

¿PERSONS WITH DISABILITY vs. PERSONAS INCAPACITADAS... O VICEVERSA?
Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006, en el Ordenamiento español

Gabriel García Cantero

Catedrático Emérito de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN: Estudio sobre las posibles alternativas para la necesaria incorporación al ordenamiento jurídico español del art. 12 de la Convención internacional de la ONU, de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, haciendo un análisis de derecho comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia.

ABSTRACT: *Study on alternatives for the required incorporation into the Spanish legal system of article 12 of the, which includes an analysis of comparative law and the jurisprudence of the Supreme Court on the matter.*

PALABRAS CLAVE: Convención internacional de Naciones Unidas, de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad. Personas mayores.

KEY WORDS: *international Convention of NU, 2006, concerning the rights of persons with disabilities. Senior citizens.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. *Planteamiento general del estudio.* 1.2. *Metodología utilizada.* 2. LA (¿PROBLEMÁTICA?) INCORPORACIÓN DEL ART. 12 DEL CONVENIO DE 2006 AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO. 2.1. *Debe determinarse el real alcance jurídico del art. 12.* 2.2. *Variedad de factores que influyeron en su aprobación.* 2.3. *Actitud vacilante del legislador español.* 2.4. *¿Dónde ubicar el derecho de la discapacidad?* 2.5. *«Ubi persona, ibi ius civile».* 2.6. *Algunos supraconceptos civiles del derecho de la persona.* 2.7. *¿Posible relatividad de la historia actual de la incapacidad?* 2.8. *Aceleración del movimiento de reforma del derecho de las personas con discapacidad.* 2.8.1. Francia. 2.8.2. Austria. 2.8.3. Alemania. 2.8.4. Italia. 2.8.5. *Algunas conclusiones comparativas con el movimiento español de reforma del derecho de las personas con discapacidad.* 2.9. *Análisis del art. 12 del Convenio.* 2.10. *La doctrina de la sala primera del TS (sentencia del pleno de 29 abril 2009).* 3. CONCLUSIONES-PROPUESTAS. 3.1. *Que la incorporación del art. 12 se haga pronto, pero, sobre todo, que se haga bien.* 3.2. *El art. 12 requiere interpretación.* 3.3 *El art. 12 posee contenido vinculante propio y obliga a España.* 3.4. *Coincidencia parcial con la vía hispana a la discapacidad.* 3.5. *Civilmente el movimiento arranca de la reforma de la tutela en 1983.* 3.6. *Variedad de las situaciones fácticas de discapacidad.* 3.7. *Conveniencia o necesidad de permanentes estudios sociológicos sobre los efectos sociales de estas reformas.* 3.8. *El «non nato» seguimiento efectivo del funcionamiento de las instituciones tutelares en sentido amplio.* 3.8.1. *Función vigilante del Ministerio Fiscal.* 3.8.2. *Obligaciones del Juez respecto de cada tutela o curatela constituidas.* 3.9. *Completar el régimen del mandato preventivo.* 3.10. *Profesionalización de los cargos tutelares.* BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. *Planteamiento general del estudio*

El tema de esta investigación se centra en averiguar la forma más adecuada de insertar el artículo 12 del Convenio de NY 2006 en nuestro ordenamiento jurídico, una vez que se ha cumplido el trámite previsto en la Constitución para la plena efectividad de los Tratados Internacionales, firmados y debidamente ratificados por España.

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.

Inicialmente parece que estamos en presencia de una cuestión estrechamente relacionada con los derechos humanos (cfr. art. 12.4 del Convenio), pero en este punto surge alguna dificultad, preferentemente formal, pues, por ejemplo, contrasta inicialmente la brevedad y concisión empleada en la redacción de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU de 1948, con el estilo del lenguaje utilizado en el Convenio, y, especialmente, el usado en el artículo 12, que, de hecho, viene a ser uno de los preceptos más extensos, complejos, con alguna frecuencia difuso, en exceso quizás casuístico y hasta de los de más oscura y confusa redacción de dicha Convención.

En mi opinión, no cabría hacer valer, bajo ningún concepto, el *orgullo o prestigio nacional*, puesto que ninguno de los Estados firmantes sufrirá merma alguna en su categoría internacional por el hecho de, en fase de cumplimiento, tener que adaptar su derecho interno al Convenio, por causa de algunos desajustes o faltas de conformidad de aquél con éste. A mayor abundamiento destacaría que, en este caso, la mejor disposición para recibirlo y hacerlo suyo ha de presumirse en España por el hecho de ser uno de los primeros Estados que lo firmó y ratificó¹.

