscritos los internamientos no voluntarios.

Preocupado por la evolución de la adaptación normativa española respecto a este asunto, el Comité vuelve a solicitar información al Estado español a través del listado de cuestiones previas remitido el mes de abril de 2017 para que España, a su vez, emita sus informes periódicos segundo y tercero. Así, la cuestión previa número 15 se refiere al artículo 14 de la CDPD referido a la "Libertad y seguridad de la persona" y, literalmente, requiere lo siguiente: "15. Sírvanse informar sobre medidas para revisar disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluyendo los artículos 762 y 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil"[1031].

España dio una respuesta bien poco concreta al Comité que se podría resumir en transmitir en términos generales los esfuerzos que por el mes de abril de 2018 estaba llevando a cabo la CGC en la redacción de una propuesta de adaptación normativa a la CDPD, particularmente en lo referido a la materia de la discapacidad. Para ello, explicaba que, dentro del plan normativo anual de ese año contemplaría la reforma del CC y de la LEC, adelantando ya en el informe que se produciría un cambio de terminología y se limitaría el régimen de la tutela a los menores de edad no emancipados y no sujetos a patria potestad y que se regularían las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad como la curatela, defensor judicial y guarda de hecho. Para ello, se procedería a reformar oportunamente la LEC[1032].

---

de enero de 2019, en La Casa del Mar de Barcelona, en el un encuentro de los movimientos activistas de salud mental en primera persona. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=AT57W6gtVck

[1031] NACIONES UNIDAS. 2017. CRPD/C/ESP/QPR/2-3 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Lista de cuestiones previas a la presentación del segundo y tercero informes periódicos combinados de España. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/107/98/pdf/G1710798.pdf?OpenElement y disponible también en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=800&Lang=sp, pág. 3.

[1032] Concretamente, la respuesta de España que figura en el informe fue: "C15. Dentro del plan normativo anual para 2018 está prevista la reforma del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad, con el fin de completar la adecuación del ordenamiento jurídico español a la Convención. Para ello se va a introducir un cambio de terminología y a limitar el régimen de la tutela a los menores de edad no emancipados y no sujetos a patria potestad. Y se van a regular las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad, como son la curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho.
En la misma iniciativa habrán de incorporarse las reformas oportunas de la Ley de Enjuiciamiento Civil o de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en consonancia con los objetivos de la norma.
El texto de reforma del CC sobre el que está trabajando la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia se remite a lo dispuesto en la legislación procesal. La Sección de Derecho Procesal de la Comisión está estudiando actualmente los cambios precisos de los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan el internamiento". Ministerio de Justicia, Servicios Sociales e Igualdad. 2018. II y III Informe periódico combinados de España acerca del cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pág. 23.

Anteriormente, el Comité ya había marcado a los Estados parte las pautas a seguir para alcanzar la adaptación de sus ordenamientos jurídicos a la Convención, particularmente, como hemos visto, mediante su Observación General Primera relativa al artículo 12 y al principio de igual reconocimiento como persona ante la ley en relación, entre otros, con los artículos 14 y 25 de la CDPD. Recordaba entonces que el respeto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás incluía el respeto a su derecho a la libertad y a su seguridad, siendo un problema habitual la negación de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y su privación en centros o instituciones sin su consentimiento o a través del consentimiento prestado por sustitución.

Para el Comité no hay duda de que este tipo de prácticas tan habituales constituyen una privación arbitraria de la libertad y violan lo previsto en los artículos 12 y 14 CDPD. Por ello, imponía a los Estados Parte la obligación no solo de eliminar tales prácticas sino incluso de implementar un sistema de monitoreo para examinar aquellos casos en los que se hubiera ingresado a las personas sin su debido consentimiento expreso.

Para el organismo de supervisión de la CDPD, el derecho a la salud de todas las personas y, particularmente de aquellas con discapacidad, recogido en el artículo 25 CDPD, incluye el derecho a la atención a la salud sobre la base del consentimiento libre e informado. Por esto, obliga a los estados a exigir de sus profesionales de la salud y medicina, incluidos los psiquiatras, la obtención del consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad antes de someterlas a ningún tratamiento y de no admitir el consentimiento por sustitución en la adopción de decisiones; muy al contrario, han de garantizar que se efectúe la consulta apropiada directamente con la persona con discapacidad, velando por que tampoco los asistentes o personas encargadas del apoyo sustituyan la voluntad de la persona con discapacidad, ni influyan indebidamente sobre ellas[1033].

[1033] *Artículos 14 y 25: Libertad, seguridad y consentimiento. 40. El respeto del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás incluye el respeto de su derecho a la libertad y a la seguridad de la persona. La negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad y su privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción de decisiones, es un problema habitual. Esa práctica constituye una privación arbitraria de la libertad y viola los artículos 12 y 14 de la Convención. Los Estados partes deben eliminar esas prácticas y establecer un mecanismo para examinar los casos en que se haya internado a personas con discapacidad en un entorno institucional sin su consentimiento expreso.*
41. El derecho a gozar del más alto nivel posible de salud (art. 25) incluye el derecho a la atención de la salud sobre la base del consentimiento libre e informado. Los Estados partes tienen la obligación de exigir a todos los profesionales de la salud y la medicina (incluidos los profesionales de la psiquiatría) que obtengan el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad antes de cualquier tratamiento. En relación con el derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, los Estados partes tienen la obligación de no permitir que el consentimiento sea otorgado por personas que sustituyan a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones, en nombre de ellas. Todo el personal médico y sanitario debe velar por que se efectúe la consulta apropiada directamente con la persona con discapacidad. Ese personal debe garantizar también, en la medida de sus posibilidades, que los asistentes o personas encargadas de prestar apoyo no sustituyan a las personas con discapacidad en sus decisiones ni tengan una influencia indebida sobre ellas. NACIONES UNIDAS. 2014. CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general Nº 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement, pág. 12

El Comité se hacía eco así de las reivindicaciones de las personas con discapacidad, especialmente discapacidad psicosocial, expuestas durante la negociación de la CDPD e incorporadas al espíritu de la misma.

En España encontramos a distintos representantes de la sociedad civil defensores de esta manera de entender los ingresos, esto es, exclusivamente bajo el paraguas del consentimiento informado expreso[1034].

En 2012, la 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 presentada por la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, tantas veces aludida, proponía lisa y llanamente la derogación del art. 763 LEC bajo la siguiente justificación: "En aplicación de lo establecido en el artículo 14 de la Convención, y de las observaciones 35 y 36, efectuadas por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad en el Examen del Informe del Estado Español (Sexto periodo de sesiones), entendemos que procede la derogación del contenido del artículo 763 de la LEC en cuanto que el mismo, según deja establecido dicho Comité, es contrario al derecho a la libertad y seguridad de la persona."[1035].

Nuestro parecer es también que, a tenor de las recomendaciones del Comité, el artículo 763 LEC debiera ser derogado. Sin embargo, como ya tuvimos ocasión de exponer en trabajos anteriores[1036], cabría otra segunda posibilidad para el caso de que el legislador optase por mantenerlo. Creemos que el artículo 763 LEC podría reinterpretarse de modo acorde con la CDPD entendiendo que el objeto del procedimiento fuera precisamente el de la averiguación certera de la voluntad de la persona o, subsidiariamente, la concreción de la "mejor interpretación de su voluntad", a fin de dictar resolución sobre la autorización del ingreso en centro, la cual solo cabría si durante el procedimiento se hubiese concluido que la voluntad de la persona fuera justamente la de sí ingresar. De esa manera, se permitiría recoger el consentimiento expreso o mejor interpretado de la persona y, por otra parte, se garantizaría que no es internada de forma arbitraria y contraria a su voluntad. Es decir, el cauce procesal se constituiría en verdadera salvaguardia para la

[1034] Algunos de ellos reiterando enérgicamente estas reivindicaciones a través de sus aportaciones en periodo de consultas previas, como la Federación VEUS que, expresamente propugna la abolición del internamiento por razón de trastorno psíquico del artículo 763 LEC, precepto que considera discriminatorio, al legitimar un trato diferenciado por razón de un diagnóstico de salud; considera, además, que suele ir acompañado de la restricción de otros derechos, más allá del propiamente restringido derecho fundamental a la libertad; a la tutela judicial efectiva; a la intimidad y privacidad; al consentimiento informado previo a cualquier intervención sanitaria y, de forma especialmente grave, a la integridad física con el uso de medidas de contención mecánica las cuales, más allá de la ausencia de evidencia terapéutica en relación a su uso, atentan a la dignidad. También la Fundación Tutelar de les Comarques Gironines aludía al internamiento y a las intervenciones involuntarias indicando que ha de ponerse el peso de cualquier intervención involuntaria sobre las circunstancias y no sobre la condición de discapacidad de la persona.

[1035] Subcomisión de Expertos sobre el procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, 2012, Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En: notariosyregistradores.com Disponible en: https://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-PropuestaModificacionCCLEC.pdf, págs. 109-110.

[1036] TORRES COSTAS, 2017: 56-89.

persona con discapacidad que no podría, bajo ningún concepto, ser privada de su libertad en contra de su voluntad, deseos o preferencias[1037].

Respecto a una eventual situación de *lege ferenda*, comenzamos reiterando, que los trabajos para la adaptación a la CDPD de nuestra legislación civil y procesal en materia de discapacidad, tanto de la Sección Primera como de la Sección Quinta de la CGC, han sido y siguen siendo intensos y su labor encomiable. Fruto de ello hemos analizado lo que comenzó llamándose "Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica" rebautizado en varias ocasiones y que, al día de escribir este epígrafe recibe la denominación de "Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica".

A la par que se iniciaban los trabajos correspondientes a éste, la Sección Quinta iniciaba también los correspondientes a la elaboración del segundo Anteproyecto que se referiría a la regulación de los internamientos y de aquellas otras medidas de apoyo que pudieran afectar a derechos fundamentales y que recibiría, efectivamente, el nombre de "Anteproyecto de Ley Orgánica de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales".

Por la materia a tratar, se presentaría como anteproyecto de Ley Orgánica con el objeto de que no volviera a suceder lo acontecido con el artículo 763-1º, párrafo 1 y 2 LEC[1038] introducido por la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, elaborada, aprobada y promulgada como ley ordinaria, y de la que posteriormente se declaró "la inconstitucionalidad de aquellos incisos que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico", mediante STC 132/2010, de 2 de diciembre de 2010[1039] "pues, en tanto que constitutiva de una privación de libertad, esta medida sólo puede regularse mediante ley orgánica"[1040]. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

[1037] TORRES COSTAS, 2017: 71-74.

[1038] La expresión "el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial" del artículo 763-1 LEC fue declarada inconstitucional por STC 132/2010, de 2 de diciembre (Sala Pleno), con el efecto establecido en el Fundamento jurídico tercero, esto es, el de nulidad diferida, por haber sido aprobado por una ley que se calificó a estos efectos de ordinaria y no orgánica pese a tratar de la limitación de un derecho fundamental, el derecho a la libertad. La sentencia, pese a declarar nulo el inciso, determinó que su efecto debía ser no el de dejar de aplicarse, sino el de continuar aplicándolo requiriendo al legislador para que subsanase esa deficiencia, lo cual así fue atendido tras la aprobación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia". La expresión "la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida" del art. 763-2º LEC fue igualmente declarado inconstitucional por la STC 132/2010, de 2 de diciembre (Sala Pleno), con el efecto establecido en el Fundamento Jurídico 3.

[1039] STC 132/2010, de 2 de diciembre de 2010, BOE nº 4, de 5 de enero de 2011, Sec. T.C., págs. 106-112.

[1040] La sentencia añade textualmente: "Tal es el caso del primer inciso del párrafo primero del señalado artículo 763.1 LEC, según el cual «el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial», así como del primer inciso del párrafo segundo del mismo artículo que establece «la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida».

Ciertamente en ambos casos nos hallamos ante unos preceptos incluidos en una ley ordinaria y dotados efectivamente de este carácter que, no obstante, regula una materia que, de acuerdo con la doctrina

Pues bien, el inicial Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales no solo no optaba por derogar el internamiento involuntario, sino que ampliaba su regulación para incluir expresa y separadamente diferentes situaciones que, según esa versión prelegislativa, podían dar lugar al mismo; cumple señalar, no obstante, que este Anteproyecto de Ley Orgánica inicialmente previsto fue, sin embargo, retirado sin que hasta la fecha haya sido sustituido por otro.

Como hemos expuesto anteriormente, el polémico artículo 763 LEC tampoco ha sido suprimido ni modificado por el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; tampoco se ha previsto ninguna Disposición Transitoria en relación con las situaciones de internamientos (y también las relativas a tratamientos involuntarios u otros derechos fundamentales, como, por ejemplo, los que afectan a la integridad física como las situaciones de esterilización forzada, el uso de sujeciones o contenciones físicas o químicas, etc.) que en este momento están siendo aplicadas.

Por ello, todo apunta a que podemos encontrarnos con una reforma del Código Civil y demás legislación civil comentada, impregnada de un nuevo paradigma acorde con la CDPD, que estaría conviviendo con una legislación obsoleta, absolutamente contraria al enfoque de derechos humanos ordenado por la Convención, y que afectaría de lleno a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, lo cual parece *a priori* un disparate.

Conviene señalar que sobre esta materia ha tenido ocasión de pronunciarse la Ministra de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, en la sesión mantenida con el Comité en marzo de 2019, para tratar sobre los Informes segundo y tercero combinados presentados por España. En su discurso, la Ministra quiso destacar en primer lugar que, los trastornos psíquicos o la enfermedad mental no constituyen *per se* una discapacidad; partiendo de esa base, exponía, en contra de las directrices y observaciones efectuadas en su momento por el Comité, que los ingresos involuntarios ex artículo 763 LEC, en la medida en que cumplan la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional para las medidas que implican privación de libertad y que se observen los mismos requisitos para todas las personas, tengan o no discapacidad, no implican discriminación jurídica alguna por razón de discapacidad. Con estas afirmaciones la Ministra obviaba las Recomendaciones del Comité en el sentido de que se derogue cualquier normativa que permita los ingresos no basados en el consentimiento informado. La segunda cuestión que subrayó fue que el propio CERMI, organismo independiente para el control de la aplicación de la CDPD en España, había reconocido también en su Informe alternativo 2018 [1041] que los ingresos involuntarios *ex* artículo 763 LEC, en la medida en que cumplan la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional para las medidas que implican privación de libertad y que se observen los mismos requisitos para todas las personas, no implican discriminación jurídica por razón de

establecida en la STC 129/1999, FJ 2, es materia reservada a ley orgánica (artículos 17.1 y 81.1 CE), de tal modo que vulneran el artículo 81.2 CE".

[1041] Página 37.

discapacidad. Apoyándose en esta aseveración quiso ratificar la argumentación de la compatibilidad entre el artículo 763 LEC y la CDPD, evidenciando de este modo, que el Estado obviaba nuevamente las recomendaciones del Comité y se justificaba en el informe presentado por ese organismo independiente.

Los criterios que mantiene la doctrina del Tribunal Constitucional invocada por la Ministra son los de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, de tal manera que la medida solo se utilice cuando sea la menos gravosa de las disponibles, siguiendo así el criterio mantenido reiteradamente por el TEDH[1042], especialmente a raíz de la STEDH de 24 de octubre de 1979, caso *Winterwerp.* c. Los Países Bajos[1043]. En dicha sentencia el TEDH implantó como condiciones mínimas que deben cumplirse para que "la detención de una persona de mala salud" sea lícita dentro del significado del artículo 5-1-e) CEDH, excepto en situaciones de emergencia, las siguientes: en primer lugar, que se debe demostrar fehacientemente que el individuo afectado no está sano, es decir, se debe establecer un verdadero trastorno mental ante una autoridad competente sobre la base de evidencia médica objetiva; en segundo lugar, que el trastorno mental debe ser de un tipo o grado que justifique el confinamiento obligatorio; por último, que la validez del confinamiento continuado depende de la persistencia de tal desorden.

Por todo ello, explicaba la Ministra que, de acuerdo con el citado marco normativo, el internamiento involuntario será configurado como una medida extraordinaria y excepcional orientada a responder a situaciones graves y urgentes, en las que resulten insuficientes otros mecanismos de protección alternativos menos restrictivos. Nada se dice, en esta declaración de intenciones, sobre la voluntad y el consentimiento de la persona a internar. Parece que la intención del legislador, entonces, es la de mantener el precepto.

Durante las sesiones de toma en consideración de los informes segundo y tercero combinados, también se pronunció sobre la cuestión de los ingresos involuntarios, el Sr. Fernández Martínez miembro de la Delegación Española[1044]. Ante el Comité explicó que la finalidad del artículo 763 LEC, sobre ingresos forzosos, no era discriminar a las personas con discapacidad, sino incorporar el artículo 5 de la CEDH en el ordenamiento jurídico interno. Expuso también que el artículo 763 LEC introducía salvaguardas para las personas que no podían tomar decisiones en un momento dado, independientemente de cualquier discapacidad permanente. El objetivo era evitar el abuso estableciendo un procedimiento para decidir si el internamiento violaba los derechos fundamentales de una persona y si era estrictamente necesario. Hizo referencia a que el Tribunal Constitucional había otorgado al artículo el estatus de ley orgánica, lo que significaba que se requería una mayoría parlamentaria más amplia para enmendarlo. El representante de la Delegación española afirmaba también que el artículo 763 LEC, estipula que el ingreso involuntario urgente debe ser aprobado por un Tribunal dentro de

[1042] *Vid.* Caso *X. c. Rusia*, nº. 3150/15, 20 de febrero de 2018 (ECLI:CE:ECHR:2018:0220JUD000315015) y las que en él se citan. Un interesante análisis de la jurisprudencia del TEDH en materia de internamientos involuntarios se puede encontrar también en MIRANDA ESTRAMPES, Doctrina del Tribunal Constitucional sobre los ingresos involuntarios, 2012:8-9.

[1043] STEDH de 24 de octubre de 1979, §39, serie A, núm. 33. TEDH 1979/4

[1044] Magistrado, Vocal del Consejo y Presidente del Foro Justicia y Discapacidad, miembro de la Delegación española ante el Comité.

las 72 horas posteriores a la remisión del asunto[1045] y que el Tribunal debe recibir informes sobre la condición de la persona cada seis meses[1046]. Aseguraba también que todas estas personas tenían representación legal, a través de un abogado designado por el tribunal o un abogado de su elección[1047]. Insistía, además, en que el Tribunal Constitucional había especificado que el artículo 763 LEC se aplicaba exclusivamente a los casos en que la persona interesada no podía dar un consentimiento válido; por nuestra parte hemos de señalar que esto último es cierto, pero no ha de olvidarse que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional se hace bajo el paradigma médico tradicional que todavía impera en nuestro ordenamiento jurídico partiendo para ello de la base de que la persona carece de voluntad para prestarlo paradigma que precisamente ahora se intenta superar[1048].

En definitiva, la postura defendida por la Delegación española ante el Comité parece ir más en la línea de la doctrina del TEDH y de la CEDH, que de la propia CDPD, en materia de ingresos involuntarios. Como ya tuvimos ocasión de explicar en trabajos anteriores[1049], "el Convenio Europeo de Derechos Humanos aprobado en 1950 pareció no tener en cuenta demasiado a las personas con discapacidad a tenor de su nula referencia en todo el texto salvo una lamentable excepción[1050]. El artículo 5 del CEDH reconoce expresamente el derecho de toda persona a la libertad sin que nadie pueda ser privado de ella[1051]; sin embargo, la excepción se encuentra precisamente en el apartado e) del meritado precepto referido precisamente a la licitud del internamiento en el supuesto de que la persona afectada por la medida sea un "enajenado". La literalidad del precepto así como la interpretación y la concreción de los requisitos mínimos exigidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para admitir la legalidad de este tipo de internamientos ponen de manifiesto que el modelo seguido por el texto normativo, así como por la máxima institución europea de garantía de los derechos humanos era y continúa siendo, al día de la fecha, el denostado modelo médico-rehabilitador que admite los internamientos involuntarios basados en el simple hecho de la discapacidad (enajenado). Conviene subrayar que el TEDH mantiene el modelo médico de la discapacidad recogido en el CEDH, sin alterar un ápice un criterio que sustenta, al menos, desde el año 1979 y haciendo caso omiso a la lucha del colectivo de personas con discapacidad (la mayor minoría del mundo) plasmada en el primer Tratado de Derechos Humanos del Siglo XXI, cual es la reiterada CDPD. Pese a que el

[1045] Lo cual no es cierto pues, como hemos visto, el propio Tribunal Constitucional ha aclarado que el plazo de 72 horas comienza a contar desde el momento en que se produce el ingreso y no desde que el asunto llega al juzgado. Además, se trata de un plazo imperativo e inaplazable. STC 141/2102.

[1046] Tampoco es del todo cierto puesto que la remisión habrá de hacerse según lo ordenado por la resolución judicial que lo autorice o ratifique y, en todo caso, cada seis meses.

[1047] La LEC no establece la preceptiva asistencia letrada ni representación por procurador, sino que faculta a la persona para que se persone en el procedimiento asistido de estos profesionales, si lo considera oportuno.

[1048] El Sr. Fernández Martínez, se hacía igualmente eco de la posición del CERMI en su informe de 2018, según la cual el ingreso involuntario debería ser una medida excepcional utilizada en situaciones urgentes en las que los mecanismos menos restrictivos no fueran suficientes, y que las salvaguardias previstas en el artículo 763 LEC se deberían aplicar rigurosamente.

[1049] TORRES COSTAS, 2018:3.

[1050] CUENCA GÓMEZ, 2012:226.

[1051] *Vid.* caso Vasileva contra Dinamarca, n. ° 52792/99, § 33, 25 de septiembre de 2003. Disponible en: https://www.refworld.org/cases,ECHR,502d4ae62.html [consulta: 7 June 2019]

TEDH reconoce que las excepciones previstas en el párrafo primero del artículo 5 deben ser interpretadas restrictivamente y en ninguna circunstancia pueden permitir la privación arbitraria de la libertad y señala que las personas que padecen una enfermedad mental constituyen un grupo particularmente vulnerable y, por lo tanto, cualquier injerencia en sus derechos debe estar sujeta a un escrutinio estricto, sí admite una restricción de sus derechos, concretamente, de su derecho a la libertad, si ésta se basa exclusivamente en razones muy importantes y siempre que se haya constatado previamente que otras medidas menos severas resultan insuficientes para salvaguardar el interés individual o público. Reitera y mantiene así la justificación del internamiento involuntario basado en la enfermedad mental como ya hiciera en casos anteriores[1052].

Evidentemente, el ingreso involuntario es precisamente uno de los aspectos donde existen y perviven grandes y graves fricciones entre ambos Tratados Internacionales, el CEDH y la CDPD cuestión sobre la que profundizaremos más adelante.

Cabe destacar en este momento que el Comité ha obviado completamente las razones y justificaciones expuestas por la Delegación española para defender la permanencia del vigente artículo 763 LEC, incluso bajo la interpretación y con los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional. Sobre el artículo 763 LEC, al igual que sobre otros preceptos como el artículo 9 de la Ley 41/2002 que permiten la prestación del consentimiento informado por representación, permitiendo así los ingresos o los tratamientos involuntarios, reiteró nuevamente su preocupación en sus Observaciones y Recomendaciones Finales al segundo y tercer Informe combinados presentados por España, adoptadas en su vigésimo primera sesión celebrada entre los días 11 de marzo y 5 de abril de 2019[1053].

El Comité ha llamado la atención también sobre la falta de conciencia por parte de los profesionales de la salud respecto a las obligaciones derivadas de la Convención, lo que conduce a la justificación perjudicial de la institucionalización forzada y la restricción física, mecánica y química contra personas con discapacidades psicosociales, como "medidas terapéuticas", lo cual vulneraría también lo previsto en el artículo 15 CDPD, que propugna la ausencia de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Por todo ello, ha insistido una vez más en 2019 en recomendar a España que revise o revoque todas las disposiciones legales, incluido el artículo 763 LEC, para prohibir la institucionalización y el tratamiento forzosos por motivos de discapacidad y para garantizar disposiciones de salud mental basadas en los derechos humanos y que proporcione a los profesionales de la salud mental formación en materia de los derechos de las personas con discapacidad y las obligaciones consagradas en la Convención.

[1052] Alajos Kiss v. Hungary, n. ° 38832/06, § 42, 20 de mayo de 2010, y Zagidulina, v. Russia, no. 11737/06, §§ 21-30, 2 de mayo de 2013, § 52). A ese respecto, el Tribunal reitera que la detención de un individuo es una medida tan grave que solo está justificada cuando se han considerado otras medidas menos severas y se ha constatado que son insuficientes para salvaguardar el interés individual o público (véase Karamanof c. Grecia, nº 46372/09, § 42, 26 de julio de 2011, con más referencias). TORRES COSTAS, 2018:5

[1053] CRPD/C/ESP/CO/2-3.

Además, ha recomendado, que se elimine el uso de formas de restricción por motivos relacionados con la discapacidad en todos los entornos; que asegure el consentimiento libre e informado en todos los procedimientos y etapas del sistema de salud mental, como ya hiciera en las Observaciones y Recomendaciones al informe inicial y también que tome medidas inmediatas para eliminar cualquier trato cruel, inhumano o degradante contra las personas con discapacidad. En esta ocasión le ha exhortado también expresamente a que cumpla con sus obligaciones en virtud del artículo 14 de la Convención, y se guíe por las directrices del Comité sobre dicho artículo 14, en todos la debates sobre el Protocolo adicional al Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano en relación con la aplicación de la biología y la medicina (Convenio de Oviedo), al que más adelante nos referiremos de nuevo.

3.2.2. Paradigma del vigente artículo 763 LEC

La entrada en vigor de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil introdujo en su artículo 763 la regulación del llamado "Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico" que encuentra su precedente inmediato en el derogado artículo 211 CC[1054].

Como ya hemos expuesto en otro lugar[1055], el precepto fue siempre polémico, especialmente en su aplicación a los ingresos forzosos de carácter asistencial, hasta el punto de haber sido declarado inconstitucional por la Sala en Pleno del Tribunal Constitucional español en las ya citadas STC 131/2010 y STC 132/2010, ambas de 2 de diciembre[1056].

La declaración de inconstitucionalidad de este precepto no llevó aparejado, sin embargo, su eliminación de nuestro sistema jurídico, sino el llamado efecto de "nulidad diferida"[1057], esto es, pese a la declaración de inconstitucionalidad, el artículo 763 LEC siguió siendo de aplicación hasta que el legislador, a requerimiento del propio Tribunal Constitucional, subsanó

[1054] Artículo 211 CC (derogado): *El internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que, razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez, y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.*

El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269, 4.º, el Juez, de Oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente, y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no de internamiento.

[1055] TORRES COSTAS, 2018:66-67.

[1056] *Vid.* nota[1038].

[1057] La STC 132/2010, de 2 de diciembre señala en su fundamento jurídico tercero sobre los efectos de la inconstitucionalidad declarada que: "A esta declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento Jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material. Por otra parte, como recordamos en la antes aludida sentencia del día de hoy en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4511-1999 (FJ 4), la posibilidad de no vincular inconstitucionalidad y nulidad ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia. 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".

el defecto del que adolecía[1058] y le otorgó al artículo el carácter reforzado que necesitaba, mediante la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[1059].