Con carácter general hay que decir que, sin perjuicio de haber transcurrido más de dos siglos y medio de la Declaración de independencia norteamericana, y, posteriormente, de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, es también mayoritaria entre los especialistas la convicción del lento camino que hasta ahora se ha recorrido y que, todavía, ha de recorrerse durante el siglo XXI para que la Declaración de 1948 se difunda, efectivamente, entre los estados actualmente pertenecientes a la ONU, y, sobre todo, para que dicha Declaración alcance, entre todos estos, un grado satisfactorio y generalizado de cumplimiento. En particular, el tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad se inscribe claramente en el ámbito de los fenómenos de generalización y especificación de los derechos humanos, acompañados de dos proyecciones de la igualdad, a saber, la referida a la no discriminación (diferenciación negativa), y la que permite hablar de la igualdad como exigencia de diferenciación (diferenciación positiva).

Concorre, además, la circunstancia, como luego se expondrá, de que nuestro país se había anticipado, en alguna medida, a las previsiones del Convenio de 2006, habiendo iniciado con anterioridad una *vía española propia de protección jurídica de las personas con discapacidad*, con punto de partida en el artículo 49 de la Constitución española de 1978 (de terminología, ciertamente, ya superada en nuestros días, entre los expertos); vía propia de paralelo desarrollo, en cierto modo, al que más tarde ha prevalecido, de suerte que, acaso, nuestro problema más llamativo sea, en el momento actual, el de hacer converger ambas vías, la previa hispana y la subsiguiente internacional, a la hora de poner en marcha el obligado cumplimiento del Convenio de la ONU, siendo, a mi juicio, aconsejable y razonable intentar aprovechar al máximo el camino ya recorrido en nuestro país, con vista a una inserción más adecuada y eficaz del Convenio en nuestro ordenamiento. Sobre todo porque la experiencia ya adquirida durante este período permitirá más fácilmente eludir errores y prevenir fracasos al efectuar la adaptación del mismo. Sin eludir, en modo alguno, el espinoso tema de caracterizar o definir preferentemente alguno de los modelos doctrinales o teóricos que pueden adoptarse, iniciado ya el siglo XXI, para proteger jurídicamente a las personas con discapacidad, cuestión que, todavía, sigue en el candelero.

¹ En el Preámbulo de la Ley 26/2011 se reconoce que la Convención de 2006 ha sido «resultado de un largo proceso en el que participaron varios actores [...y], Organizaciones no gubernamentales, entre las que tuvieron un papel destacado las de personas con discapacidad y sus familias, y muy señaladamente las españolas».

No cabe ignorar que, en particular, el artículo 12 del Convenio muestra, en términos generales, y, al menos, en apariencia, una clara y manifiesta actitud de *desconfianza* frente a la previa situación fáctica, que la ONU da por supuesto, como real y efectiva del conjunto de personas con discapacidad en la vida social de los diferentes Estados miembros, pues exige imperiosamente a éstos *salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos* (art. 12.4), presuponiendo así que tales reprobables situaciones están, al parecer, generalizadas y, además, que por su reiteración y habitualidad, resultan difíciles de erradicar, debido todo ello, —lo que todavía resulta más sensible—, exclusiva o mayoritariamente a la negligente actuación de las competentes autoridades de los Estados miembros. De ser cierto tal supuesto fáctico, el operador imparcial del derecho debería, en mi opinión, actuar con especial cuidado y notable prudencia y vigilante tensión en la exégesis del texto internacional, para —en su propio ordenamiento— detectar y erradicar del modo más eficaz el mayor número de aquellos abusos.

Por otra parte, en el apartado siguiente del citado artículo, se alude, bajo una cierta perspectiva, a conceptos o instituciones muy generales, y por otra se desciende, sorprendentemente, a un casuismo y detallismo que hasta podría calificarse de inapropiado en estos textos internacionales. Así resulta que se mencionan, primeramente, algunas clásicas y tradicionales instituciones del Derecho civil, tales como la propiedad, la herencia, el control de asuntos patrimoniales de la persona, préstamos, hipotecas y privaciones arbitrarias de bienes; describiéndose, a continuación, hechos claramente susceptibles de constituir incluso ilícitos penales que, de hecho, aparecen sancionados como tales, y figuran incluidos en la gran mayoría de las legislaciones de los Estados miembros. La aludida descripción parecería dar a entender que, para la ONU, se trataría, de aquellos concretos ámbitos jurídicos en que, mayoritariamente, se están produciendo, a nivel mundial, los anteriormente mencionados reprobables abusos en relación con las personas con discapacidad. Situación que, sin embargo, y afortunadamente, en la vida real de nuestro país, no parecen producirse de modo generalizado².

Ha de reconocerse que, una vez que el Convenio ha de aplicarse en nuestro ordenamiento como derecho vigente, el interés doctrinal por su significado ha ido,

² Cfr. MORAL ORTEGA, «Las insuficiencias de la legislación española en materia de discapacidad: sistematización de las denuncias y quejas de la ciudadanía con discapacidad», *Hacia un Derecho de la Discapacidad*. 2009, p. 297-305. Trabajo realizado sobre la base de las consultas realizadas en el CERMI, a partir de 2001, tal como se refleja en los Informes anuales de este organismo. En las conclusiones se dice que donde más se pone de manifiesto las dificultades de las personas con discapacidad es en la eliminación de barreras en las comunidades de propietarios y en la asunción de su costo económico; aunque también se han incrementado en las situaciones de discriminación y falta de igualdad de oportunidades en el ámbito laboral, transporte y educación. No se reseñan, sin embargo, casos que pudieran calificarse de graves abusos o, singularmente, conductas de carácter penal, loc.cit., p. 303.

progresivamente, despertándose y acrecentándose tanto en la doctrina civil como en la social³.

En los últimos años se ha manifestado gran variedad de opiniones en relación con el significado del artículo 12, las cuales podrían, inicialmente, agruparse en dos grandes apartados. Uno que cabría denominar *modelo social de discapacidad*, en alguna parte también coincidente con la que antes etiqueté como *vía española de anticipación*, y otro, mayoritariamente diverso y hasta contrapuesto, *modelo civil de incapacitación*, que invoca como punto de partida la figura regulada en el Código civil después de la reforma de la tutela en 1983 (y posterior legislación complementaria), y ulteriormente por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en cuanto a sus aspectos procesales.

Las posturas, no obstante, se matizan en la práctica, pues algunas veces se llega a sostener la plena y absoluta compatibilidad entre ambos modelos, o con algunos retoques, y otras, en cambio, se postula una radical incompatibilidad o incomunicabilidad entre los mismos. Todavía cabría hablar de otros *subtipos civiles especiales o forales* (catalán y aragonés), con base en la legislación civil o foral respectiva, de los que no voy a ocuparme en este trabajo⁴.

³ Puede verse, no exhaustivamente, en: CABRA DE LUNA, Miguel Angel – BARIFFI, Francisco José – PALACIOS RIZZO, Agustina, *Derechos humanos de las personas con discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas 2007*; CAMPOY CERVERA, Ignacio y PALACIOS RIZZO, Agustina: *Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora española y argentina*. 2007; DE ASÍS ROIG, Rafael F. *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*. 2007; DE ASÍS ROIG, Rafael F. y PALACIOS RIZZO, Agustina, *Derechos humanos y situaciones de dependencia*. 2008; PALACIOS RIZZO, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. 2008; VVAA, *Estudios sobre el impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español* (Ed. Patricia Cuenca Gómez) 2010; VVAA, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. Sofía de Salas Murillo). 2010; RAMS ALBESA, Joaquín J., «Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez». *RCDI*, enero-febrero 2011, núm. 723, p.211-296).