A la hora de analizar su filosofía y contenido, la rúbrica del artículo 763 LEC, *"Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico*", habla por sí misma, recogiendo en una escueta frase todo el paradigma del modelo médico-rehabilitador que ahora se trata de superar [1060]; en efecto, el precepto regula, precisamente, aquello que proscribe tajantemente la CDPD. Su lectura detallada no hace más que confirmar esta impresión inicial, pues como se verá, tres son las pruebas que, obligatoriamente, deberán seguirse en el procedimiento para que éste pueda considerarse válido: la exploración de la persona interesada por parte del juez; la audiencia de sus familiares más próximos y el informe médico que será, precisamente, el que determinará la existencia del meritado trastorno psíquico. Es cierto que el juez puede valerse e incluso solicitar otras pruebas, pero sin la práctica de las tres mencionadas el procedimiento devendría radicalmente nulo, lo cual evidencia la trascendencia e importancia del dictamen facultativo. Basta acreditar que la persona tiene un trastorno psíquico que "le impide tomar la decisión por sí misma" para que el juez autorice el ingreso, y ello con independencia de la voluntad de la persona

[1058] Respecto al efecto de "nulidad diferida", la magistrada ROCA TRÍAS ha explicado en alguna ocasión que, "aunque el art. 39-1 LOTC asocie la inconstitucionalidad con la declaración de nulidad de la norma impugnada, es notorio que la práctica del Tribunal Constitucional ha modulado en algunas ocasiones los efectos de esa declaración de nulidad. Aunque la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad pueda no ser absoluta, ha de ser entendida como el principio a aplicar, de modo que soluciones diferentes a ésta deben ser excepcionales. En esos casos excepcionales, se trata de preservar bienes o valores que el Tribunal considera constitucionalmente relevantes y que justifican la desvinculación entre inconstitucionalidad y nulidad, siquiera durante un determinado período de tiempo. Esta decisión que permite, un tanto paradójicamente, la pervivencia en el ordenamiento, de forma siquiera temporal, de una norma que ya ha sido declarada contraria a la Constitución, ha de ser necesariamente utilizada con prudencia por la jurisdicción constitucional.
La nulidad diferida supone que la expulsión de la norma ya declarada inconstitucional queda aplazada hasta un determinado momento fijado en la Sentencia (caso de la STC 13/2015, de 5 de febrero, por ejemplo), bien hasta la aprobación de una nueva norma que sustituya a la declarada nula a fin de evitar un vacío no conforme con la Constitución (SSTC 195/1998, de 1 de octubre, o 236/2007, de 7 de noviembre)". *Vid.*, por ejemplo, Voto particular concurrente que formula la Vicepresidenta de este Tribunal Dña. Encarnación Roca Trías a la Sentencia dictada en la Cuestión de Inconstitucionalidad 5210-2014, STC 151/2017, de 21 de diciembre de 2017, Pleno. BOE nº 15, de 17 de enero de 2018.

[1059] El apartado tres del Artículo segundo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que modifica la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil establece: *Se modifica la disposición adicional primera, que queda redactada como sigue: «Disposición adicional primera. Carácter ordinario y Título competencial. 1. La presente ley es ordinaria a excepción de los artículos 763, 778 bis y 778 ter que tienen carácter orgánico y se dictan al amparo del artículo 81 de la Constitución…,* BOE nº 175, de 23 de julio de 2015, Sec. I Disposiciones generales, págs. 61871 a 61889.

[1060] El artículo 763 LEC se consagra al "internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico" para establecer un proceso cuyo objeto es, según GIMENO SENDRA, 2016:257, la pretensión dirigida a obtener una previa autorización judicial para el "internamiento por razón de trastorno psíquico de una persona que no está en condiciones de decidirlo por sí", o a ratificar el internamiento ya efectuado "por razones de urgencia inmediata". Se trata, por tanto, del internamiento de una persona en un centro psiquiátrico "no voluntario" en el doble supuesto de que la persona afectada se niegue al ingreso o de que, aun cuando no se oponga o incluso esté de acuerdo, su estado psíquico le impida tener plena conciencia de su decisión. Doctrina y Jurisprudencia han discrepado durante muchos años sobre si este artículo debía ceñirse exclusivamente a aquellos ingresos involuntarios de personas con enfermedad en centros de salud mental o si, por el contrario, el precepto regulaba todo tipo de ingresos forzosos de personas que no pudieran decidir, con independencia del tipo de "trastorno psíquico" padecido y del centro a ingresar. Esta polémica ha quedado zanjada por el Tribunal Constitucional, como luego veremos; pero de lo que no hay duda es de que el ingreso se fundamenta principalmente en las razones de salud que impiden a la persona expresar su voluntad de ingreso.

o, más bien, en contra de ésta, ya que la prueba en la que la persona preceptivamente participa no consiste en una entrevista en la que pueda expresar sus deseos o preferencias respecto al ingreso sino, como su propio nombre indica, en una exploración hecha por el juez para constatar la existencia del trastorno psíquico, con independencia de cuál sea la voluntad tácita o expresamente manifestada por aquella[1061]. No se olvide de que el propio título del artículo lo define como "*involuntario*".

El procedimiento actual no prevé ningún tipo de ajuste razonable ni la posibilidad de dotar de apoyo alguno a la persona a internar para tratar de averiguar cuál sería su voluntad, sus deseos o preferencias. Por último, tampoco trata de garantizar que la persona haya recibido una información suficiente para que, en su caso, pueda emitir un consentimiento informado, como requiere el Comité.

Por todo lo anterior, estamos, sin lugar a dudas, ante un precepto que se opone de plano a las directrices del órgano supervisor de la CDPD y que, pese a la magnitud de la reforma proyectada en materia civil, resulta hasta ahora "ninguneado", al obviarse cualquier referencia a su derogación o, cuando menos, a su modificación para tratar de hacerlo acorde al Tratado.

Aún a riesgo de reiteración, volvemos a insistir en que las recomendaciones del Comité en su informe de conclusiones del año 2011, inciden de lleno en el artículo 763 LEC, al requerir claramente su derogación. Según el órgano de las UN los únicos ingresos posibles serían los voluntarios lo que implicaría que, en el caso de personas con discapacidades intelectuales o psicosociales que no pudieran emitir su voluntad de forma claramente comprensible para los demás, la respuesta habría de pasar porque se les dotase de los apoyos o ajustes necesarios para que su voluntad clara de ingreso quedase suficientemente acreditada. Todo lo demás no valdría desde el nuevo paradigma de la CDPD. Pese a ello, nuestros Tribunales no solo no han dejado de aplicar el precepto cuestionado, sino que, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, incluso una vez declarado inconstitucional, continuaron utilizándolo hasta el punto de que, el propio Comité solicitó información al Estado Español sobre las razones por las que, en los últimos años, se han incrementado drásticamente este tipo de ingresos[1062].

En nuestra opinión, la respuesta a esta pregunta del Comité puede encontrarse en diferentes motivos; entre ellos destaca el hecho de que el propio Tribunal Constitucional haya dejado zanjada definitivamente una de las cuestiones más polémicas [1063] que se venían planteando tanto por la

[1061] La audiencia de familiares se practica en la misma línea de averiguación del trastorno.

[1062] Recordemos que durante las reuniones mantenidas con los representantes del Estado Español en relación con el Informe inicial presentado por este Estado, el Comité preguntó sobre las razones por las cuales los internamientos involuntarios habían aumentado en más de un 26% durante el año 2010. En esa misma sesión, el Comité advirtió de que "la detención de personas debido a 'crisis psiquiátricas' es incompatible con el artículo 14 de la Convención". *Vid.* nota[259].

[1063] Esta polémica fue al final zanjada por nuestro Tribunal Constitucional mediante la STC 13/2016, de 1 de febrero, en la que resolvió en el sentido de que el artículo 763 LEC es preceptivamente aplicable a los ingresos en centros geriátricos cuando la persona padezca un trastorno, padecimiento o enfermedad, que le impida tomar decisiones libremente sobre su voluntad de ingresar. Ello significa que, en estos casos, antes de procederse al ingreso debe recabarse previa y preceptivamente autorización judicial para llevarlo a cabo, con excepción de los casos de urgencia, donde se solicitará su ratificación judicial. TORRES COSTAS, 2017:68.

doctrina[1064] y por la jurisprudencia[1065]: que el artículo 763 LEC debía aplicarse imperativamente a todo tipo de ingresos involuntarios por razón de trastorno psíquico, incluidos los ingresos asistenciales, entre los que se incluyen aquellos que tienen lugar en centros geriátricos.

Por otra parte, también el Tribunal Constitucional ha dejado zanjada otra cuestión que suscitó un controvertido debate acerca de la posibilidad de

[1064] Entre quienes consideraban de aplicación el artículo 763 LEC para ingresos residenciales, DE VERDA Y BEAMONTE, 2015:7 o GUTIÉRREZ LUNA (en línea. *Vid.* Circunvalación del Hipocampo, en hipocampo.org). Sin embargo, CALAZA LÓPEZ, 2007:191-193 considera que la aplicación del artículo 763 LEC no cabe cuando la finalidad sea meramente asistencial, educativa o sanitaria, con el consiguiente desplazamiento de la verdadera finalidad de esta medida, que lo es el restablecimiento de las personas afectadas por "trastornos psicológicos"; para CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, 2010:499-514 parecen inicialmente quedar fuera del art. 763 LEC los internamientos en residencias de la Tercera Edad, al no resultar necesariamente vinculados sus pacientes por la necesidad de un tratamiento psiquiátrico. GIMENO SENDRA, 2016:257, ni siquiera se plantea la posibilidad, al afirmar categóricamente que en el artículo 763 LEC se trata del internamiento de una persona en un centro psiquiátrico "no voluntario" en el doble supuesto de que la persona afectada se niegue al ingreso o de que, aun cuando no se oponga o incluso esté de acuerdo, su estado psíquico le impida tener plena conciencia de su decisión.

[1065] DE VERDA Y BEAMONTE, 2015:5-6, recuerda: "Las emblemáticas SSAP de Barcelona (Sección 16ª) de 24 de julio de 1996 (AC 1997, 1653) y de 19 de noviembre de 1996 (AC 1996, 2151) (recaídas en juicios penales) dicen, así, que "La motivación del ingreso [en centros geriátricos] es en general de servicio público y social y de finalidad asistencial (con o sin ánimo de lucro) y no privativa o limitativa de derechos […] Y es que el planteamiento de estas cuestiones como 'privaciones de libertad' no puede ser más desafortunado, porque son la edad y las circunstancias que le acompañan, quienes imponen limitaciones de actuación con necesidad de auxilio de terceros, de manera que la finalidad a que apunta el control judicial de los internamientos, es decir la recuperación de la autonomía personal cuando no estuviera justificada la continuación del tratamiento que limite su movilidad, no es aplicable a estas situaciones en las que, en el fondo, la opción que se plantea al residente es la de ser atendido en otra parte, normalmente con cargo a algún pariente". Más adelante, observa: "Es irracional que situaciones crónicas e irreversibles tuvieran que estar siendo controladas cada seis meses como única forma legal de regularizar una continuidad que es evidente desde el primer día y cuya alternativa (que se fuera el residente) es absurda en estos casos". Este criterio fue seguido por los Autos de la Audiencia Provincial de la Rioja de 17 de enero de 2000 (AC 2000, 721), de 13 de abril de 2000 (JUR 2000, 191488), de 2 de junio de 2000 (JUR 2000, 224936), de 4 de diciembre de 2000 (JUR 2001, 110480) y de 30 de diciembre de 2000 (JUR 2001, 113446), los Autos de la AP de Vizcaya (Sección 3ª) de 20 de enero de 2003 (JUR 2003, 121535), (Sección 4ª) de 28 de enero de 2003 (AC 2003, 101), (Sección 5ª) de 29 de enero de 2003 (AC 2003, 159) y de 4 de febrero de 2003 (JUR 2003, 38077) , el Auto de la AP de Zaragoza (Sección 5ª) de 20 de julio de 2006 (JUR 2006, 224763) o el Auto de la AP de Cádiz (Sección 5ª) de 18 de diciembre de 2012 (JUR 2013, 56229). Así, los también emblemáticos Autos de AP de Pontevedra (Sección 6ª) de 31 de marzo de 2011 (AC 2011, 1074), de 15 de julio de 2011 (AC 2011, 1545), de 22 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2190) y 6 de octubre de 2011 (JUR 2011, 394612) afirman que "Lo que verdaderamente ha de tenerse por decisivo no es tanto el tipo de establecimiento cuanto el hecho capital de que el sujeto carezca de discernimiento para decidir sobre el internamiento y de que se trate de establecimiento donde la persona ingresada esté privada de libertad deambulatoria […] Que el internamiento sea en un centro especializado para enfermos mentales o en un geriátrico en nada modifica lo sustancial: el internamiento no voluntario como medio de prestar la asistencia necesaria al estado y condiciones del sujeto. Y ello en el entendimiento, como es lógico, de que cuando se habla de internamiento, lo es con referencia a establecimientos en los que existen barreras, físicas o personales, que impidan su abandono voluntario y libre. No cabe hablar de internamiento- y, por tanto, de necesidad de régimen de garantías- si no se dan estas condiciones y el sujeto puede entrar y salir del establecimiento según su voluntad y conveniencia"; y concluyen: "Puede decirse que el sistema de garantías protectoras de la libertad de las personas, la necesidad del control judicial, en definitiva, entra en juego y se hace preciso desde el momento en que concurren estos dos factores: internamiento en régimen cerrado que comporta la privación de libertad deambulatoria y que no sea voluntario (porque se actúa contra la voluntad del sujeto o porque no está en condiciones de prestarlo)".
La STC 13/2016, de 1 de febrero, FJ 3, (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2016, 18.409 y ss.) zanja el tema al resolver que la residencia de mayores *puede ser el "centro" al que se refiere el artículo 763-1 LEC, siempre que disponga de médico psiquiatra que efectúe la valoración del estado de la persona que ingresa y motive la necesidad de su internamiento; así como los medios materiales y humanos para su tratamiento terapéutica, además de cumplir con los requisitos legales y administrativos para desarrollar su actividad.* En el mismo sentido véase la STC 34/2016, del 29 de febrero, BOE núm. 85 del 8 de abril o la STC 132/2016, del 18 de julio (BOE núm. 196, del 15 de agosto de 2016). *Vid.* Nota[1073].

"regularizar" *a posteriori* ingresos realizados sin contar con la previa y preceptiva autorización judicial[1066] y, derivado de ello, la obligación de interesar medida cautelar de ingreso involuntario[1067] en tanto en cuanto se presenta demanda de "modificación de la capacidad".

Además ha sido de vital importancia la labor inspectora del Ministerio Fiscal, especialmente en centros sociales y, dentro de estos, en residencias de mayores, que ha obligado a instar las oportunas comunicaciones de ingreso cuando no consta la voluntad de la persona a ingresar.

Pero volviendo a la pregunta planteada más arriba, sin duda, creemos que una de las razones principales del incremento de ingresos involuntarios señalado se encuentra, tal como observa el propio Comité, en la tendencia en nuestro país a recurrir a medidas urgentes de internamiento[1068] en vez de implementar otras medidas de prevención para evitar que esto ocurra[1069].

3.2.3. Aplicación y problemática del artículo 763 LEC. Especial referencia a los ingresos asistenciales. Atención a los plazos. Ingresos urgentes/ordinarios

Tal como hemos puesto de manifiesto, el régimen de los internamientos forzosos en España se ha visto afectado por la declaración de insconstitucionalidad de los primeros incisos del párrafo primero y segundo del primer apartado del artículo 763 LEC declarada por la STC 132/2017, de 2 de diciembre[1070]. A raíz de esta sentencia, el Tribunal Constitucional ha ido perfilando los diferentes requisitos que han de cumplir los ingresos involuntarios desde la perspectiva del artículo 17-1 CE[1071], tanto cuando es

[1066] Según el Tribunal Constitucional, *"...no resulta posible hablar de la "regularización" de un internamiento involuntario que se prolongue durante días, semanas o meses sin autorización del juez, sea en un hospital, centro sociosanitario o en su caso residencia geriátrica (esta última, como hemos señalado en la STC 13/2015, de 1 de febrero, FJ 3, puede ser el "centro" al que se refiere el artículo 763-1 LEC, siempre que disponga de médico psiquiatra que efectúe la valoración del estado de la persona que ingresa y motive la necesidad de su internamiento; así como los medios materiales y humanos para su tratamiento terapéutico, además de cumplir con los requisitos legales y administrativos para desarrollar su actividad. No cabe "regularizar" lo que no es mera subsanación de formalidades administrativas, sino directa vulneración de un derecho fundamental (artículo 17-1 CE)*". STC 34/2016, de 29 de febrero de 2016, (FJ5) BOE de 8 de abril de 2016.

[1067] "*...el Juzgado y en su defecto la Sección Juzgadora, debió proveer a su debida protección mediante la apertura del proceso de incapacitación, el cual, como se ha dicho ya, a criterio de ambos órganos judiciales sí resultaba idóneo. Con el poder "ex officio" que les concede el art. 762 LEC, con base en los informes médicos de los que se disponía, bien el Juzgado o bien la Audiencia al resolver la apelación, debieron acordar la adopción inmediata del internamiento como medida cautelar, procediendo por su parte el Ministerio Fiscal a promover la correspondiente demanda de incapacitación de doña M.R.S., caso de no hacerlo la propia afectada, lo que en este caso no parece posible, ni los parientes legitimados en primer término por la ley (art. 757 LEC).* STC 34/2016, de 29 de febrero de 2016, (FJ7) BOE de 8 de abril de 2016.

[1068] En su informe de 2011 el Comité exponía que le preocupa que se tienda a recurrir a medidas urgentes de internamiento que contienen solo salvaguardias *ex post facto* para las personas afectadas.

[1069] La Confederación Salud Mental España se hace eco en su informe del año 2017 sobre el estado de los Derechos Humanos de las personas con trastorno mental en España de la Encuesta de Morbilidad Hospitalaria publicada en 2016 por el Instituto Nacional de Estadística (INE), según la cual en 2015 un 9,7% de las estancias hospitalarias fueron causadas por trastornos mentales, afectando principalmente a hombres y mujeres entre los 45 y los 50 años. El informe pone de relieve "el elevado porcentaje de estancias hospitalarias motivadas por trastornos mentales (9,7% del total) frente al escaso número de altas con dicho diagnóstico (2,5%)", indicando que "esta situación está motivada por el mayor periodo de internamiento hospitalario en los enfermos con esta patología".

[1070] STC 132/2010, de 2 de diciembre, BOE nº 4, de 5 de enero de 2011, sec. TC. Págs. 106-112.

[1071] Pero no desde la de los artículos 14 y 19 CDPD, conviene advertir.

acordada directamente por la autoridad judicial como medida cautelar de un procedimiento ya iniciado, como cuando se dicta en sentencia definitiva.

También, como hemos mencionado anteriormente, el propio Tribunal Constitucional ha ido zanjando otro tipo de cuestiones polémicas. Entre ellas, la referente a la obligatoriedad de aplicación del artículo 763 LEC en relación con cualquier tipo de ingreso involuntario con independencia de la patología presentada por la persona a ingresar y del tipo de centro en que el ingreso tuviera lugar. Por eso creemos que la pretendida distinción entre tipo de ingresos atendiendo a esas circunstancias (terapéutico o social) del fallido Anteproyecto redactado en su momento por la Sección Quinta de la CGC, venía a contradecir la propia doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual la preceptiva autorización judicial previa (salvo casos de urgencia) exigida para proceder al ingreso involuntario de una persona nada tenía que ver con el tipo de centro al cual sería conducida, de suerte que resultaba irrelevante, que ése fuera sanitario o asistencial.

La necesidad de que el Tribunal Constitucional se tuviera que pronunciar sobre esta cuestión vino determinada precisamente por una de las polémicas más vivamente mantenidas entre unos juzgados y tribunales y otros, a la que ya se ha aludido. En algunos casos entendían que los ingresos asistenciales no requerían de autorización judicial, mientras que en opinión de otros que la autorización era siempre necesaria.

Al respecto, queremos recordar que la justificación de dicha autorización no se encontraba, insistimos, en el tipo de centro sino en la privación de libertad individual; además es preciso señalar que para que el ingreso tuviese un carácter voluntario no bastaba la ausencia de oposición de la persona que iba a ser internada, sino que se requería de la expresión indubitada de su consentimiento.

Sin embargo, como hemos explicamos más detalladamente en otros trabajos[1072], las razones en que la doctrina y las resoluciones judiciales sustentaban la tesis de que los ingresos asistenciales no requerían de autorización judicial, consistían principalmente en que la edad no puede identificarse con el trastorno psíquico y en que los centros de mayores no son centros psiquiátricos[1073]. Esta tesis encontraba su fundamentación jurídica en la Exposición de Motivos de la Ley 1/1996 que reformó parcialmente el artículo 211 CC[1074], inmediato predecesor del artículo 763 LEC, cuya

[1072] TORRES COSTAS, 2017:56-89.

[1073] Autos de las Audiencias Provinciales de Barcelona de 19 de marzo de 1.996 (RGD, 1996, págs. 11980 y ss.), 4 de junio de 1.996 (RGD, 1996, págs.. 844 y ss.), 19 de noviembre de 1.996 (Az.Civil 2151); de La Rioja 27 de octubre de 1.998 (Az. Civil, 7837), Auto Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de A Coruña, de 29 de enero de 2009, sin embargo, autorizando la permanencia en centro como *medida de* protección, Auto Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de 18 de noviembre de 2011, Auto Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Andújar, de 6 de marzo de 2008, Auto Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Ferrol de 24 de marzo de 2011, etc.

[1074] El apartado 2 de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996 adelantaba que *(O)tra cuestión que se aborda en la Ley es el internamiento del menor en centro psiquiatrico y que con el objetivo de que se realice con las máximas garantias por tratarse de un menor de edad, se somete a la autorización judicial previa y a las reglas del articulo 211 del Código Civil, con informe preceptivo del Ministerio Fiscal, equiparando, a estos efectos, el menor al presunto incapaz y no considerando válido el consentimiento de sus padres para que el internamiento se considere voluntario, excepción hecha del internamiento de urgencia.* Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE nº 15 de 17 de enero de 1996, sec. I. Disposiciones generales, págs. 1225-1238.

inconstitucionalidad también fue declarada mediante STC 131/2010, de 2 de diciembre[1075]; en el artículo 17 CE; en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 y en la interpretación que del mismo ha efectuado en numerosas ocasiones el TEDH. Los partidarios de esta postura consideraban el internamiento involuntario previsto en la LEC como una medida excepcional, necesaria, limitada en el tiempo y transitoria, características que no se dan en aquellos supuestos en los que lo que se solicita es el internamiento de una persona de edad avanzada, con una enfermedad degenerativa[1076].

[1075] STC 131/2010, de 2 de diciembre de 2010, BOE nº 4 de 2011, sec. T.C., págs. 97-105. "6. En definitiva, conforme ha quedado expuesto, procede declarar inconstitucional y nula la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en cuanto atribuye, con infracción de lo dispuesto en los arts. 17.1 y 81.1 CE, carácter de ley ordinaria a la disposición final duodécima de la propia Ley Orgánica 1/1996, por la que se dio nueva redacción al párrafo primero del art. 211 del Código civil, dado que tiene por objeto una materia –la medida de autorización judicial de internamiento de personas que padezcan trastornos psíquicos– incluida en el ámbito de la reserva de ley orgánica.

La declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996 determina, en consecuencia, que el art. 211, párrafo primero, del Código civil, en la redacción dada al mismo por la referida disposición final duodécima de la misma Ley Orgánica 1/1996, deba ser declarado inconstitucional por regular materia reservada a ley orgánica, pero no nulo en este caso. Como este Tribunal ha declarado en diversas ocasiones, no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad (por todas, SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 138/2005, de 26 de mayo, FJ 6; 273/2005, de 27 de octubre, FJ 9; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 17; y 120/2010, de 24 de noviembre, FJ 6). Tal ocurre en el presente supuesto, pues la declaración de nulidad del art. 211, párrafo primero, del Código civil, crearía un vacío en el ordenamiento jurídico, sin duda no deseable, máxime teniendo en cuenta que dicho precepto no ha sido cuestionado en su contenido material, esto es, no se ha discutido la pertinencia de la medida de internamiento de las personas incapacitadas por razón de trastorno psíquico en establecimiento de salud mental mediante autorización judicial, a lo que ha de añadirse que, en realidad, se trata de un precepto ya derogado.

Conviene advertir que desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, cuya disposición final duodécima dio nueva redacción al párrafo primero del art. 211 del Código civil, y hasta la publicación de la presente Sentencia, por la que declaramos la inconstitucionalidad de su calificación legislativa en la disposición final vigésima tercera de la citada Ley Orgánica 1/1996 como norma no orgánica, ha mediado un tiempo en el que dicha calificación desplegó plena eficacia, integrándose en su virtud en el ordenamiento aquella norma como una ley ordinaria, lo que hizo posible efectos tales como, precisamente, la derogación posterior del art. 211 en su integridad por una ley desprovista del carácter orgánico, es decir, por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, cuyo art. 763.1 (precepto pendiente de enjuiciamiento por este Tribunal, como después se verá) viene a regular, como ya dijimos, tanto la habilitación al Juez para acordar la medida de internamiento forzoso de las personas que padezcan trastornos psíquicos (hasta entonces contemplada en el párrafo primero del art. 211 del Código civil, en la redacción dada al mismo por la disposición final duodécima de la Ley Orgánica 1/1996), como las reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento (previstas con anterioridad en el párrafo segundo del art. 211 del Código civil, en la redacción dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, y cuya constitucionalidad en cuanto al carácter de ley ordinaria fue declarada por la citada STC 129/1999, FJ 2).

Vigente, pues, como norma ordinaria durante toda su existencia, el párrafo primero del art. 211 del Código civil, ha de ser declarado inconstitucional, pero no nulo, como antes ya se dijo, por lo que despliega todos sus efectos hasta su derogación por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil desde el 8 de enero de 2001 (fecha de entrada en vigor de la misma), sin perjuicio de la correspondiente modulación de esos efectos que pudiera resultar de lo establecido en las disposiciones transitorias de dicha ley, cuyo art. 763.1 regula actualmente la medida judicial de internamiento forzoso por razón de trastornos psíquicos, precepto sobre el que este Tribunal ha de pronunciarse al resolver la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4542-2001, planteada por el mismo órgano judicial del que procede la presente cuestión, como ya se dijo".

[1076] En estos casos lo que se pretende es una ayuda asistencial, indefinida en su duración, de dudosa necesidad, en tanto que el paciente podría recibir igual asistencia, atención y cuidados en su propio domicilio, y que obedece más que a razones médicas, a la voluntad o conveniencia de la familia, que decide ingresarlo en una residencia o centro adecuado. CALAZA LÓPEZ, 2007:191-193 considera que la aplicaciónde l artículo 763 LEC no cabe cuando la finalidad sea meramente asistencial, educativa o sanitaria, con el consiguiente desplazamiento de la verdadera finalidad de esta medida, que lo es el

Por su parte, los defensores de la teoría que propugnaba la necesidad de obtención de previa autorización judicial para todo tipo de ingresos involuntarios, tesis acogida, impulsada y defendida por la Fiscalía General del Estado, fundamentaban su postura utilizando como base los mismos argumentos que sus detractores. Así defendían, en cuanto a la necesidad de trastorno psíquico, elemento fáctico necesario para autorizar un ingreso involuntario, que era imposible negarlo en los casos de enfermedades degenerativas como el Alzheimer, por ejemplo, que no sólo limita, sino que anula la voluntad de la persona además de su inteligencia, esto es, su psique; por ello, había de considerarse que este tipo de enfermedades sí entran dentro de lo que el precepto llama trastorno psíquico, que no se puede negar por el simple hecho de que quien normalmente las padece son personas de avanzada edad[1077]. Respecto al tipo de centro, los partidarios de esta tesis alegaban que tampoco era sostenible el argumento relativo al centro en el que se produciría el internamiento entendiendo, que los ingresos asistenciales quedaban perfectamente encuadrados dentro del artículo 763 LEC y ello porque, según argumentaba la Fiscalía[1078], en ese tipo de centros la persona mayor no solo recibirá una atención asistencial sino también, además, una atención médica, sanitaria y curativa buscando, además de su cuidado, también su rehabilitación.