⁴ No considero necesario pronunciarme, en este punto, sobre la existencia, o no, de un supuesto o hipotético Derecho de la discapacidad, en el ordenamiento español. Últimamente lo ha defendido brillantemente DE LORENZO GARCIA, Rafael, «Los contornos del derecho de la discapacidad» *Hacia un Derecho ...cit*, p. 55-120, con abundancia de razonamientos, invocando argumentos doctrinales aludiendo a la rica bibliografía surgida en España en los últimos años (si bien con prudente realismo no deja de observar que tal abundancia de publicaciones hasta puede resultar negativa, pues el aluvión diario de libros nuevos entierra - *sic*- rápidamente a los anteriores, que mueren en plena juventud sin apenas haber llegado a ser conocidos por nadie), que aconsejaría la introducción de la asignatura correspondiente en los planes de estudio; invocando también razones legislativas que postulan la existencia de un Estatuto de la persona con discapacidad, en la que aparece la discapacidad como realidad objetiva y la persona discapacitada como realidad subjetiva, además del concepto más bien administrativo de accesibilidad universal. A juicio de este autor, el Derecho de la discapacidad en su conjunto posee sustantividad propia en cuanto que tiene principios jurídicos específicos del mismo, muchos de ellos surgidos del ámbito del Derecho internacional y del Derecho comunitario europeo, y que forman parte de bases conceptuales que se aplican en todos los estados desarrollados. Identifica especialmente a los siguientes: El respeto a la dignidad inherente a la persona; la autonomía individual que incluya la libertad de tomar las propias decisiones y las condiciones que garanticen una vida

Ha recaído igualmente una reciente, —y muy comentada—, interpretación judicial del Convenio de Nueva York, y su efectividad en nuestro ordenamiento a propósito de un caso resuelto por parte de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (siendo Ponente la Excm. Sra. Dª. Encarnación Roca Trías, reconocida especialista en derecho de familia, y actualmente miembro del TC), así como alguna otra resolución posterior de la propia Sala⁵. Ello hace presumir que, próximamente, los Tribunales inferiores españoles, especialmente las AAPP, se verán abocados a invocar, en uno u otro sentido, aquella doctrina en su propia jurisprudencia, y los abogados a fundamentar en ella sus pretensiones. Todo ello en espera de una solución legislativa al problema.

Transcurridos ocho años desde la publicación del Convenio de N.Y. parece oportuno realizar el obligado balance y la puesta a punto, que, en la medida de lo posible, sinteticen y clarifiquen las diversas interpretaciones legislativas, doctrinales y jurisprudenciales hasta ahora recaídas, y, que, en su momento, puedan ayudar eventualmente al legislador futuro, así como a los Jueces y Tribunales, y a los profesionales del derecho, en su encomiable, y no siempre fácil, tarea de interpretar y hacer valer los derechos de las personas, especialmente cuando se concretan en un sector especialmente vulnerable de la sociedad, como el constituido por las personas con discapacidad. Si la discrepancia exegética condujera, en definitiva, a dos únicos modelos interpretativos que, *prima facie*, podríamos calificar de *civil o social*, (o, quizá, de *administrativo-social*), tendríamos que admitir que, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, no se trataría de meras etiquetas o modos paralelos de hablar, fáciles de aproximar conceptualmente, sino que, en realidad, con tales etiquetas, se enunciarían diversidad de leyes, procedimientos separados, jurisdicciones competentes, y, en último término, variedad de efectos y consecuencias para las personas afectadas (sanitarios, asistenciales, prestacionales etc.), que la praxis muestra no infrecuentemente como divergentes, y, en ocasiones, hasta excluyentes entre sí. En tales hipótesis habría que concluir que los derechos subjetivos otorgados a las personas con discapacidad, en razón del sector normativo considerado, no resultarían ser de idéntica naturaleza ni tampoco del todo comparables en sus efectos. En mi opinión debe seguirse otro procedimiento; hay que construir puentes y vías de acceso, que permitan una transparente y ágil circulación en ambas direcciones, para garantizar la unidad del ordenamiento y la seguridad de los mismos ciudadanos afectados, así como su tratamiento igualitario, legitimados para invocar en su beneficio cualquiera de las ramas del derecho.

independiente; la no discriminación; la participación e inclusión efectivas en la sociedad; el respeto a la diversidad humana y, por tanto el derecho a la diferencia de las personas con discapacidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; la igualdad de oportunidades y la accesibilidad universal.

Aunque a lo largo de esta investigación tendré ocasión de pronunciarme sucesivamente sobre puntos concretos de este sugestivo planteamiento doctrinal, es obligado dejar constancia aquí de lo dificultoso y laborioso que supone ver reconocida por la comunidad de juristas, y el propio legislador, la independencia -al menos científica- de una nueva rama del Derecho, aunque en este caso se insiste en que la nueva asignatura se caracterizaría por su reconocida transversabilidad.

⁵ SSTS de 17 de julio y 11 de octubre 2012, 24 de junio 2013 y 1 de julio 2014.

Todavía convendría recordar, igualmente, que, para un privatista, la noción de *estado civil de la persona* sigue siendo básica para determinar *in concreto* la capacidad de obrar civil de la persona, que se ejercita en la generalidad de las relaciones de la vida social. Internamente el Derecho civil sigue utilizándolo, tanto a nivel normativo como por los operadores jurídicos, ya que ofrece y da seguridad y estabilidad a las relaciones jurídicas *inter privatos*. Socialmente, en cuanto a su utilización en el tráfico⁶, en realidad, el empleo de la noción clásica de estado civil usada de modo expreso o implícito, nunca resulta irrelevante, aunque estas valoraciones hayan sido, con frecuencia, mutables y variables en sucesivos periodos históricos. Por ello resulta, a mi juicio, muy conveniente, e, incluso, necesaria, determinar si la discapacidad es una de esas situaciones básicas de la persona, y bajo qué condiciones o requisitos. La historia, en muchos países occidentales, había ofrecido, en principio, hasta el siglo pasado, una respuesta afirmativa, basada en algunos argumentos que, sin embargo, rechaza enérgicamente la sensibilidad social actual. Las presentes circunstancias acaso aconsejarían matizar la respuesta. Adviértase, además, que si bien el estado o situación de la persona con discapacidad no conoce fronteras de edad (aunque, las estadísticas muestran que los accidentes de trabajo y deportivos recaen preferentemente entre las generaciones jóvenes, y los de tráfico entre ambas), tal situación de discapacidad de la persona suele encontrarse más frecuentemente en esa última etapa de la vida humana a la que, convencionalmente, se le ha denominado como vejez, tercera edad o senectud. Pero aquí radica otra dificultad añadida. Mientras en la legislación de desarrollo de la DDHH de 1948, la diferenciación por razón de sexo, minoría de edad, o racial, —por referirme sólo a las cualidades y circunstancias de la persona más importantes, cuantitativamente hablando—, han quedado adecuadamente definidas con vistas a eliminar nítidamente cualquier forma de discriminación, no ocurre lo propio, —en la legislación española—, con las relaciones entre quienes han concluido definitiva y obligatoriamente su relación laboral o funcional, y los demás ciudadanos activos. De modo derivativo, ha de reconocerse que semejante falta u omisión no está contribuyendo, positivamente, a perfilar, ulteriormente, en el ámbito jurídico, la noción de persona discapacitada.

Un último *desideratum* que se permite expresar el autor de este trabajo: Desde 1948 la ONU ha llevado a cabo, como se sabe, con la abnegada y eficaz colaboración de

⁶ Así se ha constatado desde hace algún tiempo que, por ejemplo, entre nosotros, la calificación de madre soltera ha perdido todo significado peyorativo; la denominación antigua de concubinos, ha sido prácticamente reemplazada por la de convivientes *more uxorio*, o miembros de la pareja o unión de hecho; es más dudoso, en cambio, que la etiqueta de hijo extramatrimonial o no matrimonial, como ha pretendido el reformador español de 1981, sea más neutra que la de hijo natural, tanto considerada en sí mismo como en el lenguaje social; mientras que, por ejemplo, respecto de la terminología de la procreación *in vitro*, más bien parece que el legislador ha pretendido por todos los medios, que no trascienda a la documentación oficial la calificación real de alguno de los sujetos que, por aplicación de tales técnicas, resultan ser legalmente progenitores, propósito que choca frontalmente con el derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes.

numerosas personas e instituciones, mediante Convenciones y Pactos internacionales, un persistente y meritorio trabajo no sólo, como he indicado, de profundización y desarrollo de los derechos humanos en relación con grupos sociales, hasta ahora especialmente discriminados y socialmente vulnerables (así ha ocurrido, por ejemplo, con las mujeres, los menores, las razas de color, los desplazados por razones políticas, los emigrantes por motivos laborales, y ahora las personas con discapacidad), sino también en el campo tan fecundo de la promoción de políticas sociales activas en relación con los mismos. Es decir, se ha preocupado global e integralmente de definir jurídicamente los derechos de determinados grupos de ciudadanos, y también ha abierto vías de actuación práctica para la efectividad de aquéllos. Ello no obstante, y dado que, precisamente, la discapacidad afecta, por razones derivadas de la edad y de la biología, a sectores cada vez más numerosos y longevos de la sociedad, constituidos por las personas que habitualmente se les identifica con el grupo social de los jubilados forzosos de toda actividad remunerada, cabría interrogarse: ¿No habría llegado el momento de elaborar, a nivel planetario, una *Convención de los derechos y obligaciones de las Personas Mayores*?⁷ Se acepta generalmente que este grupo social ha quedado, no pocas veces, *invisible* después de la puesta en práctica de programas transversales en beneficio de otros colectivos⁸. Podría ello deberse, acaso, a que este

⁷ Existe el Convenio de La Haya, de 13 de mayo de 2000, sobre la protección internacional de los adultos, si bien no ha sido firmado ni ratificado por España.