Precisamente por ello, este tipo de ingresos adquieren un carácter de permanencia que para nada tiene que ver con la temporalidad de los ingresos psiquiátricos con finalidad curativa, temporal o provisional y necesaria en un centro psiquiátrico y, por lo tanto, si para estos últimos se exige preceptivamente autorización judicial, con mucho mayor motivo para los anteriores porque, de lo contrario se estaría favoreciendo que personas sin capacidad para decidir su internamiento quedasen a merced de sus familiares o de terceros que, sin ningún tipo de control decidirían su ingreso en aquel tipo de centros. De este modo, a criterio de la Fiscalía se estaría vulnerando no sólo el artículo 763 LEC sino también los derechos reconocidos en el artículo 17 CE y 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, dejando a la persona mayor absolutamente desprotegida. De esta suerte se concluía que lo

---

restablecimiento de las personas afectadas por "trastornos psicológicos"; para CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, 2010:499-514 quedan también fuera del art. 763 LEC los internamientos en residencias de la Tercera Edad, al no resultar necesariamente vinculados sus pacientes por la necesidad de un tratamiento psiquiátrico y otros autores citados en nota[1064] *ut supra*.

[1077] Ahondando un poco más, la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Valencia en su notas de servicio internas recordaba la propia definición que de la demencia venía haciendo la OMS diciendo que "incide en la identidad psíquica más profunda del individuo, describiéndola como: "síndrome debido a una enfermedad del cerebro, generalmente de carácter crónica o progresiva, en la que hay déficits de múltiples funciones corticales superiores, entre ellas la memoria, el pensamiento, la orientación, la comprensión, el cálculo, la capacidad de aprendizaje, el lenguaje y el juicio". Por esta razón, la FGE consideraba que este argumento era insostenible. En el mismo sentido y haciéndose eco, entre otras, de la clasificación de la OMS respecto de las psicosis orgánicas, entre las que incluye la psicosis senil y la presenil (Pick, Alzheimer), demencia senil de tipo depresivo, o paranoide, demencia arterioscleriótica, etc; FÁBREGA RUÍZ, 2000:106-107.

[1078] Concretamente la Fiscalía del TSJ Valencia argumentaba que "los trastornos psíquicos no han de provenir necesariamente de una enfermedad de carácter psiquiátrico, sino que pueden comprender una enfermedad degenerativa (la demencia senil o la enfermedad de Alzheimer), o incluso de un trastorno físico que produzca consecuencias psíquicas (traumatismo por ejemplo, que prive al sujeto de sus facultades mentales). Máxime cuando en el siglo que corre nadie estima que el internamiento de persona de edad avanzada lo es meramente asistencial, cuando tras todo internamiento lo que se pretende es la rehabilitación psicosocial, en la medida de lo posible, y no el mero estaticismo de la persona internada".

verdaderamente significativo del internamiento no era ni la enfermedad (carácter psiquiátrico) ni el tipo de centro, sino que lo relevante era la privación de libertad[1079]. Así, todos los ingresos no voluntarios en centros asistenciales requerirían preceptivamente la autorización judicial del artículo 763 LEC.

Esta cuestión, como hemos dicho polémica durante años y años, fue finalmente zanjada por el Tribunal Constitucional, al resolver definitivamente que todos los ingresos involuntarios, con independencia del centro y la denominación del trastorno psíquico, requerían preceptivamente autorización judicial. En la STC 13/2016, de 1 de febrero[1080], en relación con el ingreso de una persona mayor con Alzheimer en una residencia asistencial, resolvió que el artículo 763 LEC es preceptivamente aplicable a los ingresos en centros geriátricos cuando la persona padezca un trastorno, padecimiento o enfermedad que le impida tomar decisiones libremente sobre su voluntad de ingresar. Añade el Tribunal Constitucional que nada obsta a que una residencia geriátrica pueda ser el centro al que se refiere el art.763-1 LEC, siempre que, además de cumplir con todos los requerimientos legales y administrativos para su funcionamiento, se halle en condiciones de cumplir lo imprescindible para el tratamiento psiquiátrico (médico psiquiatra que pueda emitir informe que diagnostique el trastorno mental del afectado y motive en su caso la necesidad del internamiento; equipos y recursos materiales para el cuidado integral del interno y para iniciar el tratamiento terapéutico que precise, etc.). En el mismo sentido se pronunciaron la STC 34/2016, de 29 de febrero[1081] o la STC 132/2016, de 18 de julio[1082].

En consecuencia, la propuesta de la Sección Quinta de la CGC suponía un claro retroceso, pues aquel Anteproyecto no solo regulaban los llamados ingresos involuntarios, en clara contradicción con las recomendaciones del Comité, sino que, además, distinguía los internamientos en función del tipo de

[1079] En este sentido, PALLARÉS NEILA, 2018:323, en referencia al tipo de centro en el que la persona quede recluida, afirma que quizá desde un punto de vista médico o administrativo pueda tener alguna utilidad, pero desde un punto de vista civil y constitucional no. Los derechos que están en juego son los mismos, e idéntica su justificación. Opinión distinta mantiene DÍAZ ALABART, 2018:176 para quien, aunque en ambos casos –se refiere a ingresos en centros psiquiátricos o ingresos en centros residenciales- se trate de ingresos involuntarios, las características de unos y otros son distintas. De una parte, porque los internamientos por enfermedad psiquiátrica en un altísimo porcentaje son de carácter urgente, se corresponden con brotes o picos de la enfermedad mental y por eso, dice, no suelen ser muy largos, y además de proporcionar tratamientos que no siempre pueden prestarse fuera del ámbito hospitalario, buscan evitar que la persona internada se cause daño a sí misma o a otras personas. Afirma que los centros hospitalarios psiquiátricos limitan la libertad de las personas mientras dura la crisis precisamente para evitar esos posibles daños. Mantiene esta autora que, aunque la enfermedad afecte a sus facultades volitivas, raramente las pierden por completo y, por último, que la enfermedad mental muchas veces tiene cura con el tratamiento adecuado. Además, estos pacientes no suelen ser personas dependientes. Lo contrario ocurre en los ingresos de personas mayores en centros residenciales, donde el carácter urgente de sus ingresos viene determinado por que el deterioro constante e irreversible ha alcanzado cotas tan altas que la persona no puede valerse por sí misma para casi nada y es muy difícil prestarle toda la asistencia en el ámbito familiar.

[1080] STC 13/2016, de 1 de febrero, BOE número 57, de 7 de marzo de 2.016, pág.18.409 y ss.: *...nada obsta a que una residencia geriátrica pueda ser el "centro" al que se refiere el artículo 763-1º LEC, siempre que, además de cumplir con todos sus requerimientos legales y administrativos para su funcionamiento, se halle en condiciones de cumplir con esas condiciones imprescindibles para el tratamiento psiquiátrico*.

[1081] BOE número 85 de 8 de abril de 2016, sec. T.C., págs. 24889-24906.

[1082] BOE número 196, de 15 de agosto de 2.016, sec. T.C., págs. 60435-60446.

centro en el que ingresar, bajo la denominación de "internamiento terapéutico no voluntario" e "internamiento asistencial no voluntario[1083]".

En otro orden de cosas, llamamos también la atención sobre el hecho de que la discrepancia doctrinal y jurisprudencial existente durante años y años respecto a la aplicación del artículo 763 LEC a los ingresos asistenciales trajo consigo en la práctica otro tipo de problemas que siguen vivos en la actualidad. Uno de los más claros es el que afecta al momento en que ha de solicitarse del juzgado la preceptiva autorización judicial de ingreso; a este respecto el artículo 763 LEC es claro, al distinguir entre ingresos involuntarios ordinarios o no urgentes e ingresos urgentes; en el primer caso, la autorización judicial debe recabarse con carácter previo; en el segundo, *a posteriori*, en el plazo máximo de setenta y dos horas, tratándose no ya de una autorización de ingreso, sino de una ratificación del mismo acordada por el facultativo médico. Pues bien, se ha constatado que la práctica habitual, cuando se trata de ingresos en centros asistenciales es que, la autorización judicial o bien no se recaba o bien se solicita una vez llevado a cabo el ingreso, aunque no haya tenido carácter urgente. Se trata, o se trataba hasta que el Tribunal Constitucional dictó sus SSTC 34/2016 y 132/2016, de "regularizar" aquellas situaciones en las que no se contaba con la autorización pertinente, y en las que la persona no había podido manifestar su voluntad de ingreso de forma libre y consciente. En estos casos, se entendía que dicha falta de voluntad conllevaba una privación de su libertad y con la ratificación judicial *ex post facto* se pretendía subsanar ese defecto.

Sin embargo, también en este punto el Tribunal Constitucional cerró definitivamente la polémica al resolver, en primer lugar, que los expedientes de autorización judicial para ingresos involuntarios ordinarios requieren que la citada autorización se recabe con carácter previo al ingreso. En segundo lugar, que el ingreso realizado sin contar con dicha previa autorización, produce una vulneración de su derecho fundamental a la libertad porque la persona no ha manifestado su consentimiento. En tercer lugar, que esta privación de libertad constituye una situación nacida o producida extramuros de la regulación legal. Por último, que la regularización que se postulaba vendría a dar cobertura legal a una situación que no la tiene, acaso porque el legislador no quiso que, salvo en los supuestos de urgencia, se produjeran internamientos no voluntarios sin la preceptiva y previa autorización judicial. En consecuencia con todo lo anterior, en ninguno de los supuestos planteados autorizó la pretendida "regularización".

El dictado de tales sentencias puso en evidencia una realidad que afectaba a un importantísimo número de personas, particularmente personas mayores pero también personas con discapacidad intelectual, que se encontraban ingresadas en centros sociosanitarios sin contar ni con su consentimiento, ni

[1083] En línea con las propuestas del fallido Anteproyecto de Ley Orgánica, MARTÍNEZ GÁLVEZ, 2019, propone como entre las posibles soluciones ante la incontrovertible e indiscutida realidad de que muchas personas mayores, sin autonomía para consentir ni control judicial, son ingresadas en centros de mayores, la por el denominada "adecuada regulación de los Artículos 762 LEC y 763 LEC, que ofrezca una respuesta diferenciada a los ingresos de personas mayores respecto a los ingresos psiquiátricos" ya que, según este autor, "Un problema diferente exige una solución diferenciada", solución con la que mostramos nuestro desacuerdo al igual que haremos con alguna otra de las propuestas por este autor más adelante.

con la previa y preceptiva autorización judicial para ello; ocurrió, sin embargo, que en palabras del propio Tribunal Constitucional tampoco podían "ser puestas en libertad", porque, o no tenían dónde ir o, aun teniendo, carecían de habilidades suficientes para vivir de forma autónoma y de cualquier tipo de apoyo que les permitiera hacerlo fuera del lugar en el que se encontrasen institucionalizadas. Por ello, el interés de la segunda de las sentencias mencionadas, la STC 132/2016, se encontraba no tanto en determinar si la situación era regularizable o no (esto ya se había resuelto en la precedente STC 34/2016) sino en precisar, ante la problemática planteada, cuál sería entonces el mecanismo jurídico-procesal para dotar de legalidad a las situaciones que, *de facto*, se encontraban así.

La solución acordada entonces por el Tribunal Constitucional fue negar la autorización por los motivos expuestos, ordenando devolver las actuaciones al juzgado de Primera Instancia, a fin de que éste instase al Ministerio Fiscal para que promoviese un procedimiento de "incapacitación" y acordase como medida cautelar del artículo 762 LEC[1084], si procediese, el ingreso en tanto en cuanto se resolviese el procedimiento sobre la capacidad de la persona concernida.

En definitiva, el Tribunal Constitucional obliga desde entonces, ante ese tipo de situaciones, a promover un procedimiento de "incapacitación" que, como ya hemos expresado en otras ocasiones[1085], nadie había interesado; además, en muchas ocasiones tal procedimiento puede resultar superfluo, al estar las personas a quienes afecta perfectamente amparadas por sus guardadores de hecho; en la mayoría de los casos es además desproporcionado, porque el único objetivo que se pretende es el del control de los ingresos, a fin de salvaguardar los intereses de las personas ingresadas ante eventuales abusos[1086]. Además, esta solución resulta contraria a la propia CDPD y su Comité, teniendo en cuenta que en la actualidad, el sistema español continúa siendo un sistema sustitutivo de la voluntad y la práctica ha

[1084] El artículo 762-2º LEC establece: *Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación.* Siendo manifiesto el trastorno psíquico y la falta de capacidad para decidir sobre el ingreso, la solución que propone el Tribunal Constitucional al resolver la cuestión concreta relativa a cuál ha de ser el procedimiento *constitucionalmente adecuado para el control judicial del internamiento en centros asistenciales o sociosanitarios de personas ancianas que, por sufrir un deterioro severo de sus facultades cognitivas, carecen de la capacidad de decidir libremente sobre su ingreso o permanencia en dichos centros*, e indicar que *si existen datos que desde el principio permitan sostener que el padecimiento mental que sufre la persona, por sus características y visos de larga duración o irreversibilidad,* -lo que, sin duda, ocurre en los supuestos de demencia tipo Alzheimer, por ejemplo- *deben dar lugar a un régimen jurídico de protección más completo, declarando su discapacidad e imponiendo un tutor o curador para que complete su capacidad, con los consiguientes controles del órgano judicial en cuanto a los actos realizados por uno u otro, el internamiento podrá acordarse como medida cautelar (art. 762.1 LEC), o como medida ejecutiva en la sentencia (art. 760.1 LEC), en un proceso declarativo instado por los trámites del art. 756 y ss. LEC".* TORRES COSTAS, 2017:56-89.

[1085] TORRES COSTAS, 2017:71.

[1086] Para el Tribunal Constitucional, "si existen datos que desde el principio permitan sostener que el padecimiento mental que sufre la persona, por sus características y visos de larga duración o irreversibilidad, -lo que, sin duda, ocurre en los supuestos de demencia tipo Alzheimer, por ejemplo- deben dar lugar a un régimen jurídico de protección más completo, declarando su discapacidad e imponiendo un tutor o curador para que complete su capacidad, con los consiguientes controles del órgano judicial en cuanto a los actos realizados por uno u otro, el internamiento podrá acordarse como medida cautelar (art. 762.1 LEC), o como medida ejecutiva en la sentencia (art. 760.1 LEC), en un proceso declarativo instado por los trámites del art. 756 y ss. LEC". STC 132/2016, de 18 de julio.

demostrado que en un elevadísimo porcentaje de casos, específicamente casos de demencia en personas mayores, terminan con una sentencia de incapacitación total con nombramiento de tutor[1087].

El caso resuelto por la STC 34/2016, ponía en evidencia también otra de las problemáticas habituales y cotidianas cuando estamos ante ingresos en centros geriátricos, aunque la realidad es trasladable también a centros para personas con discapacidad intelectual y, en menor medida, para ingresos en centros psiquiátricos. Nos estamos refiriendo al plazo para solicitar la autorización judicial de ingreso ordinario o, en su caso, de su "regularización".

La STC 34/2016 resolvía el caso del ingreso involuntario de una mujer mayor con demencia en el que, tras haber sido trasladada al centro residencial y, pese a que ya constaban informes previos que evidenciaban que no estaba en condiciones de manifestar su voluntad de ingresar de forma libre y voluntaria incluso antes de que eso ocurriera, no se solicitó la autorización de permanencia en el centro hasta meses después[1088]. En la sentencia dictada, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre el carácter imperativo de los plazos establecidos en el artículo 763 LEC. En aquel caso, resultaba evidente para el tribunal que los plazos no se habían cumplido por lo que la mujer debía haber sido "puesta en libertad".

Con anterioridad, el propio Tribunal Constitucional se había pronunciado de forma específica sobre esta cuestión en relación con un ingreso psiquiátrico de carácter urgente ocurrido en la unidad correspondiente de un hospital público. Aunque el director del centro solicitó la ratificación del ingreso en el plazo legalmente establecido, el juzgado de primera instancia no dictó auto autorizando el mismo hasta diecinueve días después, bien pasado el plazo de 72 horas[1089], alegando para ello, que dicho plazo debía comenzar a computar

[1087] Por lo expuesto, no compartimos la opinión de LARROSA AMANTE, 2018:598, según la cual "no se deja sin protección al internado, e incluso se busca la vía procesal adecuada para el autorizar el internamiento del mismo a los efectos de garantizar su asistencia y tratamiento, pero se rechaza la aplicación al mismo del procedimiento del artículo 763 LEC, dado que "no cabe regularizar lo que no es mera subsanación de formalidades administrativas, sino directa vulneración de un derecho fundamental". Desde nuestro punto de vista, no puede hablarse de "protección" cuando previamente se ha declarado que se vulnera su derecho a la libertad pero, al mismo tiempo, se mantiene esa supuesta "privación de libertad". Además, tampoco estamos de acuerdo en que la solución procesal elegida por el Tribunal Constitucional, adopción de medidas cautelares del artículo 762 LEC, sea la más idónea para ello, puesto que nada obstaría a incoar un nuevo procedimiento del artículo 763 LEC. Nada impediría que, archivado el primero en base a las propias razones invocadas por el Tribunal Constitucional, se iniciase otro procedimiento del artículo 763 LEC autónomo, distinto de una medida cautelar adoptada previa o coetáneamente a un procedimiento de incapacitación, como expone GIMENO SENDRA, 2016:258, con el mismo fin; o a mantener el ya iniciado con la interpretación que anteriormente hemos expuesto, esto es, con la finalidad de averiguar la voluntad de la persona. *Vid.* también DÍAZ ALABART, 2018:190-192, sobre la solución dada por el Tribunal Constitucional. En todo caso, nuestra interpretación, en línea con CUENCA GÓMEZ, 2015:136, es que el precepto, de acuerdo con el espíritu de la CDPD, ha de ser derogado o, al menos reinterpretado en el sentido ya expuesto en anteriores ocasiones. Por todas, *vid.* nota[1036]

[1088] En concreto, cuando el Ministerio Fiscal, tras haber solicitado previamente diferentes informes, se consideró suficientemente informado de la situación de la anciana para presentar la correspondiente solicitud ante el juzgado competente.

[1089] En este caso concreto, se trataba del ingreso urgente de una persona con trastorno bipolar que había sido derivada a una unidad hospitalaria. En el momento del ingreso, el director del centro solicitó del juzgado competente su ratificación. Ocho días después se procedió a su exploración por parte del juez y al reconocimiento por parte del forense. No consta ningún comportamiento anómalo del paciente durante la entrevista. Los informes médicos se recogen en modelos preimpresos y estereotipados donde apenas existen huecos rellenados a mano en el momento de la práctica de las diligencias. Días más tarde se recibe informe del Ministerio Fiscal manifestando su no oposición al ingreso. Se recibe también con posterioridad notificación del director del centro hospitalario comunicando el alta médica de la ingresada

desde que el escrito se reparte al juzgado competente y cuando este pueda explorar al ingresado, lo cual depende de la carga de trabajo del propio juzgado.

Notificado el auto de ratificación, la ingresada se personó por primera vez, asistida de letrado y representada por procurador, para presentar recurso de apelación e invocar, entre otros, la vulneración de su derecho fundamental a la libertad. El recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial por considerar que a efectos del control judicial exigible primero al Juzgado *a quo* y posteriormente a dicha Sección juzgadora, no se trataba de verificar si se justificaba el internamiento urgente en el momento en el que éste tuvo lugar por orden del personal médico encargado del centro, sino únicamente de comprobar que tales circunstancias concurrían el día en que se llevó a cabo el examen judicial y pericial del recurrente, tras la comunicación al órgano judicial[1090].

El recurrente alegó otros motivos en su recurso que afectaban a su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que también fueron desestimados. Presentado recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, éste resolvió en sentido estimatorio mediante la conocida STC 141/2012, de 2 de julio[1091], despejando cualquier duda que pudiera existir acerca de los plazos, su cómputo y obligatoriedad, distinguiendo entre las dos fases que, según el Tribunal, existen en relación con los ingresos involuntarios: una fase extra o preprocesal y otra fase procesal.

La fase extrajudicial está determinada en su validez por cuatro exigencias: en primer lugar, la existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico, justificante del internamiento inmediato; la medida debe ser necesaria y proporcionada, de ella debe informarse al afectado hasta donde pueda comprenderla, ha de quedar por escrito en un informe médico y ha de ser comunicada al juzgado para su posterior control judicial. En segundo lugar, ha de informarse a la ingresada o su representante sobre el internamiento y sus causas, pues nadie puede ser privado de su libertad sin conocer los motivos que lo determinan (artículo 17-2 CE). En tercer lugar, resulta de obligado cumplimiento la comunicación del ingreso involuntario por parte del director del centro al juzgado en el plazo de 24 horas; además, proclama el Tribunal Constitucional que este plazo no podría ser elevado por el legislador actual o futuro en ningún caso más allá de las setenta y dos horas, al resultar vinculante en este ámbito privativo de libertad la limitación que fija el art. 17-2 CE para las detenciones extrajudiciales, el cual, como

---

y varios días después se dicta el auto de ratificación del ingreso cuya única fundamentación jurídica consiste en una transcripción literal del artículo 763 LEC. No consta durante estas actuaciones ninguna llevada a cabo para informar a la ingresada sobre sus derechos, entre ellos, la posibilidad de ser parte del procedimiento mediante abogado y procurador.

[1090] Además, la Audiencia Provincial consideraba que la actuación del Juzgado de Primera Instancia no se extendía a valorar las razones que lo justificaban sino que, por ser intervención *a posteriori*, originada por la preceptiva comunicación que ha de hacer el director del centro a la autoridad judicial -como prevé el precepto-, de lo que se trataba era de determinar si subsistía la motivación del mismo a los efectos de que procediese a la preceptiva ratificación de dicha medida, dentro de los plazos que reseña. Según la Audiencia Provincial, todos esos requisitos fueron cumplidos por el Juzgado. En cuanto al incumplimiento por parte del juzgado para resolver sobre el ingreso involuntario realizado, la Audiencia Provincial restó igualmente importancia a la superación del mismo, al que calificó como "retraso breve y razonable demora".

[1091] STC 141/2012, de 2 de julio, BOE nº 181, de 30 de julio de 2012, Sec. T.C., páginas 13 a 27.

anteriormente había declarado[1092], no opera con carácter exclusivo en el orden penal[1093]. De este modo, la comunicación al Tribunal habrá de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que justifique el internamiento, sin más demora, siendo que las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad. Precisión esta última importante, en aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al tratamiento de manera voluntaria y en algún momento posterior exterioriza su cambio de criterio, siendo en ese preciso momento cuando, tornándose en involuntario, se precisará la concurrencia de los requisitos del art. 763.1 LEC para poder mantener el internamiento, empezando simultáneamente a correr el cómputo de las 24 horas para comunicarlo al órgano judicial. El último requisito exigido en esta fase extrajudicial, sería el control posterior sobre el centro; desde que la comunicación se efectúa al juzgado, la persona pasa a efectos legales, a disposición del órgano judicial.

Respecto a la fase de control judicial, el Tribunal Constitucional aclara que el juicio de ratificación exige, por una parte, la consideración del estado mental de la persona al momento de practicarse las diligencias judiciales sobre ella misma, pero también la procedencia del internamiento cuando se adoptó. Esto es, el juez ha de examinar no solo la situación actual al momento de explorar por sí mismo al ingresado, sino también todas las actuaciones llevadas a cabo desde el momento en que el ingreso tuvo lugar. Solo de esta manera podrá determinar si la medida fue justificada, necesaria y proporcionada.

Como garantías propias de esta fase del procedimiento, el Tribunal Constitucional definió las siguientes, en relación con lo previsto en el artículo 17-1 CE. En primer lugar, la obligación de la autoridad judicial de informar a la persona ingresada o a su representante de su situación material y procesal, lo que incluye el derecho de aquélla a ser oída en el procedimiento y a poder intervenir en el mismo mediante abogado y procurador. En segundo lugar, dentro del plano probatorio, la obligación de la exploración directa por parte del juez y de la práctica pericial médica respecto a la persona ingresada. En tercer lugar, como una de las principales garantías de este marco regulador del internamiento urgente, el Tribunal Constitucional destaca el límite temporal del que dispone el Juez para resolver, inédito hasta la aprobación de la LEC; la base constitucional de dicho plazo, al tratarse de una privación de libertad judicial, resuelve, no reside en el art. 17-2 CE[1094], sino el art. 17-1 CE[1095],

[1092] SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6; 179/2000, de 26 de junio, FJ 2; y 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6.

[1093] Además, aclara el Tribunal Constitucional que se trata, en todo caso, no de un plazo fijo sino máximo, que, por ende, no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente.

[1094] Artículo 17-2 CE. *La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.*

[1095] Artículo 17-1 CE. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.*

como ya había dicho en anteriores ocasiones[1096]. Ese plazo ha de considerarse improrrogable, tal como el Tribunal Constitucional ha reconocido también con otros plazos de detención judicial que desarrollan el citado art. 17-1 CE[1097]. Por tanto, deja claro que no puede mantenerse el confinamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, ni cabe aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el Auto y éste resulte confirmatorio, tal como precisamente argumentaba el juzgado *a quo* y la Audiencia Provincial en el supuesto objeto de la STC 141/2012.

Añade además que, vencido el plazo, no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si éste se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que tras esa ratificación deba ejecutarse la orden judicial con todos sus efectos. Otra interpretación, dice el alto tribunal, llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente. Como consecuencia concluye que la superación del plazo de las setenta y dos horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del art. 17-1 CE[1098].

Teniendo en cuenta la propia doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en las SSTC13/2016 [1099], STC 34/2016 [1100] o la STC 132/2016[1101], anteriormente mencionadas, y relativas todas ellas a ingresos de personas mayores en centros gerontológicos, resultaba evidente que los argumentos utilizados en la STC 141/2012 era perfectamente encajables y

---

[1096] SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 2.

[1097] SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4 B); y 180/2011 de 21 de noviembre, FFJJ 5 y 6.

[1098] Se trata de un "(P)lazo que el legislador actual o futuro no podría elevar en ningún caso más allá de las setenta y dos horas, al resultar vinculante en este ámbito privativo de libertad la limitación que fija el art. 17.2 CE para las detenciones extrajudiciales, el cual, como tenemos declarado, no opera con carácter exclusivo en el orden penal (SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6; 179/2000, de 26 de junio, FJ 2; y 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6). Se trata, en todo caso, no de un plazo fijo sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. Respecto a la ratificación de los ingresos urgentes, la misma Sentencia se pronuncia en el Fundamento Jurídico siguiente en los siguientes términos: c) Sin duda una de las principales garantías de este marco regulador del internamiento urgente lo constituye el límite temporal del que dispone el Juez para resolver, inédito hasta la aprobación de la LEC 1/2000. La base constitucional de dicho plazo, al tratarse de una privación de libertad judicial, no reside en el art. 17.2 CE, sino el art. 17.1 CE, como tenemos ya dicho (SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 2).
El plazo ha de considerarse improrrogable, tal como hemos reconocido con otros plazos de detención judicial que desarrollan el art. 17.1 CE [SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4 B); y 180/2011 de 21 de noviembre, FFJJ 5 y 6]. Por tanto no puede mantenerse el confinamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, ni cabe aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el Auto y éste resulte confirmatorio. Vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si éste se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que tras esa ratificación deba ejecutarse la orden judicial con todos sus efectos. Otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente". (Fundamento Jurídico 5, c. STC 141/2012, de 2 de julio, BOE nº 181, de 30 de julio de 2012, Sec. T.C., páginas 13 a 27).
"Como consecuencia, la superación del plazo de las setenta y dos horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del art. 17.1 CE". (Fundamento Jurídico 6, c)

[1099] *Vid.* Nota[1080]

[1100] *Vid.* Nota[1081]

[1101] *Vid.* Nota[1082].

aplicables a los ingresos realizados en centros asistenciales. Por lo tanto, los plazos legalmente establecidos en el artículo 763 LEC son también de aplicación para los ingresos realizados en este tipo de centros [1102]; precisamente, este fue uno de los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional para negar la posibilidad de "regularización" de los ingresos asistenciales realizados sin la previa y preceptiva autorización judicial.