⁸ Coincido plenamente, en este punto, con BARRANCO AVILÉS, M^a del Carmen «Envejecimiento y discapacidad», *Estudios sobre el impacto ... cit*, cuando escribe que los mayores están siendo los grandes olvidados del discurso de los derechos humanos (p. 578); y, asimismo, que los diversos documentos internacionales subrayan que el interés por los mayores viene motivado más por la constatación estadística del envejecimiento y la longevidad, y con la vinculación con el problema de género, que por una toma de conciencia de su tradicional exclusión en los sistemas de derechos (*op. et loc. cit.* p. 584). Por otra parte, pese a estimar que la Ley 39/2006 es un paso tremendamente importante en relación con la efectividad de los derechos de los mayores, tradicionalmente olvidados, no deja la autora de recoger *estereotipos* vigentes en amplios sectores de nuestra sociedad: «La vejez es algo a evitar. Los viejos son una carga para los sistemas de Seguridad Social y de Salud - son grandes consumidores de recursos -, y, además son inservibles para el trabajo. Se puede hablar, en general, de una actitud que ha recibido el nombre de *viejísimo*- por paralelismo con *sexismo* o *racismo* -y que supone el desencadenamiento de conductas que van desde el rechazo, al ejercicio de violencia, pasando por la discriminación. Quizá esta actitud, basada en estereotipos que no se corresponden con evidencias científicas, es la causa de que los mayores hayan sido los grandes olvidados en la fase de generalización. Además de repercutir negativamente en el tratamiento que otros dan a los mayores, esta imagen es también compartida por los propios sujetos, de forma que dejan de reconocerse como acreedores de igual dignidad y respeto, es decir, como titulares de derechos (...) Considero que es necesario reorientar las políticas públicas dirigidas a los mayores y *replantearlas como políticas de derechos*. Ya he señalado que la opción no es indiferente, sólo si los derechos de los mayores son derechos morales, se representan como exigencias que es preciso atender. Además, conviene insistir en que, por el momento, el reconocimiento de derechos a las personas mayores de edad se ha producido en el contexto de un proceso de especificación y ha implicado una desconsideración a su autonomía». Un intento de formulación de los *Derechos de la personalidad del anciano*, en fecha algo lejana, en GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Los ancianos ante el Derecho civil», *RGLJ*, 1976, II, p. 837-848; «Notas sobre la "senectud" como estado civil de la persona», en *Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo*, I, 1988, p. 304 ss. Más recientemente, el artículo periodístico de GIL CALVO, Enrique, «El maltrato a la vejez» *El País*, 21 septiembre 2003. Un tratamiento general y de conjunto: VVAA, *La protección de las personas mayores* (Coords. Carlos LASARTE, Fernanda

colectivo ha carecido hasta ahora, de potentes organizaciones mundiales, que se hagan voceros de sus reclamaciones, por ejemplo del tipo de los sindicatos o de las organizaciones de consumidores. No sería, a mi juicio, improcedente —vista tal ausencia— que, en su nombre, lo protagonizara la propia ONU, (o alguna de sus Agencias o Comisiones), dado que significativamente lleva bastantes años ocupándose con eficacia de las consecuencias sociales del envejecimiento. ¿Resultaría utópico pensar que, un hombre o una mujer, por el mero hecho de haber alcanzado la edad de tener que cesar obligatoriamente en la actividad laboral que hasta entonces ha desempeñado, disfrutara de un *status* jurídico-social, diferenciado y propio del que goza cualquier adulto, también por el mero hecho de ser mayor de edad y carente de toda enfermedad invalidante? Incluso para la *praxis* resultaría de eficaz ayuda el poder contar con un texto sencillo, de validez universal, aunque no fuera demasiado extenso pero sí sustancialmente completo, de los derechos fundamentales de ese numeroso grupo de las personas mayores; sin olvidar su utilización a efectos educativos y formativos, con perspectivas de futuro, entre las generaciones más jóvenes. De lograrse este objetivo habría que decir que la Convención de 1948 había sido llevada a su más elevado grado de desarrollo en correspondencia y paralelismo con las etapas y situaciones más significativas de la vida humana.

1. 2. Metodología utilizada.

Se ha fijado —como antes indiqué— el tema central del trabajo en la incorporación del artículo 12 del Convenio de 2006, al ordenamiento jurídico español.

Pero han de tenerse en cuenta dos circunstancias importantes.

Por un lado, la Ley 26/2011 ha iniciado ya, con eficacia vinculante, dicha tarea, fijando lógicamente el sentido y alcance que ha de darse a tal adaptación (baste consultar su extensa EM), por lo que nos enfrentamos con una especial metodología adaptativa seguida en España, que puede calificarse de *adaptación por etapas*.

Por otro, ha quedado fuera de aquélla, en su primera fase, precisamente, el artículo 12 del Convenio de 2006, lo que, a mi juicio, demuestra palpablemente la centralidad lograda en el *corpus* del mismo, y la enorme importancia que tendrá para el futuro de nuestra legislación interna que se acierte plenamente con la fórmula adaptativa que se utilice, en cuanto al futuro de nuestro Derecho de las personas con discapacidad, no sólo en relación con la dimensión exclusivamente social, sino derivativamente también en los aspectos exclusivamente civiles del tema, dado que la mayoría de autores acepta que tal vinculación existe realmente entre ambas.

Por ello, doy por supuesto las directrices de la Ley 26/2011, en relación con el Convenio de 2006, así como las diferentes fases que, previamente, había seguido nuestro

MORETÓN SANZ, Patricia LÓPEZ PELÁEZ), 2007. Por su parte, BARRANCO AVILÉS, *op. cit.* p. 585-588, analiza con algún detenimiento las referencias expresas de la Convención de 2006 a los mayores.

legislador en ésta que, con criterio amplio y benévolo, puede ser denominada *vía hispana hacia la protección de la discapacidad*; así como el *Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, aprobado por R.D. Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, y que se dicta en aplicación de la DF 2ª de la Ley 26/2011, derogando las Leyes 13/1982, 51/2003 y 49/2007.

En la confluencia de ambas direcciones —hispana y de la ONU— cabe vislumbrar la visión anticipadora de esta última así como también las discrepancias que, finalmente, se detecten entre ambas, y el modo de superarlas.

En este punto, procede hacer algunas consideraciones previas. Con carácter general, cabría decir que el sistema de *adaptación por etapas*, puede obedecer a diferentes *motivaciones*; así, un Gobierno que prevé no continuar en el poder después de unas elecciones, trataría de *condicionar* la actuación del Gobierno futuro, y encauzar la adaptación de un tratado internacional a cuya elaboración, acaso, crea haber contribuido de modo importante o significativo; o, meramente, se trataría de *facilitar* al hipotético nuevo Gobierno, la tarea de incorporación del Tratado al derecho interno, dado que conoce a fondo y de primera mano las discusiones mantenidas en la ONU a propósito del tema. Sea de ello lo que fuere, y en todo caso, no deja de haber algunos *riesgos* en la adaptación por etapas, como se derivan, casi necesariamente, de cualquier obra legislativa inacabada, pues resulta inevitable que, con el transcurso del tiempo, se olviden, o queden en la penumbra, algunos aspectos secundarios que, por ejemplo, no habían sido tratados en la Ley 26/2011, o que los criterios adaptativos por esta utilizados, lleguen a evolucionar; por ejemplo, por alteración esencial de las circunstancias sociales y económicas de nuestro país (alegando simplemente que no hay suficiente financiación para llevar a efecto la adaptación del Convenio, al tratarse por ejemplo de costosas políticas sociales).