Una última cuestión que también ha resuelto el Tribunal Constitucional en relación con los ingresos urgentes afecta a la legitimación activa para instarlos la cual recae, según el artículo 763 LEC sobre el director del centro donde la persona haya sido ingresada[1103].

La STC 16/2016, de 1 de febrero, trataba de un ingreso urgente en centro geriátrico cuya ratificación judicial había sido interesada por dos trabajadoras sociales del SAMUR social de Madrid, quienes habían trasladado al centro a un hombre que padecía síndrome de Diógenes. En esta ocasión, el Tribunal Constitucional dejaba claro que la legitimación activa para solicitar la ratificación correspondía solo a la dirección del centro, tal como ordena el artículo 763 LEC quien ha de contar con el repetido informe médico. Faltando este requisito, consideró que el ingreso se había realizado vulnerando el derecho fundamental a la libertad de la persona ingresada. Por ello, ordenaba la inmediata puesta en libertad de la persona ingresada, sin perjuicio de lo que podría ser resuelto en un procedimiento de "modificación de la capacidad" que se estuviera tramitando simultáneamente.

3.2.4. Interpretación del artículo 763 LEC: TEDH *versus* CDPD

Como venimos diciendo, la retirada del Anteproyecto de Ley Orgánica sobre de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales y la ausencia de modificación del artículo 763 LEC y de Disposición Transitoria alguna en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, hacen que, en la actualidad, nos encontremos ante un precepto en vigor que claramente se opone a lo dispuesto en los artículos 14 y 19 CDPD, especialmente, en la interpretación ordenada por su Comité que, como hemos repetido, clama directamente por su derogación.

Pese a ello, hasta la fecha ni el legislador, ni los tribunales parecen proclives a su abolición. Estos últimos continúan aplicándolo, entendiendo que, pese a la radical oposición con los preceptos de la Convención

[1102] Sin embargo, contra todo pronóstico, el fracasado Anteproyecto redactado por la Sección Quinta CGC no solo no respetaba ese plazo máximo e improrrogable de privación de libertad sino que lo ampliaba inexplicablemente hasta un nuevo plazo de quince días desde que el ingreso de la persona se hubiera producido sin la obtención de la consabida y preceptiva autorización previa prevista para todo tipo de ingresos asistenciales no producidos por razones de urgencia o protección. También DÍAZ ALABART, 2018:195, propone que, dentro de la revisión del artículo 763 LEC se permita que, en los casos en que se precisara, el plazo máximo de 72 horas para ratificar o no el internamiento involuntario urgente, se pudiera prorrogar 24 o 48 horas más pues, aunque se trate también de privación de libertad, considera que este plazo no es comparable al del *habeas corpus* frente a la detención policial, y en algunos casos un plazo tan perentorio para llevar a cabo muchas e importantes tareas en beneficio del internado, puede terminar por ir en su perjuicio por no haberse podido realizar correctamente.

[1103] Aquél ha de justificar la admisión de tal ingreso para el que pide su ratificación judicial en un informe médico que prescriba el ingreso. Solo de esta manera podrá el juez ratificar el ingreso aunque objetivamente pudieran existir razones que aconsejasen un ingreso en centro.

mencionados e integrados en nuestro ordenamiento jurídico interno, el artículo es de aplicación. Como hemos visto, el propio Tribunal Constitucional ha ido puliendo los aspectos que resultaban más controvertidos, a fin de establecer las directrices que deben ser respetadas para que el ingreso involuntario no se convierta en una arbitraria privación del derecho fundamental a la libertad.

A pesar de ello, la vigencia del precepto en esas condiciones plantea otra problemática en su interpretación, derivada de las obligaciones del Estado español establecidas en los artículos 96-1, en relación con el artículo 10-2, ambos de nuestra Constitución[1104].

De estos preceptos se deduce que una vez que un tratado internacional celebrado válidamente se ha incorporado al ordenamiento jurídico español, no se podrán desarrollar ni aplicar normas internas que conculquen los preceptos internacionales[1105]. En caso de conflicto entre la norma interna e internacional, resultaría inaplicable el precepto nacional[1106]. Pues bien, España ratificó en su día el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (CEDH) [1107]; posteriormente hizo lo propio con la CDPD[1108]. En consecuencia, nos encontramos ante dos tratados adoptados en fechas distintas e incorporados válidamente a nuestro derecho interno, siendo la CDPD posterior al CEDH.

Ambos instrumentos jurídicos versan sobre la misma materia, los derechos humanos, si bien la CDPD se refiere específicamente a aquellos que afectan a las personas con discapacidad. Ambos tienen repercusión directa sobre los ingresos involuntarios: el primero de ellos, en su artículo 5 y el segundo en el artículo 14 (también en el 19 como el derecho a elegir el lugar de residencia). Sin embargo, el contexto temporal de aprobación de cada uno de ellos sitúan su punto de partida en enfoques de la discapacidad completamente antagónicos: el CEDH se impregna de lleno del paradigma médico rehabilitador y la CDPD, lo supera y rechaza, propugnado en su lugar el paradigma social bajo el enfoque de derechos humanos de la discapacidad.

En efecto, en el momento de su aprobación, el Convenio Europeo de Derechos Humanos aprobado en 1950 pareció no tener en cuenta demasiado a las personas con discapacidad, a tenor de su nula referencia en todo el texto, salvo una lamentable excepción[1109]. El artículo 5 del CEDH reconoce

[1104] El primero de ellos dispone que los tratados internacionales válidamente celebrados por el reino de España, una vez publicados oficialmente pasan a formar parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. El segundo de ellos, dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. BENAVIDES LÓPEZ, 2013:431

[1105] TORRES COSTAS, 2018:10

[1106] "El artículo 10.2, significa una notabilísima excepción al principio de interpretación de las normas de conformidad con la Constitución. De manera que, como ha dicho el Tribunal Constitucional, en materia de derechos y libertades, la Constitución se inserta en un contexto internacional, precisamente el que hemos descrito (STC 62/1982, de 15 de octubre). En este caso, por tanto, es la Constitución la que ha de interpretarse conforme a normas que en nuestro sistema de fuentes tienen rango inferior". TORRES DEL MORAL, 2007:125.

[1107] Instrumento del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, ratificación. BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979.

[1108] Instrumento de ratificación de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE nº 96, de 21 de abril de 2008.

[1109] CUENCA GÓMEZ, 2012-II, 226

expresamente el derecho de toda persona a la libertad sin que nadie pueda ser privado de ella; sin embargo, la excepción se encuentra precisamente en el apartado e) del meritado precepto referido precisamente a la licitud del internamiento en el supuesto de que la persona afectada por la medida sea un "enajenado".

La literalidad de este artículo así como la interpretación y la concreción de los requisitos mínimos exigidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para admitir la legalidad de este tipo de internamientos ponen de manifiesto que el modelo seguido por el texto normativo, así como por la máxima institución europea de garantía de los derechos humanos continúa siendo el denostado modelo médico-rehabilitador que admite los internamientos involuntarios basados en el simple hecho de la discapacidad (enajenado). Parece que los casi setenta años transcurridos desde la aprobación del CEDH no han sido suficientes para superar el viejo modelo vigente entonces, y ello pese a los importantísimos avances alcanzados en relación con el concepto de discapacidad promovidos en gran parte por el propio colectivo que históricamente ha visto como, en aras a su protección, se han venido cometiendo flagrantes violaciones de sus derechos humanos por el simple hecho de presentar dicha condición.

Prueba de ello es la propia pervivencia de esta norma que permite todavía hoy la privación de libertad de las personas tomando como base el simple hecho de su condición de persona con discapacidad, y ello pese a las restricciones enunciadas por el propio TEDH, especialmente a raíz de la STEDH de 24 de octubre de 1979, caso *Winterwerp*. c. Los Países Bajos ya comentada[1110].

Ninguna referencia hace esta sentencia a la voluntad del individuo, a sus gustos o preferencias; tampoco a la posibilidad de dotar al individuo de apoyos o ajustes razonables para que pueda emitir un consentimiento informado acerca de su ingreso o tratamiento; en definitiva, ninguna intervención de la persona afectada por la medida en su proceso de ingreso. Con el tiempo, el TEDH ha ido exigiendo, además, que esta medida se tome como última posible, esto es, cuando no haya sido viable la adopción de cualquier otra menos restrictiva de los derechos fundamentales de la persona, especialmente, del derecho a su libertad.

Conviene señalar que el artículo 5 CEDH y las sentencias del TEDH que lo interpretan continúan siendo invocados en nuestro ordenamiento, sobre todo por el Ministerio Fiscal, para fundamentar y justificar la validez y licitud de los ingresos de carácter forzoso[1111]. Así, la "Circular 2 /2017, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores" emitida por la Fiscalía General del Estado se hace eco expresamente de la Recomendación CM/Rec(2014)2, de 19 de febrero, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores. Esta Recomendación recoge un apartado concreto sobre el cuidado residencial e institucional en el que

[1110] *Vid*. pág. 334 y nota[1043] de este trabajo. En el mismo sentido, Caso X. v. RUSIA. STEDH de 20 de febrero de 2018, 3ª SECCIÓN. Solicitud 3150/15, ECLI:CE:ECHR:2018:0220JUD000315015; o caso *Karamanof* c. Grecia, nº 46372/09, §42, 26 de julio de 2011, ECLI:CE:ECHR:2011:0726JUD004637209, (y los que en él se citan); o la STEDH, de 17 de enero de 2012, Demanda no 36760/06, caso Stanev contra Bulgaria, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD003676006.

[1111] *Vid.*, entre otras, STC 141/2012, STC 13/2016 o STC 34/2016, todas aquí citadas.

expresa: "Las personas mayores, en principio, solo deberían ser internadas para atención residencial, institucional o en establecimiento psiquiátrico con su consentimiento libre e informado. Cualquier excepción a este principio tiene que cumplir los requerimientos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en particular el derecho a la libertad y seguridad (artículo 5)".

Tras la STC 34/2016, anteriormente comentada[1112], la Circular 2/2017 marca pautas de actuación del Ministerio Público. Para la Fiscalía no siempre será necesario interponer dicho procedimiento principal; sobre todo no lo será en aquellos casos en los que lo único que se pretenda es dar cobertura legal al internamiento indebidamente practicado. Para esos casos, el Ministerio Fiscal propone otra alternativa, cual sería la simple solicitud de medidas cautelares de ingreso cuya duración se extendería hasta que la medida dejase de ser necesaria[1113].

Aunque en dicha Circular defiende los principios de la CDPD, en el sentido de respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a ingresar y el derecho a no ser privada de libertad, lo cierto es que reconoce que esto solo podrá ocurrir manteniendo el control judicial conforme a los artículos 5-1 CEDH y 763 LEC que, obviamente considera de aplicación.[1114]

Sin embargo, como hemos reiterado, el Comité de UN destinado a interpretar y posibilitar la aplicación de la CDPD ha recomendado a España (y a muchos otros Estados con regímenes similares) la derogación de todo tipo de ingresos que no esté basado en el libre consentimiento de la persona a quien afecten y cuyo origen se encuentre precisamente en la situación de discapacidad de la persona a ingresar.

Llegados a este punto, conviene preguntarnos entonces cuál de las interpretaciones, la del TEDH o la del Comité UN, ha de ser asumida por los Tribunales españoles. Desde nuestro punto de vista, no cabe la menor duda de que el Tratado a aplicar ha de ser la CDPD y la interpretación que ha de darse ha de ser la de su órgano de supervisión, esto es, el Comité.

Fundamentamos nuestra postura en la aplicación de los principios de temporalidad, especialidad y del principio *pro homine*.

Nos encontramos ante dos tratados adoptados en fechas distintas e incorporados válidamente a nuestro Derecho interno, siendo la CDPD posterior al CEDH. Ambos tratados tratan sobre la misma materia, los derechos humanos, si bien la CDPD se refiere específicamente a aquellos que afectan a las personas con discapacidad, lo que obliga a que entre en juego, además, la regla relativa a la prevalencia de la norma especial sobre la general

[1112] Que, recordemos, resolvía que en los casos de ingresos involuntarios llevados a cabo sin contar con la preceptiva autorización judicial previa procedía ordenar la puesta en libertad, pero paralela e inmediatamente retrotraer las actuaciones al juzgado de primera instancia para que éste dictase la medida cautelar de ingreso y diese traslado al Ministerio Fiscal para que instase un procedimiento de modificación de la capacidad de los arts. 756 y ss. LEC.

[1113] Para el Ministerio Fiscal, el régimen general del artículo 730 LEC vigente no es de aplicación en estos casos, como hemos visto.

[1114] Por tanto, los Sres. Fiscales, si estiman que no procede la interposición de la demanda de modificación judicial de la capacidad, tras emitir el correspondiente decreto razonado en las diligencias preprocesales, podrán solicitar del Juzgado que continúe el internamiento como medida de protección autónoma, manteniendo el control judicial conforme a los artículos 5-1 CEDH y 763 LEC. Circular 2/2017, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores, pág. 27.

[1115].

La CDPD es un tratado internacional específicamente destinado a la protección de los derechos de las personas con discapacidad cuyo principal mérito es precisamente la introducción de un nuevo paradigma sobre el tratamiento de la discapacidad, que busca dejar atrás el modelo médico rehabilitador o médico asistencial para sustituirlo por el modelo de la discapacidad basado en el enfoque de los derechos humanos, potenciando las capacidades de la persona, equiparando este colectivo en capacidad jurídica a todas las demás personas, introduciendo un sistema de apoyos para garantizar el pleno ejercicio de la capacidad jurídica en todas sus manifestaciones, prohibiendo expresamente la privación de libertad basada en el simple hecho de la discapacidad y proscribiendo el tratamiento médico involuntario, incluido el internamiento con motivo de la discapacidad.

En nuestra opinión se produce, como hemos dicho, un claro supuesto en el que el artículo 5-1 e) CEDH entra en colisión con el artículo 14 y el 19 de la CDPD. Siendo ésta una norma posterior y, además, especial, los tribunales españoles deben interpretar sus normas, específicamente el artículo 763 LEC, de acuerdo con lo previsto en este último tratado internacional y ello a pesar de la línea jurisprudencial seguida todavía en la actualidad por el TEDH[1116].

Por último, el CEDH recoge el principio *pro homine*[1117] en su artículo 53. Igualmente, la CDPD lo prevé en su artículo 4, apartado 4º. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, "estar siempre a favor de la persona"[1118]. En definitiva, se trata de dejar a salvo las regulaciones más beneficiosas sobre los derechos que contemplan que pudieran existir en otras normas internacionales y en las normas de Derecho interno e impiden su utilización para derogar, restringir o limitar los derechos fundamentales reconocidos en los ordenamientos estatales. Parece fuera de toda duda que la CDPD es un tratado que contiene una regulación no solo más específica sino también más beneficiosa para las personas con discapacidad, al equipararlas en capacidad jurídica con las demás. El reconocimiento de esta capacidad jurídica implica el reconocimiento a decidir por ellas mismas y, en consecuencia a manifestar su voluntad sobre su ingreso en un centro o institución. La CDPD les reconoce expresamente su derecho a la libertad de modo que la mera existencia de una discapacidad no puede ser justificativa de su privación.

Por todas las razones expuestas, la interpretación que han de seguir los

[1115] El principio de que la norma especial prima sobre la general es de creación doctrinal y jurisprudencial. Esta regla busca, mediante la comparación e interpretación de ambas normas hacer primar aquella que regula la situación de manera específica sobre la que lo haga de forma general. SACO CHUNG, 2008:248. *Vid. t*ambién TARÍO PATO , 2003:189.

[1116] *Vid.*, entre otras, Caso X. v. RUSIA. STEDH de 20 de febrero de 2018, 3ª SECCIÓN. Solicitud 3150/15 (ECLI:CE:ECHR:2018:0220JUD000315015), y las en ella citadas.

[1117] El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. HERNÁNDEZ VÁZQUEZ, 2014:3.

[1118] En general, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos. PINTO, 1997: 163-172.

tribunales españoles ha de ser acorde con la CDPD. Esta interpretación, además, ha de extenderse a la dada por su Comité, en virtud del valor vinculante que, como vimos al comienzo de este trabajo, ha de darse a sus informes[1119].

Sin embargo, la realidad nos muestra tozudamente que esta no es la postura que se está adoptado en nuestro sistema jurídico. El artículo 763 LEC no ha dejado de aplicarse nunca, ni siquiera cuando fue declarado inconstitucional. Lo mismo ocurre con el artículo 762 LEC. El fundamento de ambos es el mismo: la discapacidad de la persona o "trastorno psíquico". Son procedimientos que, tal como están planteados e interpretados en la actualidad, obvian los derechos reconocidos a las personas por la CDPD y vulneran, por ende, su derecho fundamental a la libertad. Están radicalmente en contra de la reforma proyectada. Por ello, urge que el legislador apure dicha reforma en el sentido aquí expuesto que, creemos, es el único acorde a la Convención, tratado de aplicación por encima de cualquier otro sobre la materia en la actualidad.

No obstante tenemos que advertir que la reforma necesaria está muy alejada de la planteada en su día planteada por el prelegislador en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales, la cual lejos de suponer un avance en esa línea, venía a significar un claro retroceso por diferentes motivos, algunos ya aludidos con anterioridad y otros que resumimos a continuación.

En primer lugar, mantenía claramente el paradigma médico rehabilitador, lo cual se evidenciaba especialmente en lo que denominaba "internamiento terapéutico no voluntario"; el propio nombre lo decía todo: médico y forzoso, justamente lo contrario a lo propugnado por la CDPD.

En segundo lugar, refiriéndonos a este tipo de ingresos, el paradigma médico se reforzaba al exigir preceptivamente la práctica de pericial médica en el procedimiento, como hasta ahora.

Se admitía, sin más, la posibilidad de que la persona estuviese sometida a algún tipo de medida de contención al momento del ingreso. Sin embargo, nada se decía acerca de quién debía prescribir tal medida. El Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales, pese al nombre, no hacía ninguna mención al uso o prescripción de medidas de contención[1120].

Desde el punto de vista procesal, se disminuían, en nuestra opinión, las

[1119] *Vid.* 1. 10. El carácter de los Informes y Observaciones del Comité, *ut supra.*

[1120] Sobre este particular, KINDELÁN BUSTELO, 2015:58, manifestaba que las sujeciones físicas —y bajo ciertas condiciones quizá también la contención química— constituyen prácticas de privación del derecho fundamental a la libertad e implican un plus de restricción sobre el internamiento forzoso, por lo que no pueden presumirse implícitas en la autorización judicial. Tampoco deberían adoptarse medidas de contención o restricción de derechos a los usuarios de centros residenciales, ya sean personas con discapacidad, menores o mayores, con el sólo consentimiento de los familiares, ya que su voluntad no sustituye la del residente, y la tutela, en caso de concurrir, debería dejar fuera el ejercicio de los derechos fundamentales. Son cuestiones todas ellas que están estrechamente relacionadas con la libertad de las personas con discapacidad, y que se en encuentran abiertas, en distintas fases del debate, el cual en ningún caso debiera dar lugar a normas que vulneraran la Convención. Sería aconsejable que el legislador tuviera muy presentes a estos efectos las recomendaciones del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad formuladas a España en esta materia (CRPD/C/ESP/ CO/1: § 35 y 36),

garantías de la persona a ingresar: se mantenía la facultad –sin imponer la obligatoriedad- de designar letrado y procurador para su asistencia en el procedimiento. Además, se desvirtuaba drásticamente el principio de inmediación, al permitir la exploración judicial de la persona a ingresar mediante videoconferencia.

No se efectuaba mención alguna a ningún tipo de ajuste procesal. En esencia, las formas eran las mismas que en la actualidad. Se preveía una suspensión de la audiencia prevista más allá del plazo legalmente establecido, si la persona solicitaba abogado. No se contemplaba la existencia de ningún tipo de turno de asistencia letrada de urgencia o guardia para estos casos como en el derecho penal. También se incorporaba la posibilidad de aplazamiento de la vista si en la misma no pudieren practicarse todas las pruebas. Es decir, se extendía inexplicablemente y, en contra de la doctrina del Tribunal Constitucional[1121], el plazo para autorizar el ingreso.

En absoluto se tenía en cuenta la voluntad de la persona a ingresar, especialmente en aquellos casos en los que se le hubiese nombrado curador con facultades de representación, y en el mismo procedimiento se hubiese acordado la medida de ingreso. En esos casos, el curador tampoco precisaba de autorización judicial de ingreso[1122].

Para los casos de ingresos asistenciales no voluntarios, previstos en aquella reforma, la situación tampoco pintaba mucho mejor. Antes al contrario. Se mantenía el criterio de "protección" frente al de "respeto a la voluntad" de la persona propugnado por la CDPD y absolutamente inexistente en aquel Anteproyecto. Permanecía también aquí el enfoque médico rehabilitador al exigirse igualmente informe médico con carácter preceptivo para proceder al ingreso. Por otra parte, en contra también de la doctrina del Tribunal Constitucional, se permitía expresamente la "regularización" de todos aquellos ingresos que hubieran tenido lugar sin contar con la previa y preceptiva autorización judicial. Para ello, se preveían plazos de solicitud de la autorización y de resolución todavía mayores.

No se exigiría autorización judicial de permanencia en el centro para aquellos supuestos de "incapacidad sobrevenida", si la persona no mostrase su oposición a continuar en el centro lo que, nuevamente, chocaba con la doctrina científica [1123] y jurisprudencial unánime en la actualidad. Esta doctrina entiende que la falta de capacidad de la persona para mostrar su voluntad ha de interpretarse en el sentido de ausencia de voluntad. Justamente lo contrario que pretendía la reforma. Tampoco se exigía autorización judicial para los ingresos temporales, si bien se requería la comunicación de inicio y fin del ingreso al juzgado. Por último, la regulación prevista flexibilizaría también, según aquel Anteproyecto, la posibilidad de entrada en el domicilio sin la voluntad de la persona a ingresar involuntariamente al eximir expresamente de

[1121] STC 141/2012.

[1122] Esta es también otra de las posibles "soluciones" que propone MARTÍNEZ GÁLVEZ, 2019:5, ante la realidad actual. *Vid.* nota[1083]

[1123] GIMENO SENDRA, 2016:257. "…la pretensión dirigida a obtener una previa autorización judicial para el 'internamiento por razón de trastorno psíquico de una persona que no está en condiciones de decidirlo por sí', o a ratificar el internamiento ya efectuado 'por razones de urgencia inmediata'. Se trata, por tanto, del internamiento de una persona en un centro psiquiátrico 'no voluntario' en el doble supuesto de que la persona afectada se niegue al ingreso o de que, aun cuando no se oponga o incluso esté de acuerdo, su estado psíquico le impida tener plena conciencia de su decisión".

la obligación de solicitar autorización judicial para ello si los convivientes con aquella autorizasen la entrada o si existiere riesgo para la vida o integridad de la persona, sin que se especificase tampoco quién y cómo se determinaría este riesgo.

Afortunadamente, en nuestra opinión, el Anteproyecto no siguió adelante su tramitación. En la actualidad, al parecer, se está trabajando en una nueva redacción que, esperemos, sea más acorde con el nuevo enfoque de derechos humanos y más coherente con la reforma planteada en el primero de los Anteproyectos todavía en trámite.

Con todo, los temores sobre la falta de adaptación a la CDPD en el tema de los internamientos ni cesan ni se limitan a la esfera meramente interna. Resulta de especial interés destacar que paralelamente al proceso de modificación de la legislación española en lo afecta a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, se está llevando a cabo en el marco del Derecho europeo otra reforma que afecta a esta materia siempre polémica y que está generando una enorme reacción en contra porque, igualmente supone, a nuestro juicio, un retroceso en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad[1124]. Nos referimos al Proyecto de Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología[1125] y (en lo sucesivo, el Proyecto de Protocolo) que tramita en la actualidad el Consejo de Europa, texto en el que otra vez más se aprecia una contradicción entre los postulados de este organismo y los de las Naciones Unidas plasmados en el CDPD.

A pesar de que la Exposición de Motivos del Proyecto de Protocolo citado invoca expresamente, entre otros textos normativos, a la CDPD, lo cierto es que no parece haber recogido en modo alguno el espíritu de esta, sino más bien lo contrario. El objeto de este nuevo Protocolo es la regulación de los procedimientos a seguir para la adopción de medidas de carácter involuntario dirigidas específicamente a las personas con enfermedad mental. Concretamente regula el tratamiento involuntario, incluyendo dentro de éste el internamiento forzoso.

Para justificar la necesidad de disciplinar la protocolización de este tipo de medidas, su Exposición de Motivos, presenta un amplio elenco de razones. Afirma, en primer lugar, haber tenido en cuenta que el tratamiento involuntario de una persona cuya capacidad para tomar una decisión sobre un tratamiento se ve seriamente perjudicada debe apuntar a permitirle recuperar esa capacidad. Destaca, en segundo lugar, la importancia primordial del desarrollo de alternativas a las medidas involuntarias y el uso sistemático de medidas alternativas. Reconoce, además, que el uso del ingreso y el tratamiento involuntarios puede socavar la dignidad humana y los derechos y

[1124] SALUD MENTAL ESPAÑA, la Asociación Española de Neuropsiquiatría-Profesionales de la Salud Mental (AEN), la Asociación Andaluza de Asociaciones de Salud Mental en Primera Persona y la Federación VEUS, han mostrado su rechazo y denunciado que el Protocolo entra en contradicción con la CDPD, a través del conocido Manifiesto de Cartagena. Disponible en: https://consaludmental.org/sala-prensa/salud-mental-espanal-manifiesto-cartagena-28240/

[1125] DH-BIO/INF (2018) 7, Conseile de L'Europe. COMITE DE BIOETHIQUE (DH-BIO). Projet de Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'homme et la biomédecine relatif à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux à l'égard du placement et du traitement involontaires.

libertades fundamentales pero, sin embargo considera que puede llegar a adoptarse aunque, como tal, debe ser limitado y que tales medidas solo deben implementarse como último recurso.

El Proyecto de Protocolo adicional destaca también en su Exposición de Motivos la necesidad de garantizar que, en el caso de recurrir a tales medidas, las personas interesadas se beneficien de una protección adecuada y puedan ejercer efectivamente sus derechos.

Alude, por último, a la importancia de un control adecuado del uso de tales medidas y, con base en todo lo anterior, se muestra resuelto a tomar las medidas necesarias para proteger, según dice, la dignidad y garantizar el respeto de los derechos y libertades fundamentales de las personas con trastornos mentales mediante la especificación de las normas de protección aplicables a la colocación y el tratamiento involuntarios.

Sin embargo, la lectura integral de todo su articulado nos permiten afirmar que este Proyecto de Protocolo no hace más que dar continuidad al paradigma médico-rehabilitador que considerábamos superado tras la aprobación de la CDPD, contribuyendo justamente a perpetuar la estigmatización de las personas con discapacidad, particularmente aquellas con discapacidad psicosocial. De ahí que un número importante de asociaciones y representantes de este colectivo se haya levantado en contra de la tramitación de este Protocolo[1126]. Sus argumentos, con los que nos mostramos conformes, aluden a que el mencionado Protocolo se opone a la Convención sobre los derechos de las CDPD, tanto en su objeto como en su propósito, siendo además claramente discriminatorio ya que permite el ingreso y los tratamientos involuntarios dirigidos de forma específica a las personas con discapacidades psicosociales. Tanto el Estado Español como todos los miembros del Consejo de Europa que hayan ratificado la CDPD están obligados a respetar este tratado internacional; por ello, en aplicación también del principio *pro homine*, no deberían firmar ninguna norma que fuese más restrictiva en derechos que aquélla.