Apurando el argumento, podemos interrogarnos: ¿podrá el legislador cambiar de criterio en algunos puntos más o menos esenciales de la tarea de adaptación de la Convención de 2006? En tal caso ¿estaría legitimado, en su caso, para derogar parcialmente la citada Ley 26/2011? ¿o podría llegar, a su renovación total, procediendo, eventualmente, a su sustitución por otra normativa inspirada en principios acaso diferentes o expresados en diferente forma, aunque, obviamente, permaneciendo dentro del marco normativo de la Convención?; o, alternativamente, ¿podría, en el momento presente, abstenerse el legislador, sin más, de culminar el proceso adaptativo, incumpliendo las sucesivas etapas, dejando las cosas tal cómo se presentan actualmente en nuestro ordenamiento interno, lo que supone deferir al poder judicial la nada fácil, ni en mi opinión aconsejable, tarea de ir resolviendo los problemas de adaptación, a medida que se planteen? Solución, probablemente, la menos recomendable, que ha rechazado expresamente la STS de 29 abril 2009, porque permitiría originar interpretaciones diferentes por los distintos operadores del derecho, invocando sin más la vigencia del Convenio en España, hecho que nadie discute. Cuestiones, sin duda, inquietantes y hasta perturbadoras para un jurista, así como no

fáciles de responder, y que al ciudadano de a pie dejaría incrédulo sobre su real posibilidad.

2. LA (¿PROBLEMÁTICA?) INCORPORACIÓN DEL ART. 12 DEL CONVENIO DE 2006 AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

2.1. *Debe determinarse el real alcance jurídico del artículo 12*

Este trabajo posee un objetivo claro y definido, que subsigue a todo tratado internacional pero que el legislador ordinario, hasta ahora, y por diversidad de causas, no ha terminado de cumplir. A mi parecer, no puede afrontarse ni de modo meramente especulativo, ni tampoco convertirse en un trabajo excluyente (el frecuente «*todo o nada*», casi siempre infecundo), ni menos todavía devenir algo utópico (reglamentado para un país imaginario), sino que ha de contar, ante todo, con sólido asiento en la realidad de la sociedad española que, en calidad de Estado soberano firmante del Convenio, lo ha asumido plenamente, habiendo cumplido tempranamente sus deberes internacionales, y todavía intenta culminar su fase adaptativa.

Consciente el autor de que el centro de gravedad del Tratado internacional de 2006 bascula, inequívocamente, sobre el artículo 12 del mismo, tratará, en consecuencia, de atribuirle la máxima eficacia posible según los términos del mismo Convenio y su alcance real y efectivo. Al mismo tiempo cree poder ofrecer alguna ayuda al legislador ordinario para salir airoso del actual embrollo y confusión en que, aparentemente, se debate, agobiado por varios plazos incumplidos y el interminable debate doctrinal originado.

2.2. *Variedad de factores que contribuyeron a su aprobación*

Dado que han confluído gran número de factores, internos y extrínsecos, sustantivos y formales, ideológicos, políticos y culturales, en la aprobación del citado Convenio, para su debida valoración habrán de tomarse todos ellos en consideración a la hora de interpretarlo y preparar su pleno cumplimiento en España.

La Asamblea General de la ONU no constituye, todavía, el parlamento de un Estado mundial, aunque algunos lo propugnen; de aquí que no cabe trasladar *pari passu* lo que habitualmente sucede en el interior de cada Estado miembro, para incrementar —acaso con exceso—, el valor que debe atribuirse a los acuerdos mayoritarios adoptados por aquélla, comenzando por analizar objetivamente el alcance de su *eficacia jurídica*, y compararlo adecuadamente con el derecho correlativo a la tutela judicial de cada uno de los ciudadanos afectados.

2.3. *Actitud vacilante del legislador español en fase aplicativa*

Por otro lado, aparte de la actividad, directa y coadyuvante de nuestro país, encaminada a la aprobación del texto, así como de la rápida ratificación de la Convención y de su Protocolo, hay que registrar la especial o singular actitud —acaso, poco explicable—, mantenida por el legislador ordinario en fase aplicativa, caracterizada por actuar con retraso, y por cierta dispersión y sucesión cronológica legislativa, generadora de confusión para el operador del derecho, habiendo expresamente aquélla dejado fuera, hasta ahora, y de modo significativo, al fundamental artículo 12.

2.4. *¿Dónde ubicar el derecho de la discapacidad?*

Tampoco cabe olvidar que son varios los sectores del ordenamiento jurídico, tanto privado como público, que reclaman su competencia en la materia relativa a la regulación de las personas con discapacidad, incluso, a veces, con pretensiones de exclusividad, aunque casi siempre con carácter concurrente, invocando la supuesta transversalidad de esta materia.