A mayor abundamiento, en la redacción del mentado Protocolo se confunden coerción y cuidados; se considera que las referencias que se realizan a los supuestos beneficios de los ingresos y tratamientos involuntarios forman parte del pasado y son contradictorias con la evidencia creciente de alternativas existentes; se añade que el uso de medidas coercitivas causa aún más daño psicosocial, exclusión y aislamiento del que la persona pudiera sufrir, aumentando el riesgo de padecer problemas adicionales.

En efecto, el ingreso involuntario por un problema de salud mental suele suponer el uso de otras intervenciones coercitivas en contra de la voluntad de la persona, como la medicación forzosa, la contención mecánica y el aislamiento. Tales intervenciones constituyen prácticas discriminatorias que pueden llegar a producir sufrimiento psíquico severo, además de temor y trauma, y en algunos casos pueden ser consideradas maltrato e incluso tortura.

[1126] Entre ellas, la Asociación Española de Neuropsiquiatría-Profesionales de la Salud Mental, la Confederación SALUD MENTAL ESPAÑA, En Primera Persona, Federación Andaluza de Asociaciones de Salud Mental en Primera Persona y Federación VEUS-Federació Catalana d'Entitats de Salut Mental en Primera Persona, que firmaron un comunicado exponiendo su rechazo. Disponible en: http://aen.es/wp-content/uploads/2017/12/Posicionamiento-AEN-sobre-Protocolo-Convenio-de-Oviedo.pdf

A pesar de ello el Proyecto de Protocolo las permite expresamente, invocando para ello el mejor interés de la persona sometida a tratamiento, lo cual, como hemos visto en otros lugares de este trabajo, tampoco es lo que mejor cohonesa con las directrices que dimanan de la CDPD.

Por otro lado, el propuesto Protocolo autoriza la privación de libertad de la persona basada en la presunción de riesgo grave para sí misma o para otras personas; tal consideración es discriminatoria y estigmatizante; además, utilizar este planteamiento para la privación de libertad, supone una paradoja, pues implica la aplicación de intervenciones que suponen daño y sufrimientos grave con el fin de evitar hipotéticos daños en el futuro.

Cabe añadir que el Protocolo no establece la necesidad de reparar las consecuencias derivadas de los ingresos y tratamientos involuntarios, en términos de daño psicosocial y trauma; tampoco alude a la violación que suponen del derecho a la integridad y del derecho a rechazar tratamientos, en virtud de las directrices y principios básicos del Alto Comisionado de Naciones Unidas de Derechos Humanos, sobre violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos. Antes al contrario, los justifica en aplicación reiterada del principio del "mejor interés". Tampoco apoya ni promueve la creación de recursos alternativos en los que se respeten la voluntad y las preferencias de las personas interesadas, y que se basen en el consentimiento libre e informado de las mismas, en consonancia con la CDPD. No está de más señalar, al respecto, que existen en Europa experiencias de este tipo de recursos que han mostrado su utilidad y deberían ser fomentadas, según exponen las asociaciones de personas con discapacidad psicosocial[1127].

[1127] Muchas de estas actividades se centraron en la creación/desarrollo de servicios comunitarios y la desinstitucionalización, así como en el desarrollo de apoyo psicológico en la atención primaria. Así, una reforma en Bélgica incluyó el aumento de profesionales de la salud mental en los equipos móviles existentes y la creación de nuevos equipos móviles. Letonia aprobó un plan de acción para la desinstitucionalización y desarrolló directrices sobre servicios sociales basados en la comunidad y en una gestión eficiente para personas con discapacidades mentales. En Chipre, se ha presentado una nueva legislación sobre atención de salud mental comunitaria cuyo objetivo principal es el desarrollo de instalaciones comunitarias de salud residencial para personas con problemas de salud mental. La República Checa inició una reforma de los servicios de salud mental con el apoyo de los fondos estructurales de la UE, que se centró en 2017 en la construcción de nuevos centros de atención de salud mental comunitaria y en un proyecto de desinstitucionalización que incluye los cambios necesarios en la legislación, las medidas de calidad y la transformación de los hospitales psiquiátricos. Grecia aprobó un plan de salud mental destinado a la reforma de la atención de salud mental e inició en 2017 un proyecto de mejora de la calidad con el apoyo de la UE y la OMS. Italia ha completado el proceso para cerrar todos los hospitales forenses en el país, uno de los desarrollos más innovadores de los últimos años en Europa. Lituania amplió la red de centros de día y creó centros de intervención de crisis. Los Países Bajos tienen como objetivo mejorar la calidad de la atención y disminuir los costos al tratar a los pacientes en instalaciones ambulatorias / comunitarias o en el hogar en lugar de la atención intramural; y los médicos generales que contrataron un asistente psicológico aumentaron hasta un 80%. Noruega también impulsó la existencia de psicólogos en los municipios y desarrolló el proyecto *Mental Health Care Now*, basado en el programa británico para mejorar el acceso a las intervenciones psicológicas. El gobierno sueco ha adoptado una estrategia nacional de salud mental para el período 2016-2020 centrada en cinco áreas que se han identificado como los principales desafíos cuando se trata de promover la salud mental y el bienestar y combatir la enfermedad mental: esfuerzos preventivos y promocionales; acceso temprano a los servicios; grupos vulnerables; participación y derechos; y organización y liderazgo.
Además, existen muchas prácticas innovadoras en la UE, que aún no se han evaluado como buenas prácticas, pero que ya representan avances prometedores en la atención de salud mental comunitaria. Algunos ejemplos son los llevados a cabo en Grecia, donde una organización científica no gubernamental sin fines de lucro fundada en 1981 que trabaja en colaboración con la Universidad de Tracia, el SSPMH (http://ekpse.gr/el), ofrece capacitación para profesionales y voluntarios y presta atención a través de una red de servicios y centros comunitarios de salud mental, entre los que se incluye

Tampoco el propuesto Protocolo da respuesta a las advertencias de los organismos más relevantes en el ámbito de los derechos humanos, como son el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, el Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, así como a la decisión adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, pidiendo al Comité de Bioética que retire el Proyecto de Protocolo. Al contrario, se mantiene.

Por último, denuncian los representantes de las personas destinatarias del Protocolo, que no se ha consultado a las organizaciones con experiencia en el campo de la salud mental, ni a las de expertos en primera persona; siendo así

---

la prestación de asistencia sanitaria en unidades móviles de psiquiatría en áreas remotas de Grecia; una plataforma de acción para la promoción y autogestión de las personas con problemas de salud mental; y un servicio de apoyo psicosocial a los refugiados que promueve su inclusión en las comunidades locales. Por otro lado, en Italia, después de reformas calificadas de extensas y radicales, tanto en salud como en salud mental en 1978, todos los hospitales psiquiátricos han sido cerrados y los servicios de salud mental se basan exclusivamente en la comunidad; las unidades psiquiátricas para nuevos ingresos se hallan en hospitales generales. Más recientemente, en mayo de 2014, el Parlamento italiano aprobó una nueva legislación para cerrar los seis hospitales psiquiátricos forenses con un total de 1000 pacientes. Después de la reforma de salud mental de 1978, se estableció el Servicio de Salud Mental en la comunidad del sur de Verona (South Verona CMHS), supervisado y evaluado intensivamente por la Sección de Psiquiatría de la Universidad de Verona, y convertido en un centro colaborador de la Organización Mundial de la Salud para la investigación y capacitación en salud mental (http://www.psychiatry.univr .eso/). Se han producido los proyectos GET UP, que integra equipos de psicosis temprana en los equipos comunitarios existentes; VALERE que evalúa los resultados de quienes viven en instituciones residenciales; y PERSONE para describir las características demográficas y de tratamiento de pacientes con ingreso hospitalario forense, entre otros. Por su parte, en Rumanía, donde las ONG desempeñan un papel importante en la atención de salud mental, la Liga Rumana para la Salud Mental fue la primera involucrada en la promoción de la salud mental (www.lrsm.org.ro). Suceava creó el servicio comunitario de salud mental, para lograr una mejor comprensión de las necesidades e intereses del paciente con problemas de salud mental. El Hospital Psiquiátrico Siret (www.lrsm.org.ro) permitió a los pacientes participar en las actividades de la comunidad. Desde entonces, se desarrolla un programa integral para apoyar a los usuarios, que ofrece tratamiento médico, otros servicios terapéuticos y actividades para la vida independiente y de relajación. Además, las personas de la comunidad local acuden al hospital para apoyar sus actividades, produciéndose un proceso de integración inversa; y se ha desarrollado una importante red de voluntarios que ofrece actividades de relajación junto con los beneficiarios de la institución.

En Portugal el Centro de Salud Mental del Centro Hospitalario del Oeste de Lisboa, responsable de la atención de salud mental en esta área de Lisboa, incluye desde los años 90 un servicio psiquiátrico en un hospital general y cinco Equipos Comunitarios de Salud Mental que brindan atención de salud mental ambulatoria en colaboración con los servicios de atención primaria de salud y las instalaciones de rehabilitación psicosocial administradas por una ONG. En 2013, se inició un proyecto cuyo objetivo era evaluar la viabilidad y el impacto de un programa de atención integrada para personas con trastornos mentales graves, basado en un modelo de gestión de casos clínicos. Los resultados mostraron un impacto estadísticamente significativo del programa a nivel de psicopatología, necesidades, discapacidad, funcionamiento social y laboral, calidad de vida y satisfacción del paciente. Al siguiente año, el número de admisiones, los días de hospitalización y el número de recaídas disminuyeron, respectivamente, 64.1%, 65.6% y 45.6%. Este programa, especialmente relevante, demostró que es posible implementar, con buenos resultados, un modelo de gestión de casos clínicos con los recursos humanos y materiales generalmente disponibles en los equipos comunitarios de salud mental existentes en el país.

Por último, en Suecia durante 1994-2002, un pequeño equipo comunitario de salud mental participó en un gran proyecto internacional centrado en el estudio de los efectos del programa de "Atención Integrada" (IC). Se identificó un nuevo mecanismo para la prestación exitosa de servicios para el tratamiento centrado en la persona y el cuidado de personas con enfermedades mentales graves. Los principales resultados del proyecto de investigación mejoraron significativamente la función social y la satisfacción con los servicios del grupo de pacientes con IC en comparación con las mejores prácticas. Años más tarde, un estudio cualitativo confirmó el papel clave de los grupos de recursos en el proceso de recuperación.

Para una información más detenida puede consultarse el Informe *Providing Community Based Mental Providing Community based Mental Health Services*. Disponible en: https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/mental_health/docs/2018_compass_positionpaper_en.pdf

que toda iniciativa en torno a derechos humanos debe implicar y potenciar a todas las partes interesadas y, sobre todo, tener en cuenta la voz de las personas directamente afectadas por estas medidas.

Suscribimos toda la argumentación expuesta por estas entidades, que se encuentra claramente en la misma línea argumental que la defendida en esta tesis doctoral. En consecuencia, consideramos que la firma por España de este Protocolo Adicional no haría sino empeorar las cosas, al crear no solo un evidente problema de inseguridad jurídica[1128] sino, lo que es peor, un estatus legal que ampararía la discriminación por razón de discapacidad proscrita por la CDPD, vulnerando los derechos fundamentales de todo el colectivo.

Además, cabe señalar que la firma del Protocolo Adicional por parte de España también ha sido motivo de preocupación para el Comité de seguimiento de la CDPD. Así, en la sesión celebrada el pasado mes de marzo de 2019 para tratar sobre los informes segundo y tercero combinados por este Estado, el relator del país preguntó a la Delegación española en referencia a la carta que el Comité y el Relator Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad habían transmitido al Consejo de Europa en septiembre de 2017, en la cual se describían sus preocupaciones sobre cómo el Proyecto de Protocolo Adicional al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina entraba en conflicto con la CDPD. Concretamente, si el Estado parte tenía la intención de oponerse o no a la adopción del Protocolo Adicional.

En respuesta a esta cuestión, la Delegación española[1129] ante el Comité, informó de que, si bien España había ratificado el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, cualquier enmienda o adición al mismo no podía incorporarse a la legislación nacional a menos que cumpliera con la Constitución. En este sentido, afirmaba que el Gobierno era consciente de los muchos problemas asociados con el proyecto de Protocolo Adicional y estaba tomando medidas para determinar las opiniones de la sociedad civil, el CERMI y otros organismos en relación con su adopción[1130].

A la vista del Informe segundo y tercero combinados presentado por el Estado español y de las alegaciones efectuadas por la Delegación española al respecto durante su toma en consideración por el Comité, éste en sus Observaciones y Recomendaciones Finales a dicho informe, ha exhortado al Estado español, como ya se había comentado anteriormente, para que cumpla con sus obligaciones en virtud del artículo 14 de la Convención, y se guíe por las directrices del Comité, en todos la debates sobre ese Protocolo Adicional al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina.

En nuestra opinión, la firma de ese Protocolo Adicional en los términos planteados resulta absolutamente contraria a la CDPD y supone un claro retroceso en la lucha por la conquista de los derechos de todo el colectivo de las personas con discapacidad y una vuelta a épocas pretéritas de discriminación y sobreprotección a las que no se debería siquiera pensar en volver. La firma de ese Protocolo Adicional no aporta nada positivo en la

[1128] El principio de seguridad jurídica ha sido definido como la certeza sobre el Ordenamiento jurídico aplicable, sobre su alcance y efectos y sobre los intereses jurídicamente tutelados. *Vid.* TORRES DEL MORAL, 2007:61, nota[16].

[1129] La respuesta fue dada por el Sr. Juan Manuel Fernández Martínez, Magistrado, Vocal del Consejo y Presidente del Foro Justicia y Discapacidad, miembro de la Delegación española ante el Comité.

[1130] CRPD/C/SR.446. Toma en consideración del segundo y tercer informe presentados por España ante el Comité. 18 de marzo de 2019.

defensa de los derechos de las personas con discapacidad. En definitiva, supone un claro desprecio a la lucha de las personas con discapacidad pero también de todas las personas que defienden la igualdad plena en el reconocimiento y ejercicio de los Derechos Humanos.

3.2.5. Los tratamientos involuntarios

El frustrado Anteproyecto de ley destinado a modificar la regulación de los internamientos involuntarios incorporaba un artículo 763 ter LEC, donde se pretendía disciplinar de forma expresa, por primera vez, los tratamientos ambulatorios.

Al igual que los internamientos, este tema también ha sido objeto de polémica doctrinal, jurisprudencial e incluso social. Al no existir hasta ahora regulación expresa, hay quienes entienden que no procede su tramitación dentro de la jurisdicción civil, al no tener encaje dentro de lo previsto en el artículo 763 LEC para los internamientos involuntarios. Los defensores de esta tesis[1131] mantienen que el derecho fundamental afectado por el internamiento involuntario que justificaba la intervención judicial es el derecho a la libertad recogido en el artículo 17 CE; sin embargo, consideran que el derecho fundamental que resultaría afectado por el tratamiento involuntario sería el derecho fundamental a la vida y a la integridad física, amparado por el artículo 15 C.E; por lo tanto, los derechos fundamentales protegidos en ambos casos son distintos. En consecuencia, aunque ambos artículos constitucionales recogen derechos fundamentales y se ubican dentro de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la CE, gozando por ello de la protección cualificada del art. 53.2 CE, el control judicial del tratamiento involuntario no puede, según este planteamiento, ampararse bajo el artículo 763 LEC por no estar vinculado con el derecho a la libertad reconocido en el artículo 17 CE, que es el que le da cobertura.

Los partidarios de esta postura entienden que con la legislación vigente en nuestro ordenamiento jurídico[1132], el tratamiento médico sólo se contempla como un derecho del paciente, sin que quepa su imposición salvo en los casos específicamente previstos en la ley[1133]. En consecuencia, defienden que para poder obligar a alguien judicialmente a someterse a un tratamiento médico se exige, a tenor de lo previsto en el artículo 117-4 CE, una norma específica con rango de ley que otorgue tal atribución al juez. Entienden que esta norma no existe en la actualidad[1134].

[1131] ORTUÑO NAVALÓN, 2017:49-60

[1132] Se refieren principalmente al artículo 10 de la Ley General de Sanidad y la vigente Ley 41/2002, con los ajustes derivados de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que ha venido a reforzar la autonomía del paciente.

[1133] Cuando existan razones de protección de la salud pública (artículos 11, 26 y 28 de la LGS) o cuando exista un peligro para la vida o integridad de la persona (artículo 26 LGS y artículo 9 Ley 41/2002).

[1134] "La posibilidad de obligar judicialmente a alguien a someterse a un tratamiento médico contra su voluntad, requiere determinar, en qué situaciones estaría legitimada la intervención judicial, frente a qué pacientes, con qué garantías y límites. La intervención judicial en estos casos, no puede encontrar más cobertura constitucional que, genéricamente, en el principio rector del art. 43.1 CE. ("Se reconoce el derecho a la protección de la salud"), ubicado en el Cap. III del Título I (Principios rectores de la política social y económica). Y para ello, en cualquier caso, y de acuerdo con el art. 117-4 CE, se requerirá de una norma específica con rango legal que de modo expreso atribuya al juez la garantía de la salud del ciudadano, facultándole para imponer un tratamiento médico o asistencial no voluntario. Y dicha norma

Sin embargo, la tesis contraria ha sido mantenida, entre otros, por el Ministerio Fiscal, que reiteradamente ha venido utilizando el procedimiento del artículo 763 LEC como cauce procesal para interesar la adopción de la medida de tratamiento ambulatorio involuntario. Los argumentos jurídicos empleados por la Fiscalía salen de un punto de partida diferente, pues consideran que el bien jurídico protegido no es solo el de la salud o integridad de la persona sino que, por encima de ellos, el bien jurídico principal a proteger, al igual que en el caso de los internamientos involuntarios, es la libertad[1135].

Considera esta última postura que la posibilidad de su aplicación se deduce del propio artículo 763 LEC. Según su tesis, si en este precepto se faculta al juez para adoptar una medida de internamiento -decisión limitadora de derechos constitucionales-, como el derecho a la libertad del artículo 17 CE, el derecho a la dignidad del artículo 10 CE y el derecho a la integridad de física y moral del artículo 15 CE, también estará facultado, en atención al "interés" de la persona que sufre una enfermedad mental, su tratamiento y rehabilitación, para restringir ciertos derechos. Para el Ministerio Público se dan todos y cada uno de los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional en la STC del 16 de julio de 2001 (Sala 2ª) para aplicar el efecto del razonamiento *ad maiores ad minus*, es decir, la existencia de un genérico precepto habilitante de la injerencia en el derecho fundamental contenido en el artículo 763 LEC regulador del internamiento no voluntario –*ad maiore*- y que aporta la suficiente previsión normativa que la exigencia constitucional de certeza del Derecho y de protección de la libertad personal requiere para el tratamiento ambulatorio no voluntario –*ad minus*-[1136].

A mayor abundamiento, considera la Fiscalía que este procedimiento tendría también cabida dentro del ámbito de la medidas cautelares, en los términos previstos en el artículo 762 LEC[1137]. Como último argumento, fundamenta la posibilidad de adopción de la medida de tratamiento involuntario al amparo de lo previsto en el artículo 12-4 CDPD[1138].

Cabe añadir que algunos autores partidarios de esta tesis[1139] sustentada por la Fiscalía han invocado, además los artículos 216-2 CC en relación con el 158 CC, sobre adopción de medidas de protección.[1140].

---

habilitante no existe en la actualidad, por lo que resulta jurídicamente forzada su reconducción al ámbito de un precepto destinado a proteger otro derecho fundamental diferenciado". ORTUÑO NAVALÓN, 2017:49-60

[1135] Así, la Fiscalía en sus escritos invoca como fundamentos jurídicos las normas establecidas en el Libro IV, Título I, Capítulo II de la LEC relativas a la regulación "De la capacidad de las personas" y, particularmente los artículos 762 y 763 LEC, interpretados según las directrices establecidas en el Convenio de Oviedo para la protección de los Derechos Humanos de la Dignidad del Ser Humano, de 4 de abril, de 1994; la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; y la CDPD.

[1136] Refuerza su argumentación invocando la doctrina del Tribunal Constitucional que ha establecido en diferentes sentencias, entre las que cita las SSTC 34/1983, de 6 de mayo; 67/1984, de 7 de julio y 115/1987, de 7 de julio, que "las leyes deben ser interpretadas de la forma más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales, y de conformidad con la Constitución".

[1137] En el mismo sentido, ELÓSEGUI SOTOS, 2005:79.

[1138] LÓPEZ EBRI, 2009:113.

[1139] "La Ley de Enjuicimianto Civil sí bien no contempla esta imposición del tratamiento terapéutico, si consideramos que dicho tratamiento puede ser autorizado judicialmente por aplicación directa del art. 763 de la LEC y sus principios inspiradores, ya que en la mayoría de los casos la autorización del internamiento va destinada a a la aplicación de un tratamiento al enfermo mental y en consecuencia aunque expresamente no se diga en la Ley es evidente que por el principio de intervención mínima se

En fin, la polémica estaba (y sigue estando) servida, pues los puntos de partida de ambas posiciones se encuentran muy alejados. Esta situación ha venido generando desde hace años una enorme inseguridad jurídica y, por ello, un importante motivo de preocupación especialmente para personas con enfermedad mental y sus familias[1141], siendo las primeras en ocasiones escasamente conscientes de su enfermedad y, por tanto, con una enorme resistencia al tratamiento médico.

La falta de una respuesta clara en el ámbito judicial a la polémica señalada, dio lugar a que en el año 2004 se tramitase una iniciativa legislativa[1142] instada por la Confederación de Familiares de Enfermos Mentales[1143] para regular los tratamientos no voluntarios de personas con trastornos psíquicos, la cual, finalmente, no salió adelante[1144]. Un nuevo intento de regulación de los tratamientos involuntarios se produjo durante la negociación y tramitación de la reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Se preveía que el tema se introdujese dentro de su capítulo IX del título IV, en los que vendrían a ser sus artículos 84 a 87, ambos inclusive, pues así figuraba en el Proyecto de LJV aprobado en el Congreso de los Diputados el 26 de octubre de 2006[1145]. Sin embargo, finalmente la vigente LJV se aprobó sin incluir ni modificar el artículo 763 LEC y, por ende, sin añadir la regulación de los tratamientos no voluntarios, lo cual tiene sentido por diversas razones.

---

podrá acordar una medida menos gravosa para el enfermo como lo es el tratamiento ambulatorio y el propio espíritu teleológico de todas las normas referentes a los incapaces que establecen la necesariedad de la consecución del fin más beneficioso y adecuado para la protección del afectado por un trastorno psíquico". MAGRO SERVET, 2011:6. Contra él manifiesta expresamente su discrepancia ORTUÑO NAVALÓN, 2017:49-60.

[1140] Además de los expuestos, existen otros argumentos acogidos por los defensores de una u otra tesis pero aquí hemos tratado de resumir los más relevantes. Para un conocimiento más detallado sobre los argumentos, posturas doctrinales y jurisprudenciales se recomienda la lectura de la reciente tesis doctoral leída por JULVE HERNÁNDEZ, 2017, 373 págs.

[1141] Para la Confederación Española de Agrupaciones de familiares y personas con enfermedad mental (FEAFES), el internamiento y la incapacitación civil no son necesarias en muchos casos, sino que existe un estadio intermedio menos perturbador y agresivo para la persona ya previsto en los países de nuestro entorno como Francia, Gran Bretaña, Alemania o Italia y también en la legislación europea, pero aún pendiente de resolver en nuestro ordenamiento jurídico: la inclusión del tratamiento ambulatorio involuntario (TAI) en el artículo 763 LEC. Consideraban que la medida favorecería los niveles de atención temprana y los niveles de integración social, disminuirían los ingresos de puerta giratoria, mucho más estigmatizantes y discriminatorios, garantizaría la continuidad terapéutica y favorecería también la comunicación, la integración social y familiar de la persona enferma en su hábitat comunitario y familiar. ESBEC RODRÍGUEZ, 2012:123.

[1142] Presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) en forma de proposición de ley BOCG SERIE B-Proposiciones de ley, nº 101-1, de 19 de julio de 2004. Esta iniciativa proponía añadir un apartado 5 al artículo 763 LEC mediante el cual se regularían expresamente los tratamientos involuntarios y que literalmente establecería: (*P)odrá también el Tribunal autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un período de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del Facultativo, audiencia del interesado, informe del Forense y del Ministerio Fiscal.*

En la resolución que se dicte deberá establecerse el plan de tratamiento, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable del mismo que deberá informar al Juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento.

[1143] FEAFES, ahora SALUD MENTAL ESPAÑA, miembro de la Confederación Española de Representantes de las personas con Discapacidad (CERMI).

[1144] La Mesa de la Cámara acordó admitir a trámite la proposición de ley en reunión mantenida el 13 de julio de 2004. Sin embargo, la proposición de ley no prosperó pues, pese a haber sido ya calificada y encontrarse en tramitación, resultó finalmente caducada con motivo de la disolución de la Cámara en el año 2008 figurando dentro de la relación de iniciativas caducadas con dicho motivo relacionadas por la Mesa de la Diputación Permanente en su reunión de 21 de enero de 2008BOCG SERIE D-General, nº 675, de 13 de febrero de 2008.

[1145] BOCG SERIE A-Proyectos de ley, nº 109-1, de 27 de octubre de 2006.

En primer lugar, porque la LJV tiene carácter de ley ordinaria, por lo cual le estaría vetada la regulación de cualquier materia que pudiese afectar al núcleo fundamental de los derechos fundamentales y, ciertamente, la imposición de tratamientos médicos sin el concurso de la voluntad del paciente afecta, sino a varios, al menos a un derecho fundamental[1146].

En segundo lugar, entre la presentación del proyecto de ley y la aprobación de la LJV en 2015, se produce un hecho que ya ha sido objeto de comentario a lo largo de este trabajo: la declaración de inconstitucionalidad de los incisos 1 y 2 del párrafo 1 del artículo 763 LEC, mediante la STC 132/2010, de 2 de diciembre de 2010[1147], precisamente por ese mismo motivo, esto es, haber sido tramitado con carácter de ley ordinaria y no orgánica, luego difícilmente podría tener encaje en un precepto en tales circunstancias[1148].

Con estos antecedentes, se redactaba en 2018 la propuesta de la Sección Quinta de la CGC que introducía aquel fallido apartado ter al artículo 763 LEC para regular esta polémica cuestión y adaptarla a la CDPD. Por lo dicho, el precepto planteado tendría un difícil encaje desde el momento en que su propio enunciado anticipaba de nuevo el carácter no voluntario de un tratamiento médico. Antes al contrario, aunque estemos de acuerdo en que el Anteproyecto hubiera derivado en la regulación de una cuestión hasta ahora tan sujeta a controversia, parece que más que incorporar a nuestro Derecho el principio de capacidad jurídica para la toma de este tipo de decisiones basadas en el consentimiento libre e informado de la persona con discapacidad y expresado con apoyos si así lo precisase, lo que hacía era mantener y prolongar el sistema médico tradicional admitiendo de nuevo la imposición forzada de un tratamiento médico basado en la discapacidad, concretamente, de tipo psicosocial, lo cual resulta claramente contrario al espíritu de la CDPD.

En este sentido, encontraríamos un verdadero paralelismo con la crítica expuesta en la tramitación del Proyecto de Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología, anteriormente comentado.

El hecho de la discriminación había sido otro de los argumentos utilizados por quienes negaban la regulación del tratamiento ambulatorio, al considerarlo

[1146] Como hemos visto anteriormente, la doctrina discrepa sobre el bien jurídico protegido pero, en todo caso, todos están conformes en que afecta a la materia relativa a ese tipo de derechos especialmente protegidos; si para unos sólo se protege el derecho a la integridad física o salud (artículo 15 CE), para otros se protegerían, además, el derecho a la libertad (artículo 17 CE) y el derecho a la dignidad (artículo 10 CE). Por ello, no cabría su regulación como ley ordinaria sino que se impondría el trámite reforzado exigido para las leyes orgánicas.

[1147] STC 132/2010, de 2 de diciembre de 2010, BOE nº 4, de 5 de enero de 2011, Sec. T.C.: 106-112.

[1148] La Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria entró en vigor el 23 de julio de 2015. Ese mismo día se publicaba en el BOE la Ley Orgánica 8/2015 de modificación de protección a la infancia y a la adolescencia. El artículo segundo, apartado tres modificaba la Disposición Adicional Primera de la LEC otorgándole carácter de ley orgánica al artículo 763 LEC y subsanando así el defecto que había dado lugar a su declaración de inconstitucionalidad. Sólo a partir de ese momento y ya con ese carácter de ley orgánica podría haberse incorporado al artículo 763 LEC la regulación referida, pero ya para entonces se había pronunciado también el Comité acerca de la interpretación relativa a los tratamientos médicos acorde al espíritu de la CDPD. Tanto las Observaciones particularmente dirigidas a España con motivo de la emisión de su primer informe periódico; como la información requerida a este estado en el listado de cuestiones previas remitidas para la emisión de su segundo y tercer examen periódico; y la Observación General 1ª de 2014, relativa a la capacidad jurídica en relación con este aspecto, mostraban la preocupación del Comité ante los ordenamientos que, al igual que en relación con los ingresos forzosos, contaban con normas que permitían los tratamientos involuntarios que suponen una restricción a la capacidad jurídica de la persona para decidir acerca de su propia salud.

ciertamente discriminatorio, en especial, teniendo en cuenta que la imposición de tratamiento forzoso no se preveía ni se prevé para otro tipo de situaciones como por ejemplo en casos de adicciones o drogodependencia[1149].

Lejos de dejar la regulación de los tratamientos médicos a la legislación sanitaria en general, como algunos defienden, la Sección Quinta de la CGC recogía esta tradicional preocupación, pero no para crear un procedimiento nuevo que sirviera para informar y conocer claramente la voluntad de la persona a ser sometida a tratamiento o conformar la mejor interpretación y, en consecuencia, de admitirlo, autorizar el tratamiento. Obviando por completo las recomendaciones, incluso obligaciones que el Comité impone a los Estados Parte, presentaba una normativa claramente restrictiva del derecho a la libertad cuyo único fundamento se encontraba, precisamente, en el hecho de la discapacidad[1150].

3.2.6. Otras medidas que afectan a derechos fundamentales

La retirada del Anteproyecto de Ley Orgánica en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales dejó huérfana de regulación otras materias que consideramos de enorme trascendencia y relevancia para las personas con discapacidad.

El artículo 763 ter LEC, según el Anteproyecto fallido al que tantas veces nos hemos referido, remataba admitiendo la adopción de medidas coercitivas que se considerasen más adecuadas para la imposición del tratamiento judicialmente autorizado siempre que se respetase la regla de la proporcionalidad. Sin embargo, no dejaba lugar a dudas acerca de la nula participación de la persona afectada sobre esta decisión quien podría incluso verse sometida a medidas de coerción que se considerasen apropiadas en contra de su voluntad. Dentro de éstas se nos ocurre, por ser bastante habitual,

[1149] JULVE HERNÁNDEZ, 2017 cita y recuerda que "La Asociación Española de Psiquiatría ha emitido a través de su grupo de "Ética y Legislación" hasta cuatro documentos reiterando su oposición ante las nuevas propuestas legislativas que se han producido en el 2012, por considerarlo estigmatizante y discriminatorio respecto a otros trastornos como la drogodependencia donde el tratamiento no se impone obligatoriamente, afirmando que no existe a nivel europeo recomendación sobre la introducción de reformas legales específicas por falta de evidencia científica".

[1150] Admitía una legitimación activa en este procedimiento mayor que la prevista para los procedimientos de provisión de apoyos al extenderla al propio facultativo que atendiera a la persona. Se imponía en aquella propuesta también como requisito para que la autorización prosperase, que quedase acreditado que la persona se niega o se negaría a tomar el tratamiento de forma voluntaria, prueba diabólica en este último caso, al tratarse de una previsión adivinatoria de futuro difícil de acreditar. Contradecía con ello otro de los principios inspiradores de la CDPD, cual es que los apoyos sean establecidos cuando se necesiten y que, además, duren el menor tiempo posible. Imponer una medida sobre una necesidad que realmente se desconoce no parece demasiado conforme con el tratado.

Esta norma obligaría, además, a que la resolución recogiese el plan de tratamiento del paciente, mecanismos de control, personal y centros sanitarios responsables de la actuación médica. Se imponía la obligación de informar periódicamente al juez de la evolución del tratamiento en el plazo que se indicase y, al menos, cada tres meses y se establecía que la duración máxima de la medida no podría exceder de dieciocho meses, plazo tras el cual debería presentarse una nueva solicitud, si se entendiese preceptivo.

Teniendo en cuenta el abanico de personas legitimadas activamente para solicitar la adopción de esta medida y, por tanto, ser parte activa del procedimiento, parecía un poco excesivo el ingente número de datos relativos a la salud de la persona puestos en conocimiento del juzgado y, por tanto de las partes, lo cual podría atentar al derecho a la intimidad del paciente pues, a diferencia de lo previsto en el procedimiento de provisión de apoyos que expresamente contempla que se prescinda de la audiencia a familiares si la persona con discapacidad hubiese sido la promotora del procedimiento y así lo interesase alegando razones de intimidad, aquí no existía ningún tipo de restricción a dicha información perteneciente a la esfera más íntima de la persona.

el uso de medidas de sujeción o de contención física o química, cuya eficacia ha sido y está siendo más que cuestionada, no solo desde el punto de vista de respeto a los derechos fundamentales, sino incluso dentro de la propia comunidad médica[1151].

A pesar de ello, aquel Anteproyecto tampoco había aprovechado la oportunidad para regular su uso, lo que ya se ha hecho a nivel autonómico en algunas Comunidades Autónomas como Navarra[1152].

Pués bien, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales, pese al nombre, no hacía ninguna mención al uso o prescripción de estas medidas de contención. Encontrábamos solo una indirecta referencia cuando hacía mención a la ratificación del internamiento urgente, aludiendo a la posibilidad de que en ese momento el internado de urgencia se encontrase "contenido". Lo primero que llamaba la atención, efectivamente, es que admitía, sin más, la posibilidad de que se encontrase sometido a contención[1153], pero en ningún momento se pronunciaba sobre la decisión de adopción de esta medida. No se especificaba si había de ser el médico quien la acordase o si podría recaer dicha responsabilidad sobre cualquier otro miembro del cuerpo sanitario (ATS, DUE o incluso auxiliares…). Tampoco se regulaba la necesidad de que, además del ingreso involuntario, el juez debiera ratificar la medida de contención.

Resulta inquietante que no se plantease el más mínimo cuestionamiento sobre este tipo de medida, máxime cuando, como hemos dicho, su eficacia terapéutica ha sido más que cuestionada por los propios profesionales de la medicina ya que, desde luego, supone la coerción de más de un derecho fundamental[1154] y, además, muchos opinan que los efectos de la adopción de

[1151] Desde hace ya bastantes años existen voces destacadas en nuestro país en contra del uso de sujeciones o contenciones mecánicas o químicas, especialmente en centros sociosanitarios de atención a personas mayores, entre las que destacamos el Programa Desatar al Anciano, liderado por el Doctor ANDRÉS BURGUEÑO, o el Libera-Ger, por la Doctora. ANA URRUTIA. También en fase de consulta pública del Anteproyecto por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, el DR. THOUS MIRANDA, médico forense, presentó sus aportaciones, en las que alude a la violación de diferentes derechos fundamentales en los ingresos realizados particularmente en los centros de mayores y que afectan de forma extraordinaria a las mujeres. Esos derechos violados son: la libertad, la intimidad y la integridad, por lo que propone la supresión de contenciones mecánicas y farmacológicas por no aportar nada o poco desde el punto de vista terapéutico y atentar contra los derechos a la integridad, a la libertad y a la dignidad. El Dr. THOUS adjuntaba, junto con su propuesta, un protocolo de ingresos sociosanitarios inaplazables y una queja elevada al alto Comisionado de Naciones Unidas sobre solicitud de medidas de fondo sobre la tutela judicial efectiva con relación a este tipo de internamientos. Su protocolo, no obstante, parece mantener el paradigma proteccionista tradicional si bien introduciendo elementos de la CDPD. *Vid.* nota[466].

[1152] La regulación del uso de medidas de sujeción y contención en los servicios sociales se ha venido desarrollando en Navarra desde la Ley Foral 15/2006, de 14 de Diciembre, de Servicios Sociales, BOE de 31 de enero de 2007, Boletín Oficial de Navarra, de 20 de diciembre de 2006 (artículo 8-1-k). Posteriormente, se dictaron el Decreto Foral 221/2011, de 28 de septiembre, por el que se regula el uso de sujeciones físicas y farmacológicas en el ámbito de los Servicios Sociales residenciales de la Comunidad Foral de Navarra, Boletín Oficial de Navarra de 14 de octubre de 2011; y, la Orden Foral 186/2014, del Consejero de Políticas Sociales, por la que se aprueba el Protocolo para el uso de sujeciones en los centros residenciales de Tercera Edad y Discapacidad, Boletín Oficial de Navarra de 16 de mayo de 2014.

[1153] Lo que podría significar que la persona se encontrase atado con medidas de sujeción (cinturones o barras en cama, contenido mediante una camisa de fuerza o sometido a medidas de contención química, por ejemplo, con el ánimo de evitar su movilidad o conductas violentas de lesión o autolesión).

[1154] El tema relativo a la prescripción y uso de contenciones físicas, mecánicas o químicas resulta polémico especialmente de un tiempo a esta parte donde tanto desde el ámbito sanitario como del jurídico se viene cuestionando su utilidad y legalidad. Sobre el consentimiento informado respecto a su

medidas de sujeción son mucho más perniciosos que su no adopción desde un punto de vista médico.

Las sujeciones físicas y farmacológicas se utilizan con relativa frecuencia en el ámbito hospitalario en general y en hospitales psiquiátricos, en especial, pero también en instituciones penitenciarias, centros de atención de adolescentes con trastornos de conducta, centros de atención a personas con discapacidad y residencias de personas mayores[1155]. Resulta evidente la

---

adopción se ha pronunciado el Comité de Bioética de España en el sentido de que "(C)ualquier persona es un agente moral autónomo, es decir, tiene derecho a tomar decisiones sobre su vida y su salud. La persona que requiera la aplicación de una contención deberá, por tanto, estar informada del uso de esta medida y, siempre que sea posible, se deberá solicitar su consentimiento. Si la persona es autónoma y rechaza cualquier tipo de restricción, siempre que sea posible, deberá respetarse su decisión. Por otra parte, si la persona carece de autonomía para tomar esa decisión, circunstancia que ocurre con frecuencia cuando está indicada la contención, la información y el consentimiento recaerán, en la medida de lo posible, en su entorno más próximo. Al respecto, el 18 de agosto de 2015 entró en vigor la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que con su disposición final segunda modifica la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La citada Ley de autonomía del paciente establece que cualquier intervención médica exige siempre el consentimiento previo del paciente, excepto en dos situaciones: que exista un riesgo para la salud pública o que nos hallemos ante una urgencia vital y además, simultáneamente, se dé la circunstancia de que el paciente no esté en condiciones de poder tomar decisiones. Fuera de estos supuestos, o la intervención es consentida por el paciente o debe de ser autorizada por sus representantes, es decir, se otorga el consentimiento por representación. Precisamente en esta figura es en la que se ha introducido la modificación a la que estamos haciendo referencia y es la que frecuentemente se da cuando está indicada una contención. De acuerdo con la nueva situación, los supuestos en los que cabe el consentimiento por representación son los mismos que existían hasta ahora, es decir, los casos de pacientes incompetentes, los incapacitados legalmente y los menores de edad, lo cual ha servido de justificación para que aparezca la reforma en una Ley relacionada con la infancia y la adolescencia, aunque es especialmente trascendente el cambio introducido en la Ley de autonomía para los demás supuestos de representación. La nueva norma recoge que en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho al paciente, en cualquiera de los supuestos citados anteriormente, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o la salud del representado. A continuación la disposición añade que aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial para que esta adopte la resolución correspondiente. Ahora bien, si por razones de urgencia no fuera posible recabar la autorización judicial, los profesionales sanitarios adoptaran las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente. Apreciamos por tanto que antes de la citada reforma, la prestación del consentimiento por representación debía hacerse siempre en favor del paciente, y para establecer qué se consideraba como tal, se solía recurrir a las teorías utilizadas en la ética y la jurisprudencia norteamericana al respecto según las circunstancias del caso, es decir, la teoría subjetiva, la teoría del juicio sustitutivo y la teoría del mayor beneficio.

La teoría subjetiva es aquella en la que el representante decide por el representado, según sus propios criterios y valores, lo cual debe contrastarse por ejemplo con el Código de Deontología Médica de 2011, al establecer en su artículo 14.4 que cuando los representantes legales tomen una decisión que, a criterio del médico, sea contraria a los intereses del representado, el médico solicitará la intervención judicial a fin de que tutele la situación.

Sin embargo, mediante la teoría del juicio sustitutivo el representante toma las decisiones basándose en lo que el paciente hubiera llegado a decidir en caso de gozar de la capacidad necesaria para hacerse cargo de su situación. Comité de Bioética de España, 2016, Consideraciones éticas y jurídicas sobre el uso de contenciones mecánicas y farmacológicas en los ámbitos social y sanitario". En: http://assets.comitedebioetica.es Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20Contenciones-CBE.pdf

[1155] Según un reciente estudio realizado por la Confederación Española de Organizaciones de Mayores, en el año 2004 existe un 25% de ancianos dependientes ingresados en residencias, que son sometidos a sujeciones físicas. En algunos centros el porcentaje es del 7%, pero en otros alcanza el 90%. Señala el estudio que si el recuento se centra en los ancianos residentes con demencia, ya sea por Alzhéimer u otras enfermedades, la proporción de los sometidos periódicamente a sujeciones se eleva al 60%. De ello se deriva que en nuestro país el uso de sujeciones físicas en ancianos ha sido y es muy superior al de otros países de nuestro entorno socioeconómico. Así, según el estudio, Francia tiene un porcentaje del 17,1%, Italia del 16,6 %, Suecia del 15,2 %, Reino Unido del 4%, Dinamarca del 2,2 %. Sobre las

trascendencia que este tipo de medidas tiene sobre los derechos fundamentales en general y, específicamente sobre los de las personas con discapacidad.

En otro orden de cosas, siguen siendo también cuestiones pendientes de reforma que afectan a derechos fundamentales de las personas con discapacidad, entre otras, las relativas a: la entrada en el domicilio cuando se pusiera de manifiesto la necesidad de adoptar medidas de protección urgentes; la dotación de medidas que garanticen el acceso a la información y la posibilidad de ejercicio del derecho a la libertad de expresión[1156]; el acceso real a la justicia, como garantía del cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva; o el derecho real a la educación inclusiva[1157], derecho al honor[1158], etc.

---

razones para el uso de sujeciones físicas y químicas y sus efectos perniciosos en centros de mayores puede consultarse BELTRÁN AQUIRRE, 2004.

[1156] La interpretación conjunta de los diversos apartados del artículo 20-1 CE y el artículo 21 CDPD obliga a entender que existe violación de la libertad de expresión y de opinión, y de acceso a la información si no se adoptan medidas organizativas que garanticen prestaciones a través de la lengua de señas, Braille y otros formatos accesibles.

[1157] Como recuerda KINDELÁN BUSTELO, 2015:60-61, La Convención recoge por vez primera de forma explícita, que el derecho a la educación es el derecho a la educación inclusiva, lo que culmina un proceso de evolución normativa que tiene su origen en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y que se ha ido plasmando en instrumentos internacionales de distinto alcance y naturaleza. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención de Derechos del Niño (1989), la Declaración de Salamanca (1994) fruto de la Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales y suscrita por 92 gobiernos, el Foro Consultivo Internacional para la Educación para todos (Dakar, 2000), y en general los trabajos y espacios de concertación auspiciados por la UNESCO han sido pasos decisivos en ese camino. La insuficiente y deficiente aplicación del principio de la "integración educativa" dio lugar a que se gestase el concepto de ecuación inclusiva. La educación inclusiva, en cambio, se basa en la idea de las 'escuelas para todos'. La normativa educativa española proclama la educación inclusiva, pero a la vez contiene preceptos que no se ajustan del todo a este concepto. La regulación vigente permite en determinados supuestos la escolarización segregada de los alumnos en centros específicos, ubicados en ocasiones fuera de su entorno social. A ello se añade la persistencia de denegaciones por parte de algunas administraciones educativas de ajustes razonables y apoyos en virtud de interpretaciones de las normas contrarias a la Convención. Por último, aunque no por ello menos importante, el sistema no está adoptando las medidas estructurales necesarias para evitar la exclusión. En este sentido, conviene recordar que las conclusiones del Informe emitido por el Comité en el año 2017 sobre las presuntas violaciones graves o sistemáticas del artículo 24 CDPD (derecho a la educación) por el Estado fueron demoledoras. El Comité concluía que las prácticas seguidas por el Estado español en materia de educación perpetúan un sistema discriminatorio de segregación de las personas con discapacidad; además, hacía hincapié en la amplitud, continuidad y diversidad de las violaciones encontradas, la interrelación entre sí de forma permanente y continua, pero también en que dichas violaciones resultan en gran parte del sistema instaurado a través de la legislación, de las políticas adoptadas, y de las prácticas de las instituciones involucrada; por lo que, el Comité concluía que los hallazgos encontrados en la investigación alcanzaban el nivel de gravedad y sistematicidad establecido por el artículo 6 del Protocolo Facultativo y del artículo 83 del reglamento. En ese sentido, destacaba que la denegación de la igualdad de derechos para las personas con discapacidad podía producirse deliberadamente, es decir, con la intención del Estado parte de cometer tales actos, o como resultado de leyes o políticas discriminatorias, con dicho propósito o sin él. Por ello, exhortaba a España a que finalizara, sin demora y conforme a un calendario preciso, la adecuación normativa a la Convención, tal como exige la Ley 26/2011. Particularmente, respecto al derecho a la educación recomendaba contemplar la educación inclusiva como un derecho y no sólo como un principio y que todos los estudiantes con discapacidad tengan el derecho de acceso a las oportunidades de aprendizaje inclusivo en el sistema educativo general, sin importar sus características personales con acceso a los servicios de apoyo que se requieran; o aprobar el marco regulatorio necesario para la implementación efectiva de la legislación y la armonización del sistema educativo con la Convención en todos sus niveles, incluyendo en áreas como la elaboración de nuevos programas de formación para todo el personal docente, la disponibilidad de materiales escolares accesibles para todos, la transformación de los entornos educativos existentes en entornos incluyentes y accesibles, el fomento del traslado de los recursos de los entornos segregados a los inclusivos, y la provisión de apoyo adecuado a los estudiantes que lo requieran; entre otras recomendaciones. NACIONES UNIDAS, CRPD/C/20/3. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Informe de la Investigación relacionada con España bajo el artículo 6 del Protocolo Facultativo.

[1158] *Vid.* nota[1001].

Todas estas cuestiones pendientes de regulación habrán de ser abordadas en la nueva, necesaria y urgente reforma a ejecutar en relación con la materia que afecte a los derechos fundamentales de todas las personas con discapacidad a la que, sin duda, habrá de otorgársele carácter de Ley Orgánica, tal como ordenaba la repetida STC 132/2010.

Por último, el nuevo Anteproyecto habrá de contener un régimen transitorio que regule el régimen jurídico a seguirse por los procedimientos de internamiento iniciados o terminados al momento de la entrada en vigor de la ley.

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

4. CONCLUSIONES

A la vista de lo hasta aquí expuesto y, transcurridos más de diez años desde que en España entró en vigor la CDPD, el ordenamiento jurídico español todavía no está completamente adaptado o armonizado con la CDPD. Todavía hoy se mantiene el régimen tradicional de restricción, sea total o sea parcial, de la capacidad de la persona con discapacidad basado en el criterio médico. Pervive, por tanto, el régimen de sustitución de la voluntad de forma mayoritaria. A pesar de lo anterior, se han comenzado a hacer cambios en el ordenamiento jurídico a fin de adaptarlo al espíritu y al nuevo paradigma social de la discapacidad introducido por la Convención. La CGC ha estado trabajando en ello durante los últimos años en lo que podemos calificar, aun sabiendo que queda todavía un largo camino por recorrer, como un cambio revolucionario en nuestro ordenamiento jurídico; fruto de lo que podemos extraer las siguientes conclusiones:

PRIMERA: La CDPD es fruto de una intensa negociación en la que participaron Estados de todo el mundo, organizaciones no gubernamentales y, en un hecho sin precedentes que ha constituido un verdadero hito histórico, representantes de la sociedad civil y, de manera muy destacable, las propias personas con discapacidad, incluidas aquellas con discapacidad intelectual y psicosocial.

SEGUNDA: El nacimiento del artículo 12 CDPD responde a una demanda clamorosa del variado, heterogéneo y diverso colectivo de las personas con discapacidad que ha reclamado durante años la misma capacidad jurídica que el resto de las personas, al haber comprobado que, al amparo del paradigma médico tradicional y bajo el argumento de su mayor protección y la defensa de su "superior interés", han sido objeto de continuas vulneraciones de sus derechos fundamentales.

TERCERA: El artículo 12 es el núcleo central de la CDPD. Introduce el nuevo paradigma social de la discapacidad basado en el enfoque de los derechos humanos. Supone el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica, concepto que incluye, tanto la capacidad para ser titular de derechos (elemento estático) como la capacidad de ejercitar tales derechos (elemento dinámico) de todas las personas con discapacidad sin excepción. Introduce también el nuevo sistema de apoyos basado en el respeto a la voluntad, deseos, preferencias de la persona con discapacidad, potenciando así su mayor autonomía en todos los ámbitos de su vida, incluyendo el derecho a tomar sus propias decisiones y también a equivocarse y a rechazar los apoyos. Además, obliga a los Estados a que adopten las salvaguardias que sean necesarias para garantizar la plena igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

CUARTA: El nuevo concepto de capacidad jurídica, dentro del cual se incluye el tradicional concepto de capacidad de obrar, no solo fue el asumido por España al no haber presentado ningún tipo de reserva u observación interpretativa al Tratado, sino que fue el defendido por este Estado durante la

negociación de la CDPD, como así consta en los informes de la Subcomisión de Expertos sobre la Convención de la ONU del Real Patronato de la Discapacidad.

QUINTA: La plena implementación del artículo 12 CDPD en España continúa siendo una tarea pendiente, generalizada en la práctica totalidad de los Estados parte; lo que ha dado lugar a la emisión de diferentes recomendaciones y observaciones particulares y a la Observación General Primera del Comité.

SEXTA: España continúa incumpliendo injustificadamente los deberes impuestos por la CDPD, particularmente respecto al cambio de sistema de sustitución en la toma de decisiones, todavía vigente en nuestro ordenamiento jurídico, por el de asistencia que propugna la Convención; pero también respecto a la derogación de los ingresos y tratamientos involuntarios; esterilizaciones forzosas; o implementación de la educación inclusiva. El Comité ha requerido reiteradamente al Estado español, mediante las Observaciones finales emitidas en los años 2011 y 2019, respectivamente, respecto a los informes de seguimiento periódicos inicial y segundo y tercero combinados presentados por España, para que adapte su ordenamiento al espíritu y dictados de la Convención.

SÉPTIMA: Los Dictámenes del Comité son de carácter vinculante y ejecutivo. Quienes consideren vulnerados sus derechos podrán presentar la oportuna reclamación ante aquél, siguiendo para ello el procedimiento marcado por el Protocolo facultativo ratificado por España. De ser condenado, el Estado español deberá acatar y ejecutar lo resuelto por el Comité.

OCTAVA: La adaptación de nuestro ordenamiento jurídico al artículo 12 CDPD se ha visto reflejada de forma escalonada en avances importantes en diferentes normas de nuestro ordenamiento jurídico; pero también en sonados retrocesos en esta materia, como la reforma introducida en los artículos 56 CC y 58 LRC, a través de la LJV de 2015; oportunidades de avances perdidas, como el mantenimiento del artículo 156 CP; o interpretaciones de leyes esperadas, aprobadas y aplaudidas en su día que permiten, en la práctica, la discriminación de las personas con discapacidad, como las introducidas por la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, de la Junta Electoral Central, matizada posteriormente por la Instrucción 7/2019, de 18 de marzo en relación con la reforma de la Ley Electoral.

NOVENA: El principal avance operado hasta la fecha respecto a la adaptación del artículo 12 CDPD lo constituye el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
El mayor vacío se encuentra en la ausencia de regulación en materia de derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Al respecto, queda por ver la posición que finalmente mantendrá España ante la firma del Protocolo Adicional al Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano, en relación con la aplicación de la Biología y la Medicina.

DÉCIMA: El Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica se dirige a todas las personas con discapacidad, sea esta de carácter fisico, psíquico o sensorial; introduce el nuevo paradigma de la discapacidad y respeta, en términos generales, los dictados de la CDPD y las observaciones y recomendaciones de su Comité, primando por encima de todo, la voluntad de la persona.
Sin embargo, mantiene aspectos que inducen a confusión, como las propias instituciones de apoyo, que conservan la terminología tradicional –guarda de hecho, defensor judicial y curatela- aunque dotada de contenido diferente; o la ausencia de mención expresa a la posibilidad de rechazo del uso de las medidas de apoyo.

DÉCIMOPRIMERA: La adaptación del artículo 12 CDPD resulta incompleta al no haberse incorporado el nuevo enfoque de derechos humanos de la discapacidad en toda la materia reguladora de aquellos aspectos que afectan a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad: internamientos, tratamientos involuntarios, etc. La aprobación de la ley conforme a la reforma prevista en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica sin la aprobación de una ley orgánica reguladora de los aspectos relativos a los derechos fundamentales de las personas producirá una discordancia incompatible e inaceptable en la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico al artículo 12 CDPD, por tanto, urge esta última reforma de carácter inaplazable.

A modo de conclusión final consideramos que, a pesar de que queda mucho por hacer, esta reforma supone un paso de gigante al comienzo del camino.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁNTARA BARBANY, F., DE LA BLANCA GARCÍA, Á., FÁBREGA RUÍZ, C., GANZENMÜLLER ROIG , C., LÓPEZ EBRI, G., LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, N., y otros. (2011). *Manual de Buenas Prácticas del Ministerio Fiscal en la protección de las Personas con Discapacidad.* (M. F. Fundación Aequitas, Ed.) Madrid, Madrid, España: Fundación Aequitas.

ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (2011). *Informe 2011. La protección jurídica de las personas con discapacidad en España.* Fundación Derecho y Discapacidad. España: Fundación Derecho y Discapacidad.

ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (2018). Sobre la necesidad de la reforma integral del artículo 49 de la Constitución Española de 1978: más allá de un cambio terminológico. *Seminario de trabajo sobre "La reforma del artículo 49 de la Constitución".* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ALEMANY GARCÍA, M. (2018). Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación n.a. (2.014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez.* (52), 201-222.

AMMERMAN YEBRA, J., & GARCÍA GOLDAR, M. (2017). Reconocimiento de filiación en testamento y reclamación de alimentos. *Revista de Derecho Civil , IV* (1 enero-marzo), 77-124.

APROMSI/UNIVERSIDAD DE JAÉN. (2006). Capacitando la Discapacidad. 1 Congreso Andaluz sobre Discapacidad Intelectual. Actas. Jaén, 9 y 10 de noviembre de 2006. *Salud, educación, sociedad, ley.* (pág. 293). Jaen: Universidad de Jaen.

ASTORGA GATJES, L. F. (2008). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: esperanza e instrumento para construir un mundo más accesible e inclusivo. *Revista Cejil. Debate sobre Derechos Humanos y el sistema Interamericano. , III* (4), 137 y ss.

ATIENZA, M. (2016). Dignidad humana y derechos de la persona con discapacidad. (P. U. Perú, Ed.) *Revista Ius et Veritas* (53), 262-266.

BARIFFI, F. J. (2014). *El Régimen Jurídico Internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos.* (U. C. III, Ed.) Madrid, Madrid, España: Instituto Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III.

BELTRÁN AGUIRRE, J. (2007). La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica. *Derecho y Salud , XV* (Extra 1), 9-26.

BELTRÁN AGUIRRE, J. (2004). Sujeciones físicas y farmacológicas en la atención residencial de ancianos y derechos fundamentales afectados. Criterios de Conciliación.

BENAVIDES LÓPEZ, Á. (2013). *Modelos de capacidad jurídica: Una reflexión necesaria a la luz del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Madrid, Madrid, España: Universidad Carlos III. Instituto Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas".

BREGAGLIO LAZARTE, R., & RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J. (2017). Modelo social de la discapacidad y Derecho penal: aproximaciones al ordenamiento jurídico peruano. En D. a. social, *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: Reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad.* (1ª ed., págs. 119-162). Ciudad de México, Ciudad de México, México: Ubijus.

BUEYO DÍEZ JALÓN, M. (2012). El impacto de la Convención internacional de las personas con discapacidad. *Discapnet. El portal de las personas con discapacidad.*

CABELLO DE ALBA, F. (2015). Alternativa desde el punto de vista notarial a la incapacitación desde el punto de vista de la Convención. En E. ALCAÍN MARTÍNEZ, & G. ÁLVAREZ RAMÍREZ, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: De los derechos a los hechos.* (1ª ed., págs. 81-91). Valencia, Valencia, España: Tirant lo Blanch.

CABRA DE LUNA, M., BARIFFI, F., & PALACIOS, A. (2007). *Derechos humanos de las personas con discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas.* (1ª ed.). (E. u. Aequitas., Ed.) Madrid, Madrid, España: Centro de Estudios Ramón Areces.

CALAZA LÓPEZ, S. (2007). El proceso de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. *Revista de Derecho UNED* , 175-225.

CAMPOY CERVERA, I. (2017). *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Murcia, Murcia, España: Ediciones Laborum.
CANIMAS BRUGUÉ, J. (2016). Decidir por el otro a veces es necesario. *Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas* (39), 13-30.

CARRASCO PERERA, Á. (12 de octubre de 2018). Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad. *Centro de Estudios de Consumo.* , 1-5.

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M. d. (2010). Internamiento Involuntario por razón de transtorno psíquico. En S. SALAS DE MURILLO,

Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad (págs. 499-514). Zaragoza, Zaragoza, España: El Justicia de Aragón.

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M. (2011). El Ministerio Fiscal como protector de los derechos de las personas con discapacidad. En J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOS, & S. Wolters Kluger España (Ed.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad.* (págs. 233-246). Las Rozas, Madrid, España: LA LEY.

CERMI. (2018). *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2017.* Madrid: Ediciones CINCA.

CERMI. (2014). *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2014.* COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Madrid.

CERRADA MORENO, M. (2015). La incapacitación: cuestiones problemáticas del proceso civil de declaración a la luz de la jurisprudencia. *Noticias Jurídicas [en línea]* .

CISTERNAS REYES, M. S. (2015). Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapcidad; ua perspectiva global. *Anuario de Derechos Humanos* (11), 17-37.

CUENCA GÓMEZ, P. (2015). Grandes cuestiones pendientes en el ordenamiento español para acompasarse a los mandatos de la Convención. Libertad personal. En E. ALCAÍN MARTÍNEZ, & G. ÁLVAREZ RAMÍREZ, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los hechos a los derechos.* (1ª ed., págs. 132-142). Valencia, Valencia, España: Tirant lo Blanch.

CUENCA GÓMEZ, P. (2010). *La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del artículo 12 de la CDPD en el ordenamiento jurídico español.* Madrid, Madrid, España: Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas".

CUENCA GÓMEZ, P. (2012). La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española". *Revista de Estudios Jurídicos , 12*, 1-21.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2008). *Incapacitación y Mandato* (1ª edición ed.). (S. Wolters Kluwer España, Ed.) Getafe, Madrid, España: La Ley.

DE BARRÓN ARNICHES, P. (2012). El recurso a la asistencia como alternativa a la incapacitación. Una mirada al modelo italiano. *XXVIIenes Jornades de Dret Català A Tossa* (pág. 7). Girona: DugiDocs.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1952). *Derecho Civil de España. Tomo II Derecho de la Persona* (Reedición Facsímil de la edición publicada en 1952. ed., Vol. II). Cizur Menor, Navarra, España: Aranzadi, S.A.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985). *El negocio jurídico.* Madrid, Madrid, España: Civitas.

DE LORENZO GARCÍA, R. (2015). La Convención: un desafío inaplazable. En E. ALCAÍN MARTÍNEZ (Dir.), & G. ÁLVAREZ RAMÍREZ (Coord.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: de los derechos a los hechos.* (1ª ed., págs. 10-41). Valencia, Valencia, España: Tirant lo Blanch.

DE LORENZO GARCÍA, R., & PÉREZ BUENO, L. C. (2007). *Tratado sobre Discapacidad* (1ª ed.). Cizur Menor, Navarra, España: Aranzadi, S.A.

DE LORENZO GARCÍA, R., PALACIOS, A., VIJANDI, D. M., & PÉREZ BUENO, L. C. (2016). La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Balance de una década de vigencia. En R. DE LORENZO GARCÍA, A. PALACIOS , & L. PÉREZ BUENO, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - 2006/2016: Una década de vigencia.* (Vol. Colección Convención ONU, págs. 13-62). Madrid, Madrid, España: Ediciones Cinca.

DE PABLO VARONA, C. (2018). Reflexiones sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad intelectual. Especial referencia a su fiscalidad. *Revista Síndrome de Down* (35), 16-25.

DE PEDRO MORO, J. (2003). Tutela jurídica de los discapacitados incapaces en la Comunidad Autónoma de Extremadura. *Ponencias y Comunicaciones II Congreso Virtual Derecho y discapacidad en el nuevo milenio.* , 19-32.

DE SALAS MURILLO, S. (2018). Significado jurídico del "apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica" de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil.* (5), 1-32.

DE VERDA Y BEAMONTE , J. (9 de diciembre de 2015). El internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos en el Derecho Español. *Instituto de Derecho Iberoamericano* .

DEL ARCO TORRES, M., & PONS GONZÁLEZ, M. (1984). Personalidad. En *Diccionario de Derecho Civil* (Vols. Tomo Segundo (H-Z)). Madrid, Madrid, España: Aranzadi.

DESPOUY, L. (1993). Los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad. *Derechos Humanos. Serie Los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad.* (6), 50.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., & GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil* (10ª ed., Vol. IV). Madrid, Madrid, España: Tecnos.

DÍAZ ALABART, S. (2018). Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar: el derecho a su libertad personal. En M. PEREÑA VICENTE, G. DÍAZ PARDO, & M. NÚÑEZ NÚÑEZ, *La voluntad de la persona protegida.* (1ª ed., págs. 163-197). Madrid, Madrid, España: Dykinson, S.L.

Documenta. Análisis y acción para la justicia social. (2017). Inimputabilidad y medidas de seguridad en México: legado de un pasado excluyente. En D. A. a.c., *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: Reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad.* (1ª ed., págs. 81-118). Ciudad de México, Ciudad de México, México: Ubijus.

DÍEZ PICAZO, L. (1967). *Lecciones de Derecho Civil* (Vol. I). Madrid, Madrid, España: Universidad. Facultad de Derecho.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2016). El Testamento notarial. En M. GETE-ALONSO Y CALERA, & J. SOLÉ RESINA, *Tratado de Derecho de Sucesiones* (Vol. I, págs. 421-471). Cizur Menor, Navarra, España: Aranzadi, S.A.U.

DOMÍNGUEZ LUEZMO, A., & TORRES GARCÍA, T. (2013). La Incapacitación. En M. GETE-ALONSO Y CALERA, *Tratado de Derecho de la Persona Física* (1ª Edición ed., Vol. II, págs. 53-121). Cizur Menor, Navarra, España: Aranzadi, S.A.

DRNAS DE CLEMÉNT, Z. (2015). La complejidad del principio pro homine. *Jurisprudencia argentina. Ja.* (12), 98-111.

ELÓSEGUI SOTOS, A. (2005). El internamiento forzoso ordinario. *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad. 26-27 mayo 2005.* (págs. 76-80). La Rioja: Gobierno de La Rioja. Juventud, Familia y Servicios Sociales.

ELÓSEGUI SOTOS, A. (2010). Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal. En S. DE SALAS MURILLO (Coord.), & E. J. Aragón (Ed.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (1ª ed., págs. 247-258). Zaragoza, Aragón, España: El Justicia de Aragón.

ESCARTÍN IPIÉNS, J. A. (2018). Disposiciones Transitorias del Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de Discapacidad. *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios. , V* (3), 227-245.

ESCARTÍN IPIÉNS, J. (2018). La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre Modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia

de Discapacidad. *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios. [en línea] , 3* (3), 85-119.

ESPIÑEIRA SOTO, I. (9 de octubre de 2018). Taller práctico sobre la reforma de ley en materia de Discapacidad. Primera entrega: Introducción y testamentos. (Nuevo artículo 695 CC). *Registradores y Notarios* .

ESTRUCH ESTRUCH, J. (2013). Eficacia e ineficacia del autocontrato. *Anuario de Derecho Civil , 66* (3), 985-1043.

FÁBREGA RUÍZ, C. (2006). *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad.* (1ª ed.). (E. u. Aequitas, Ed.) Madrid, Madrid, España: Centro de Estudios Ramón Areces.

FÁBREGA RUÍZ, C. (2016). *La protección jurídica de las Personas con Discapacidad a la luz de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.* Jaen, Jaen, España: Facultad de Ciencias Sociales y Juridicas. Departamento de Derecho Civil, Financiero y Tributario.

FÁBREGA RUÍZ, C. (2000). *Protección jurídica de la Tercera Edad* (1ª ed.). Madrid, Madrid, España: COLEX.

FÁBREGA RUÍZ, C., TORRES COSTAS, M., & FÁBREGA RUÍZ, C. (2013). El problema de las llamadas curatelas de salud y su ejercicio por las personas jurídicas. *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. , VI*, 272-283.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2011). Capacidad, Discapacidad, Incapacitación, Modificación Judicial de la Capacidad. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid , I*, 53-81.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (2009). La ejecución de sentencias y decisiones de tribunales y comités. En C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, & A. PASTOR PALOMAR, *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI.* (Vol. 2, págs. 179-198). Madrid, Madrid, España: Colección Escuela Diplomática.

FERNÁNDEZ GIL, C. (2016). *Cuestiones prácticas sobre Jurisdicción Voluntaria.* Madrid, Madrid, España: Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).

FERNÁNDEZ GIL, C. (2017). Cuestiones prácticas sobre jurisdicción voluntaria. *Centro de Estudios Jurídicos.* Madrid: Centro de Estudios Jurídicos.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. (2011). *Manual de buenas prácticas del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad.* Madrid, Madrid, España: Fundación Aequitas.

FUNDACIÓN AEQUITAS. (2005). *Discapacidad Intelectual y Derecho. IV Jornadas Fundación Aequitas.* (2ª ed.). (F. Aequitas, Ed.) Madrid: Fundación Aequitas.

FUNDACIÓN DERECHO Y DISCAPACIDAD. (2011). *Informe 2011. La protección jurídica de las personas con discapacidad en España.* Fundación Derecho y Discapacidad.

GÓMEZ LAPLAZA, M., & DÍAZ ALABART, S. (2014). La capacidad testamentaria de los incapacitados. En A. DOMÍNGUEZ LUELMO, & M. GARCÍA RUBIO, *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorumo T.F. Torres García.* Madrid, Madrid, 2014: La Ley.

GANZENMÜLLER ROIG, C. (2015). Grandes cuestiones pendientes en el ordenamiento español para acompasarse a los mandatos de la Convención. Acceso a la Justicia. En E. ALCAÍN MARTÍNEZ, & G. ÁLVAREZ RAMÍREZ, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos.* (págs. 117-124). Valencia, Valencia, España: Tirant lo Blanch.

GARCIMARTÍN MORENO, R. (2013). La designación judicial del guardador legal. En S. DE SALAS MURILLO, *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (pág. 284). Madrid, Madrid, España: Dykinson.

GARCÍA CANTERO, G. (2013). Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad. En S. DE SALAS MURILLO, *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (1ª ed., págs. 41-56). Madrid, Madrid, España: Dykinson.

GARCÍA OCA, M. (2015). Grandes cuestiones pendientes en el ordenamieto español para acompasarse a los mandatos de la Convención. Asistencia personal, la asignatura pendiente para una auténtica inclusión en la comunidad. En E. ALCAÍN MARTÍNEZ , & G. ÁLVAREZ RAMÍREZ, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos.* (1ª ed., págs. 143-149). Valencia, Valencia, España: Tirant lo Blanch.

GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención internacional del 13 de diciembre de 2006.* (1ª. ed.). Madrid, Madrid, España: Editorial Universitaria Ramón Areces. Colección La llave.

GARCÍA RUBIO, M. (2017). El concepto de "faute" en el avant project de loi reforme de la responsabilité civile. Novedad y continuidad en el Derecho francés. En L. PRATS ALVENTOSA , & G. TOMÁS MARTÍNEZ, *Culpa y responsabilidad* (1ª ed., págs. 373-394). Cizur Menor, Navarra, España: Aranzadi, S.A.U.

GARCÍA RUBIO, M. (2018-III). La competencia del legislador civil gallego tras la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2017, de 16 de noviembre. ¿Interpretación del artículo 149.1.8ª asimétrica o sencillamente discriminatoria?de 16 de noviembre ¿. *Foro Galego. Revista Xurídica Xeral de Galicia , VIII época* (205), 09-40.

GARCÍA RUBIO, M. (2017). La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Anales de la Academia Matritense del Notariado , LVIII* (Separata), 145-191.

GARCÍA RUBIO, M. (2013). La persona en el derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas. *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico.* (13).

GARCÍA RUBIO, M. P. (2018-I). Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial, en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil. *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios. , V* (3), 173-197.

GARCÍA RUBIO, M. P. (2017). La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código Civil español a la luz del artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. En M. GARCÍA GOLDAR, & J. AMMERMAN YEBRA, *Propostas de modernización do Dereito* (págs. 7-18). Santiago de Compostela, A Coruña, España: Campus na nube, S.L.

GARCÍA RUBIO, M. P. (2018). Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio. *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios [en línea] , 3* (3), 29-60.

GARCÍA RUBIO, M. (2014). Relaciones de cuidado y derecho sucesorio: algunos apuntes. En A. DOMÍNGUEZ LUELMO, & M. GARCÍA RUBIO, *Estudio de derecho de sucesiones: Liber Amicorum T.F. Torres García* (1ª ed., págs. 478-504). Las Rozas, Madrid, España: LA LEY.

GARCÍA RUBIO, M., & OTERO CRESPO, M. (2016). Tratado de Derecho de Sucecciones. En M. GETE-ALONSO Y CALERA, & J. SOLÉ RESINA, *Tratado de Derecho de Sucesiones* (Vol. I, págs. 235-288). Cizur Menor, Navarra, España: Aranzadi, S.A.U.

GARCÍA, L. (2001). El Delegado tutelar. Una figura voluntaria clave para las Fundaciones Tutelares. *Revista Siglo Cero. Revista española sobre discapacidad intelectual. , 32* (6), 37-42.

GARRIDO MELERO, M. (2009). *Derecho de sucesiones. Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código Civil y del Código de Sucesiones*

por causa de muerte en Cataluña. (Vol. I). Madrid, Madrid, ESPAÑA: Marcial Pons.

GETE-ALONSO Y CALERA, M. (2013). El Registro Civil. En M. GETE-ALONSO Y CALERA, & J. SOLÉ RESINA, *Tratado de Derecho de la Persona Física* (1ª edición ed., Vol. I, págs. 229-274). Cizur Menor, Navarra, España: Aranzadi, S.A.

GIMENO SENDRA, V. (2016). *Derecho Procesal Civil. II. Los procesos especiales*. (Vol. II). Madrid, Madrid, España: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.

GONZÁLEZ BASCUEÑA, G. (s.f.). Cuestiones Prácticas sobre la tramitación general de los expedientes de jurisdicción voluntaria.

GONZÁLEZ CAMPO, F. (2019). Procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad: valoración de la reforma procesal del Anteproyecto de 2018. En S. DE SALAS MURILLO, V. MAYOR DEL HOYO, & T. l. Blanch (Ed.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en Materia de Discapacidad.* (1ª ed., págs. 467-499). Valencia, Valencia, España: Tirant lo Blanch.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J. (2005). Actuación del médico forense. *Jornadas sobre protección jurídica en la incapacidad* (págs. 81-102). Logroño: Gobierno de La Rioja. Juventud, familia, servicios sociales. Fundación Tutelar de La Rioja.

GUTIÉRREZ ESPADA, C. (2018). La aplicación en España de los Dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión. *Cuadernos de Derecho Transnacional , 10* (2), 836-851.

GUTIÉRREZ LUNA , M. (s.f.). *Circunvalación del Hipocampo*, [en línea]. Recuperado el 6 de junio de 2019, de hipocampo.org: hipocampo.org/originales/original0006.asp

HEGGLIN, M. (2017). Las medidas de seguridad en el sistema penal argentino: su contradicción con principios fundamentales del Derecho penal y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En A. DOCUMENTA,, *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad.* (1ª ed., págs. 15-.52). Ciudad de México, Ciudad de México, México: Ubijus.

HERAS HERNÁNDEZ, M. (2018). Igualdad jurídica, matrimonio y discapacidad: Apoyos y salvaguardias proyectados. En M. PEREÑA VICENTE, G. DÍAZ PARDO, M. NÚÑEZ NUÑEZ, & S. Dykinson (Ed.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias.* (1º ed., págs. 213-245). Madrid, Madrid, España: Dykinson, S.L.

HEREDIA PUENTE, M., & FÁBREGA RUÍZ, C. (1998). *Protección legal de incapaces.* Madrid, Madrid, España: COLEX.

HERNÁNDEZ GIL, A. (1993). Disposiciones Transitorias. En *Comentarios al Código Civil* (pág. 2180 y ss.). Madrid, Madrid, España: Ministerio de Justicia.

HERNÁNDEZ VÁZQUEZ, G. (2014). *Principio "pro homine".* Tlaxcala, Tlaxcala, México: Centro de Investigaciones Jurídico Políticas Universidad Autónoma de Tlaxcala.

HERRÁN ORTÍZ, A. (2014). Aproximación a la tutela patrimonial y jurídica de las personas con discapacidad en el Derecho Civil español. La constitución del Patrimonio Protegido. En X. ABEL LLUCH, *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables.* (págs. 373-387). Vallirana, Barcelona, España: BOSCH.

JIMÉNEZ PARÍS, T. (2010). La constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Elementos subjetivos. *Anuario de Derecho Civil , LXLIII* (1), 137-208.

JULVE HERNÁNDEZ, M. (2017). *La protección jurídico-civil de la persona que sufre enfermedad mental: El internamiento urgente no voluntario.* Castellón de la Plana, Castellón, España: Universitat San Jaume I.

KINDELÁN BUSTELO, M. (2015). Nuestro Ordenamiento y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: una visión general sobre los retos pendientes. En E. ALCAÍN MARTÍNEZ, & G. ÁLVAREZ RAMÍREZ, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: De los derechos a los hechos.* (págs. 56-67). Valencia, Valencia, España: Tirant lo Blanch.

LACRUZ BERDEJO, J. (1974). *Elementos de Derecho Civil I Parte General* (Vol. I). Barcelona, Barcelona, España: Librería Bosch.

LADRÓN TABUENCA, P. (2012). Los procesos en materia de capacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas de Derechos de las Personas con Discapacidad. *Anuario Facultad de Derecho.* , 203-222.

LAFUENTE TORRALVA, A. (2012). Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial. *RedUr. Revista electrónica del departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja.* (10), 123-143.

LARROSA AMANTE, M. (2018). El artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil según la jurisprudencia constitucional. En J. COBACHO GÓMEZ, F. LEGAZ CERVANTES, M. ANDREU MARTÍNEZ , & A. LECIÑENA IBARRA, *Protección Civil y Penal de los Menores y de las*

Personas Mayores vulnerables en España. (págs. 577-599). Cizur Menor, Navarra, España: Aranzadi, S.A.U.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2014). *Derecho de Familia.* Valencia, Valencia, España: Marcial Pons.

LEGERÉN MOLINA, A. (2013). El funcionamiento de la guarda legal ejercida por personas jurídicas. En S. SALAS DE MURILLO, *Los mecanismos de guyarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (págs. 139-166). Madrid, Madrid, España: DYKINSON.

LEGERÉN MOLINA, A. (2012). *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 293-3 del Código Civil.* (Vol. Colección La Llave). Madrid, Madrid, España: Editorial Universitaria Ramón Areces.

LEGEREN MOLINA, A. (2019). La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos. En S. DE SALAS MURILLO, M. MAYOR DE HOYO, & T. l. Blanch (Ed.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad.* (1ª ed., págs. 165-212). Valencia, Valencia, España: Tirant lo Blanch.

LIÉBANA ORTIZ, J., & PÉREZ ESCALONA, S. (2015). *Comentarios a la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio.* (1ª Edición ed.). Cizur Menor, Navarra, España: Aranzadi, S.A.

LOIZU ONIEVA, C. (2018). *Modificación de la capacidad y sistemas de apoyo a la luz de la Convención de los Derechos de Personas con Discapacidad.* Pamplona, Navarra, España.

LÓPEZ EBRI, G. (2009). El internamiento no voluntario desde la perspectiva del Ministerio Fiscal. La protección personal y patrimonial del discapaz psíquico en los términos del artículo 763 LEC. *El tratamiento jurídico civil de la dependencia. Actas del Congreso celebrado en A Coruña los días 6 y 7 noviembre de 2007 [en línea]* (págs. 163-212). A Coruña: Universidade de A Coruña.

LÓPEZ EBRI, G., CABEDO NEBOT, R., & GISBERT JORDÁ, T. (2009). *Intervención del Ministerio Fiscal en los procedimentos par la protección de las personas con discapacidad. Formulariios y dictámenes.* Valencia, Valencia, España: Fundación Aequitas.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C. (2011). Los derechos de las personas en el nuevo Registro Civil. *DERECHO PRIVADO Y CONSTITUCIÓN, enero-diciembre* (25), 261-310.

LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J. (2005). Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado. *Revista crítica de Derecho Inmobiliario* (687), 31-60.

LOSADA AROCHENA, J. F. (2015). El caso González Carreño. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.* (37), 6-15.

MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). Comentarios al Anteproyecto de Ley para la Reforma del Código Civil en sobre. *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios , V* (3), 199-225.

MAGRO SERVET, V. (2011). Protocolo de actuación sanitaria-judicial en supuestos de tratamiento ambulatorio involuntario. Respuestas jurídicas a las personas con discpacidad especialmente vulnerables. *Cuadernos digitales de formación.* (43), 6.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2019). Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote. En S. DE SALAS MURILLO, M. MAYOR DEL HOYO, & T. l. BlanchISBN (Ed.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad.* (págs. 253-270). Valencia, Valencia, Madrid: Tirant lo Blanch.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma.* Cizur Menor, Navarra, España: Thomson Aranzadi.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2013). El tratamiento jurídico de la Discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En S. SALAS DE MURILLO, *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas.* (págs. 15-40). Madrid, Madrid, España: DYKINSON.

MARTÍNEZ GÁLVEZ, A. (2019). Instituciones tutelares y de apoyo en el Anteproyecrto de Ley que Reforma la legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad . *Diari La Ley* (9449), 10.

MARTÍNEZ GALLEGO, E. (2013). *El procedimiento de incapacitación.* Madrid, Madrid, España: Fe d'erratas.

MASNATTA, H. (1965). *La autocontratación.* Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina: Ediciones Dpañma Buenos Aires.

MAYOR FERNÁNDEZ, D. (2011). La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. (G. d. Justicia, Ed.) *Boletín del Ministerio de Justicia , LXV* (2133), 38.

MERÍN CAÑADA, T. (2001). Las instituciones tutelares. En A. MARTÍNEZ MAROTO, & S. Editorial Médica Panamericana (Ed.), *Gerontología y Derecho* (1ª ed., págs. 145-188). Madrid, Madrid, España: Editorial Médica Panamericana.

MESA MARRERO, C. (2017). *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales* (1ª edición ed.). Hospitalet de Llobregat, Barcelona, España: Wolters Kluwer España, S.A.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. (2018). La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. En M. PEREÑA VICENTE, G. DÍAZ PARDO, M. NÚÑEZ NÚÑEZ, & S. Dykinson (Ed.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. (1ª ed., págs. 495-510). Madrid, Madrid, España: Dykinson, S.L.

MUNAR BERNAT, P. (2018). La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios , V* (3), 121-152.

MUÑOZ GARCÍA, C. (2015). De las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente. En J. LIÉBANA ORTIZ, *Cuestiones prácticas sobre la Jurisdicción Voluntaria.* Madrid, Madrid, España: Aranzadi.

NÚÑEZ ZORRILLA, M. (2014). *La Asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación.* . Madrid, Madrid, España: Dykinson.

NACIONES UNIDAS. (1982). *NACIONES UNIDAS*. Recuperado el 2018, de onu.org: https://documents-ddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/432/92/img/NR043292.pdf?OpenElement

NIETO ALONSO, A. (2014). La disposición testamentaria ordenada a favor de quien cuide al testador o a otras personas por él designadas. En A. DOMÍNGUEZ LUELMO, M. GARCÍA RUBIO, & 1ª (Ed.), *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber Amicorum T.F. Torres García* (págs. 1043-1066). Las Rozas, Madrid, España: La LEY.

NIETO ALONSO, A. (2018). Reseña bibliográfica: Carolina Mesa Marrero. La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales. *Revista de Derecho Civil , V* (1), 251-267.

Observatorio Estatal de la Discapacidad. (2010). *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su aplicación en España.* Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, Dirección

General de Políticas de Discapacidad y Real Patronato sobre Discapacidad. Olivenza: OED.

Observatorio sobre Salud Cognitiva, Autonomía, Competecia y Derechos Humanos (OSBCAC). (2013). *Memoria Final del Observatorio sobre Salud Cognitiva, Autonomía, Competencia y Derechos Humanos.* Estudio de campo sobre Capacidad y Cognición, CyC., Observatorio sobre Salud Cognitiva, Autonomía, Competencia y Derechos Humanos (OSBCAC).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (2011). *www.who.int/es*. Recuperado el 2018, de http:/www.who.int/disabilities/word_report/2011/summary: http://www.who.int/disabilities/word_report/2011/summary_es.pdf?ua=

ORTUÑO NAVALÓN, M. (2017). A propósito de los tratamientos forzosos. Su inadecuada judicialización con base en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Revista Jurídica Valenciana. Revista internauta de práctica jurídica.* (33), 49-60.

OSSORIO MORALES, J. (1957). *Manual de Sucesión testada* . Madrid, Madrid, España: Instituto de estudios políticos .

PALACIOS, A. (2008). *El modelo social de la Discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.* (1ª ed.). Madrid, Madrid, España: Ediciones CINCA, Colección CERMI.

PALLARÉS NEILA, J. (2018). La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos. *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios [en línea] , 3* (3), 153-171.

PALLARÉS NEILA, J. (2018). Voluntad y salvaguardias en el internamiento por razón de trastorno psíquico. En M. PEREÑA VICENTE, G. DÍAZ PARDO, G. NÚÑEZ NÚÑEZ, & S. Dykinson (Ed.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias.* (1ª ed., págs. 305-332). Madrid, Madrid, España: Dykinson, S.L.

PALOMINO DÍEZ, I. (2015). El honor y la imagen de las personas con discapacidad a la luz de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad:Otra posible lectura de la Sentencia del Tribunal Constitucional de de 16 de diciembre de 2013. En E. ALCAÍN MARTÍNEZ, & G. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos.* (1ª ed., págs. 504-517). Valencia, Valencia, España: Tirant lo Blanch.

PANTALEÓN DÍAZ, M. (2017). La enigmática regla 1ª del artículo 118.1 del Código Penal. *InDret Revista para el análisis del Derecho* (3), 1-19.

PARRA LUJÁN, M. (2014). La guarda de hecho de las personas con discapacidad. En L. DÍEZ PICAZO, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel* (Vol. II, págs. 2485-2508). Cizur Menor, Navarra, España: Thomson Reuters Aranzadi.

PAU, A. (2018). De la Incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil. *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios. , V* (3), 5-28.

PEREÑA VICENTE, M. (2016). *La Convención de Nueva York y su incidencia en la medida de protección. Código de Buenas Prácticas en el ejercicio de las medidas de protección jurídica.* Madrid, Madrid, España: Fundación Manatial.

PEREÑA VICENTE, M. (2018). La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley. *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios.* (3), 61-83.

PESQUEIRA ZAMORA, M. (2018). Propuestas de reforma del procedimiento de incapacidad a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York, 2006). (L. Bosh, Ed.) *Justicia* (1), 201-242.

PINTO, M. (1997). El principio pro homine. Criterios de hemenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En C. FISTENBURSCH, & M. ABREGÚ, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (págs. 163-172). Valparaíso, México: Editores del Puerto.

Programa de acción por la igualdad y la inclusión social. (2017). Inimputabilidad, medidas de seguridad y discapacidad en Colombira. En a. t. DOCUMENTA, *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: Reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad.* (1ª ed., págs. 53-79). Ciudad de México, Ciudad de México, México: Ubijus.

QUESADA GONZÁLEZ, M. (2004). *La tutela y otras instituciones de protección de la persona. (Un estudio de sentencias, autos y resoluciones).* Barcelona, Barcelona, España: Atelier.

RAÑA DÍEZ, C. (2008). Incompatibilidad literal entre tutor y heredero. *NotariosyRegistradores.com* .

REYES LÓPEZ, M. (2014). El modo testamentario y la condición. En F. YEDÓ YAGÜE, Ó. MONJE BALMASEDA, J. TORRES LANA, & M. FERRER VANRELL, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista.* (1ª ed., Vol. II, págs. 437-458). Madrid, Madrid, España: Dykinson.

RIBOT IGUALADA, J. (2019). La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento. En S. DE SALAS MURILLO, & M. MAYOR DEL HOYO, *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad* (1ª ed., págs. 215-252). Valencia, Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

RODRÍGUEZ ESCUDERO, M., & CARBAJO GONZÁLEZ, J. (2016). *La modificación de la capacidad de la persona en el derecho español y la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad.* Oviedo, Oviedo, España.

RODRÍGUEZ PINTO, M. (2005). *Autocontratación y conflicto de intereses en el Derecho privado español.* Madrid, Madrid, España: Fundación Beneficentia et Peritia Iuris. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

ROVIRA SUEIRO, M. (2005). *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad* (1ª ed.). (F. A. Llave., Ed.) Madrid, Madrid, España: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2015). Reflexión acerca de una posible compatibilidad entre los mecanismos sustitutivos de la capacidad de obrar y el Art.12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En G. ÁLVAREZ RAMÍREZ, & E. ALCAÍN MARTÍNEZ, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos.* (1ª ed., págs. 585-596). Valencia, Valencia, España: Tirant lo Blanch.

SACO CHUNG, V. (2008). Resolución de confllictos normativos en Derecho Internacional Público. *Agenda Internacional , XV* (26), 231-261.

SAN JULIÁN PUIG, V. (2015). Discapacidad intelectual sobrevenida: proliferación de herramientas jurídicas poco utilizadas. Estudio de sus causas. En E. ALCAÍN MARTÍNEZ, & G. ÁLVAREZ RAMÍREZ, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.De los derechos a los hechos.* (1ª ed., págs. 572-584). Valencia, Valencia, España: Tirant lo Blanch.

SAN PASTOR SEVILLA, Y. (2011). Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: Perspectivas de reforma. En J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *La encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad* (págs. 209-218). Alcobendas, Madrid, España: LA LEY.

SANCHO GARGALLO, I. (2000). *Incapacitación y Tutela* (1ª ed.). Valencia, Valencia, España: Tirant Loblanch.

SANTOS URBANEJA, F. (2009). Crónica de Previstonia. A propósito de los efectos en el Código Civil de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Conclusiones de las jornadas de

fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas. *LexFamily.es Revista Digital de Derecho de Familia.* , 10.

SEDA HERMOSÍN, M. (2011). El Notario como actor fundamental en la protección de las personas vulnerables. En J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad* (págs. 439-459). Las Rozas, Madrid, España: LA LEY.

SHEINBAUM, D., & VERA, S. (2016). *Hacia un sistema de justicia incluyente. Proceso penal y discapacidad psicosocial.* (1ª ed.). (D. A. A.C., Ed.) Ciudad de México, Ciudad de México, México: Ediciones Gernika, S.A.

TARDÍO PATO, J. (2003). El principio de especialidad normativa (Lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales. *Revista de Administración Pública* (162), 189-225.

TORRES COSTAS, M. E. (9 de mayo de 2018). Capacidad jurídica e internamiento involuntarios de las personas con discapacidad psicosocial en el ordenamiento jurídico español a la luz de la STEDH de 20 de febrero de 2018. *ANALES DEL EUROPEAN LAW INSTITUTE* . Madrid, Madrid, Madrid: ELI.

TORRES COSTAS, M. E., & FÁBREGA RUÍZ, C. F. (2013). Breve comentario de la aplicación en la jurisprudencia española de la Convención de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia , II*, 278-289.

TORRES COSTAS, M. (junio-diciembre de 2017). Ingresos geriátricos y derecho a la libertad. España y México. *Metodhos. Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF.* , 56-89.

TORRES DEL MORAL, A. (2007). Valores y Principios Constitucionales. El principio de seguridad jurídica y su proyección sobre los derechos. En V. GIMENO SENDRA, P. MORENILLA ALLARD, A. TORRES DEL MORAL, & M. DÍAZ MARTÍNEZ, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional* (pág. 895). Mahadahonda, Madrid, España: Colex.

TORRES GARCÍA, T. F. (2013). Efectos de la Incapacitación. En M. GETE-ALONSO Y CALERA, *Tratado de Derecho de la Persona Física* (Vol. II, págs. 123-171). Cizur Menor, Navarra, España: Aranzadi, S.A.

TORRES GARCÍA, T. (2018). Las sustituciones hereditarias reguladas en el Código Civil a la luz de la legislación reguladora de los derechos de las personas con discapacidad. Vigencia y divergencias normativas. En B. ANDREU MARTÍNEZ, A. LECIÑENA IBARRA, J. COBACHO GÓMEZ, & F. LEGAZ CERVANTES, *Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en España* (1ª ed., págs. 857-888). Cizur Menos, Navarra, España: Aranzadi, S.A.U.

TORRES GARCÍA, T. (2018). Presentación. *Revista de Derecho Civil. Registradores y Notarios, V* (3), 1-3.

TORRES GARCÍA, T., & GARCÍA RUBIO, M. (2014). *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones.* Madrid, Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

TRINIDAD NUÑEZ, P. (2009). La aplicación judicial en España de las decisiones de los órganos de base convencional de supervisión de los derechos humanos creados en el seno de Naciones Unidas. En F. MARIÑO MENÉNDEZ, *La aplicación de los Derechos Humanos en el Derecho Español.* (págs. 329-349). Madrid, Madrid, España: Universidad Carlos III.

VAQUER ALOY, A. (2015). Libertad de testar y condiciones testamentarias. *Revista para el análisis del derecho* (3), 1-40.

VIEIRA MORANTE, F. (2016). Jurisdicción Voluntaria y personas con discapacidad. *Derecho privado y Constitución , 30* (enero-diciembre), 371-385.

VILLAREAL LÓPEZ, C. (2014). *El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y la curatela: Lineamientos para la reforma del Código Civil y para la implementación de un sistema de apoyos en el Perú.* Lima, Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.

VOLIO. (1981). Legal Personality, Privacy, and the Family. *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights.* , 186.

WEILL, A., & TERRÉ, F. (1993). État el Capacité des Personnes. *Droit civil: les personnes, la familie, les incapacités* , 225.

YÁÑEZ RIVERO, F. (2012). The 2006 New York Convention and Obligations of Persons with Disabilities: Liability for Damages within the Scope of Civil Law and Common Law. *Comunitania Revista internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales* (3), 9-27.

DOCUMENTOS DE NACIONES UNIDAS

NACIONES UNIDAS, 1982. Resolución 37/52. Programa de Acción Mundial para los Impedidos.

NACIONES UNIDAS. 1994. A/RES/48/96 Normas Uniformes para la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad. En: un.org Disponible en: https://documents-

ddsny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/718/79/img/NR071879.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS. 2001. A/56/256 . Quincuagésimo sexto período de sesiones. Tema 131 b) del programa provisional*. Cuestiones relativas a los derechos humanos: cuestiones relativas a los derechos humanos, incluidos distintos criterios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. El derecho al desarrollo. Informe del Secretario General. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/22/pdf/N0147722.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS. 2001. A/56/583/Add.2. Quincuagésimo sexto período de sesiones. Tema 119 b) del programa. Cuestiones relativas a los derechos humanos: cuestiones relativas a los derechos humanos, incluidos distintos criterios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe de la Tercera Comisión Relator: Sr. Juraj Priputen (Eslovaquia), págs. 92 y ss. . En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/690/11/pdf/N0169011.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS. 2001. A/C.3/56/L.67/Rev.1 Quincuagésimo sexto periodo de sesiones. Tercera Comisión Bolivia, Chile, Colombia, Congo, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Filipinas, Guatemala, Jamaica, Marruecos, México, Nicaragua, Panamá, Republica Democrática del Congo, Republica Dominicana, Sierra Leona, Sudáfrica y Uruguay: proyecto de resolución revisado Convención internacional general e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N01/664/85/pdf/N0166485.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS. 2001:61, párr.180. A/CONF.189/12 Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia 02-21546 (S)*0221546*160102, Durban, 31 de agosto a 8 de septiembre de 2001. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/215/46/pdf/N0221546.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS. 2001. A/56/PV.44 . Asamblea General. Quincuagésimo sexto periodo de sesiones 44ª sesión plenaria. Sábado 10 de noviembre de 2001, a las 9.00 horas Nueva York. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/631/85/pdf/N0163185.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS. 2001. A/C.3/56/SR.55 pág. 9, párrafo 60. Quincuagésimo sexto periodo de sesiones. Tercera Comisión. Acta resumida de la 55ª sesión A/C.3/56/SR.55 Distar. General 12 de marzo de 2003 Español Original: ingles Celebrada en la Sede, Nueva York, el viernes 30 de noviembre de 2001, a las 17.30 horas. En: un.org. Disponible en: https://documents-

ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/673/15/pdf/N0167315.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS. 2001. 56/168. Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/56/583/Add.2)]. En: un.org. Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/enable/disA56168s1.htm

NACIONES UNIDAS. 2002. E/CN.4/2002/18/Add.1 20 de febrero de 2002. Comisión de Derechos Humanos 58º período de sesiones. *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y seguimiento de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos.* En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/110/64/pdf/G0211064.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS, 2002. A 57/212. Quincuagésimo séptimo período de sesiones. Carta de fecha 11 de julio de 2002 dirigida al Secretario General por el Representante Permanente de México ante las Naciones Unidas por la que se adjunta el Informe de la reunión de Expertos sobre la Convención Internacional Amplia e Integral para promover y proteger los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad (México D.F., del 11 al 14 de julio de 2002). En: un.org Disponible en: https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/479/86/pdf/N0247986.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS. 2002. A/RES/56/510 Quincuagésimo sexto periodo de sesiones Temas del programa 8 y 119 b) Resolución aprobada por la Asamblea General 56/510. Acreditación y participación de organizaciones no gubernamentales en el Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad [sin remisión previa a una Comisión Principal (A/56/L.82 y Add.1). En: un.org. Disponible en: http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/56/510

NACIONES UNIDAS. 2002. A/57/357. Quincuagésimo séptimo período de sesiones
Tema 111 b) del programa provisional* Cuestiones relativas a los derechos humanos: cuestiones relativas a los derechos humanos, incluidos distintos criterios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales A/57/357. Convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Nota del Secretario General**. Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/550/25/pdf/N0255025.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS. 2002. A/AC/265/1 Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Nueva York, 29 de julio a 9 de agosto de 2002. A/AC.265/1 Nota del Secretario General aportando al Comité Especial un resumen del estudio sobre Derechos Humanos y Discapacidad realizado por el ACNUDH. Autores: GERARD QUINN y THERESIA DEGENER.

NACIONES UNIDAS, 2004. A/AC.265/2004/WG/1 Informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial, Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad Grupo de Trabajo, Nueva York, 5 a 16 de enero de 2004, págs. 6. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/223/46/pdf/N0422346.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS. 2004. A/59/360 Quincuagésimo noveno período de sesiones Tema 107 b) del programa provisional*Cuestiones relativas a los derechos humanos: cuestiones relativas a los derechos humanos, incluidos distintos criterios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su cuarto período de sesiones. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/502/23/pdf/N0450223.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS. 2004. Tercer período de sesiones. Daily summary of discussions related to Article 9 *Equal Recognition as a person before the law*. En: un.org. Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3sum9.htm

NACIONES UNIDAS, 2004, *Daily summary of discussions related to Article 9 Equal Recognition as a person before the law,* UN Convention on the Rights of People with Disabilities. Third session of the Ad Hoc Committee - Daily Summary, Volume 4, #3, May 26, 2004, Morning Session. En: un.org. Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3sum9.htm

NACIONES UNIDAS. 2004. A/AC.265/2004/5 Informe del tercer periodo de sesiones del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/382/52/pdf/N0438252.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS, 2005. A/AC.265/2005/2 Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad Nueva York, 24 de enero a 4 de febrero de 2005. Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para

proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su quinto período de sesiones. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/248/32/pdf/N0524832.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS. 2005. A/60/266. Sexagésimo período de sesiones Tema 73 b) del programa provisional . Cuestiones relativas a los derechos humanos: cuestiones relativas a los derechos humanos, incluidos distintos criterios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su sexto período de sesiones. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/463/99/pdf/N0546399.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS. 2005. A/AC.265/2005/CRP.5 Capacidad jurídica: documento de antecedentes preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. En: un.org Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6documents.htm *Background conference document prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights* En: un.org. Disponible en:https://lib.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/SPdocs/CRPD/DGD21102009/OHCHR_BP_Legal_Capacity.doc&action=default&DefaultItemOpen=1

NACIONES UNIDAS. 2006. Séptimo período de sesiones. A/AC.265/2006/1Carta de fecha 7 de octubre de 2005 del Presidente del Comité Especial dirigida a todos los miembros del Comité. En: un.org Disponible en: https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp

NACIONES UNIDAS. 2006. Séptimo período de sesiones. A/AC.265/2006/L.2. Séptima Sesión del comité Especial del 6 de enero al 6 de febrero de 2006. Organización de los trabajos de propuesta. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/631/26/pdf/N0563126.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS. 2006. Séptimo período de sesiones. A/AC.265/2006/2 Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Séptimo período de sesiones, Nueva York, 16 de enero a 3 de febrero de 2006. Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su séptimo período de sesiones. En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/240/45/pdf/N0624045.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS. 2006. Séptimo período de sesiones. Daily summary of discussion at the seventh session 17 January 2006. En: un.org Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum17jan.htm

NACIONES UNIDAS. 2006. A/AC/265.2006/5. Continuación del octavo período de sesiones. Carta de fecha 5 de diciembre de 2006 dirigida al Presidente por el Representante Permanente del Iraq ante las Naciones Unidas En: un.org Disponible en: https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp

NACIONES UNIDAS. 2006. A/AC/265.2006/6. Continuación del octavo período de sesiones. Carta de fecha 5 de diciembre de 2006 dirigida al Presidente del Comité por el Representante Permanente de Finlandia ante las Naciones Unidas. En: un.org Disponible en: https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp

NACIONES UNIDAS, 2007. A/HRC/4/75 Consejo de Derechos Humanos. Cuarto período de sesiones Tema 2 del programa provisional. Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos". Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad, pág. 10. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/103/14/pdf/G0710314.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS, 2009, CRPD/C/1/2. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Primer período de sesiones. Ginebra, 23 a 27 de febrero de 2009. Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su primer período de sesiones, Anexo V, p.15. En: un.org Disponible en: https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp

NACIONES UNIDAS, 2009, CRPD/C/2/2. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Segundo período de sesiones. Ginebra, 19 a 23 de octubre de 2009. Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su segundo período de sesiones. En: un.org. Disponible en: https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp

NACIONES UNIDAS, 2010, CRPD/C/4/2. Reglamento del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, En: refworld.org, Disponible en: http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4eeefe632

NACIONES UNIDAS, 2010, CRPD/C/ESP/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Informes iniciales presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 35 de la Convención España. En un.org. Disponible en: https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp

NACIONES UNIDAS, 2010, CRPD/C/3/2. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Tercer período de sesiones. Ginebra, 22 a 26 de febrero de 2010. Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su tercer período de sesiones. En un.org. Disponible en:

https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/414/39/PDF/G1141439.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS, 2011, A/66/55. Asamblea General. Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Primer período de sesiones (23 a 27 de febrero de 2009); Segundo período de sesiones (19 a 23 de octubre de 2009); Tercer período de sesiones (22 a 26 de febrero de 2010);Cuarto período de sesiones (4 a 8 de octubre de 2010). En un.org. Disponible en:https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=27

NACIONES UNIDAS, 2011. CRPD/C/ESP/Q/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Quinto período de sesiones 11 a 15 de abril de 2011. Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el informe inicial de España (CRPD/C/ESP/1) en relación con los artículos 1 a 33 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/436/21/pdf/G1143621.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS, 2011. CRPD/C/ESP/CO/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con DiscapacidadSexto período de sesiones 19 a 23 de septiembre de 2011. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En: un.org. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/ESP/CO/1&Lang=En

NACIONES UNIDAS, 2011. CRPD/C/ESP/Q/1/Add.1 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sexto período de sesiones. Ginebra, 19 a 23 de septiembre de 2011. Respuestas del Gobierno de España a la lista de cuestiones (CRPD/C/ESP/Q/1) que deben abordarse al examinar el informe inicial de España (CRPD/C/ESP/1). En: un.org**.** https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/445/41/pdf/G1144541.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS. 2011. CRPD/C/6/SR.3. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Sexto período de sesiones Acta resumida de la tercera sesión. En un.org Disponible en: https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp

NACIONES UNIDAS. 2011. CRPD/C/6/SR.4. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Sexto período de sesiones Acta resumida de la tercera sesión. En un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/458/16/pdf/G1145816.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS, 2012, CRPD/C/5/5. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Quinto período de sesiones. Ginebra, 11 a 15 de

abril de 2011. Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su quinto período de sesiones. En un.org. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2f5%2f5&Lang=en

NACIONES UNIDAS, 2013, Comité derechos de las personas con discapacidad. Comunicación Nº 4/2011. CRPD/C/10/D/4/2011. Dictamen aprobado por el Comité en su décimo periodo de sesiones (2 al 13 de septiembre de 2013).

NACIONES UNIDAS, 2014. CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general Nº 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley En: un.org Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS, 2014 CRPD/C/10/2, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Décimo período de sesiones. Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su décimo período de sesiones, celebrado del 2 al 13 de septiembre de 2013. En un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/028/98/PDF/G1402898.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS, 2014, CRPD/C/11/2, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su décimo primer período de sesiones, celebrado del 31 de marzo al 11 de abril de 2014. En un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/029/45/PDF/G1402945.pdf?OpenElement

NACIONES UNIDAS. 2017. CRPD/C/ESP/QPR/2-3 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Lista de cuestiones previas a la presentación del segundo y tercero informes periódicos combinados de España. En: un.org. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/107/98/pdf/G1710798.pdf?OpenElement y disponible también en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=800&Lang=sp

NACIONES UNIDAS, 2019. CRPD/C/ESP/CO/2-3. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España. Adoptadas por el Comité en su sesión veintiuna (11 de marzo a 5 de abril de 2019). Avance de versión inédita. En: un.org. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f2-3&Lang=en

RESOLUCIONES JUDICIALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 34/1983, de 6 de mayo BOE nº 120, de 20 de mayo de 1983, ECLI:ES:TC:1983:34
STC 67/1984, de 7 de julio, BOE núm. 165, de 11 de julio de 1984, ECLI:ES:TC:1984:67
STC 115/1987, de 7 de julio, BOE nº 180, de 29 de julio de 1987, páginas 15 a 23
STC 245/1991, de 16 de diciembre, BOE nº 13, de 15 de enero de 1992, ECLI:ES:TC:1991:245
STC 341/1993, de 18 de noviembre, BOE nº 295, de 10 de diciembre de 1993, páginas 96 a 134
STC 91/2000, de 30 de marzo, BOE nº 107, de 4 de mayo de 2000, páginas 99 a 118
STC 179/2000, de 26 de junio BOE nº 180, de 28 de julio de 2000, páginas 50 a 55
ATC 260/2000, de 13 de noviembre
STC 168/2001, del 16 de julio (Sala 2ª), BOE nº . 194, de 14 de agosto de 2001, páginas 63 a 70
STC 53/2002, de 27 de febrero de 2002, BOE nº 80, de 3 de abril de 2002, páginas 77 a 88
STC 70/2002; de 7 de abril, BOE nº 99, de 25 de abril de 2002, páginas 8 a 19
STC 174/2002, de 9 de octubre, BOE» núm. 255, de 24 de octubre de 2002, páginas 55 a 60
STC 175/2005, de 4 de julio BOE nº 186, de 5 de agosto de 2005, páginas 7 a 14
STC116/2006 de 24 de abril, el Tribunal Constitucional, BOE nº 125, de 26 de mayo de 2006, páginas 12 a 22
STC 116/2006, de 26 de mayo, BOE nº 125, de 26 de mayo de 2006, páginas 12 a 22
STC 131/2010 de 2 de diciembre, BOE nº 4, de 5 de enero de 2011, páginas 97 a 105
STC 132/2010, de 2 de diciembre de 2010, de 2 de diciembre de 2010, BOE nº 4, de 5 de enero de 2011, Sec. T.C., páginas 106 a 112
STC 7/2011, de 14 de febrero, BOE nº 63, de 15 de marzo de 2011, páginas 70 a 77
STC 141/2012, de 2 de julio, BOE nº 181, de 30 de julio de 2012, Sec. T.C., páginas 13 a 27
STC 13/2016, de 1 de febrero, BOE nº 57, de 7 de marzo de 2.016, páginas 18.409 y ss.
STC 16/2016, de 1 de febrero, BOE nº 57, de 7 de marzo de 2016, páginas 18444 a 18459
STC 34/2016, de 29 de febrero, BOE nº 85 de 8 de abril de 2016, sec. T.C., páginas 24889 a 24906
STC 132/2016, de 18 de julio, BOE nº 196, de 15 de agosto de 2.016, sec. T.C., páginas 60435 a 60446
ATC 196/2016 de fecha 28 de noviembre de 2016

STC 13/2017, de 30 de enero, BOE 59, de 10 de marzo de 2017, páginas 17963 a 17981
STC 133/2017, de 16 de noviembre, BOE nº 308, de 20 de diciembre de 2017.

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 3 de diciembre de 1896
STS de 9 de febrero de 1949
STS, Civil, de 11 de julio de 1950 (RJ 1197)
STS de 4 junio 1965
STS Contencioso, de 28 de marzo de 1967 (RJ 1444)
STS 23 de julio de 1984 (RJ 1984\4027)
STS 5 de febrero de 1987 (RJ 1987\509)
STS 27 de mayo de 1987 (RJ 1987\3831)
STS 995/1991, de 31 de diciembre, (ROJ: STS 7348/1991, ECLI: ES:TS:1991:7348).
STS de 22 de junio de 1992, (ROJ 4992/1992)
STS 29 de septiembre de 1994
STS 15 de marzo de 1996 (ROJ STS 1631/1996 - ECLI: ES:TS:1996:1631)
STS, Sala 1ª, de 31 de octubre de 1996 (RJ 1996\7727)
STS 31 de octubre de 1996 (RJ 1996\7727)
STS de 19 de septiembre de 1998 (ROJ 5223/1998)
STS Social, de 19 de junio de 2000 (RJ 2000\516)
STS 341/2014, de 1 de julio, (ROJ: STS 3168/2014 - ECLI: ES:TS:2014:3168)
STS de 16 de mayo de 2017 (ROJ: STS 1901/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1901)
STS 282/2009, de 29 de abril (ROJ: STS 2362/2009)
STS Contencioso-Administrativo 571/2001, de 31 de enero (ECLI:ES:TS:2001:571)
STS 12 de junio de 2001 (ROJ STS 4992/2001 - ECLI: ES:TS:2001:4992)
STS sala Quinta de 9 de noviembre de 2001 /recurso de casación 28/2001)
Auto de 14 de diciembre de 2001 dictado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo
STS de la Sala Segunda de 25 de julio de 2002 (recurso de revisión 69/2001)
STS de 30 de junio de 2004
STS 1128/2004, de 24 de noviembre de 2004. (ROJ 7647/2004)
STS Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2011 (recurso de casación 3862/2009)
STS de 17 de julio de 2012 (RJ 2012, 8362)
STS 421/2013, de 24 de junio de 2013
STS 141/2015, de 11 de febrero, de la Sala 2ª de lo Penal
ATS de 29 de junio de 2016 (ROJ: ATS 6901/2016 - ECLI: ES:TS:2016:6901A)
STS 146/2018, de 15 de marzo de 2018 (ROJ 936/2018)
STS 846/2018, de 15 de marzo
STS 936/2018, de 15 de marzo
STS 1263/2018, de 17 de julio de 2018.Roj: STS 2747/2018- ECLI:ES:TS:2018:2747

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Valencia 291/2018, de 25 de junio de 2018. ROJ SAP V 2563/2018
SSAP de Palma de Mallorca, de 10 de marzo de 2016, ROJ 374/2016
SSAP de Palma de Girona de 9 de 2016, ROJ 38/2016
SAP de San Sebastián, de 8 de mayo de 2015, ROJ 464/2015
SAP de Barcelona (Sección 16ª) de 24 de julio de 1996 (AC 1997, 1653)
SAP de Barcelona (Sección 16ª) 19 de noviembre de 1996 (AC 1996, 2151)
SAP Málaga (Sección 5ª) de 30 de enero de 2002 (JUR 2002/134726)

USC UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA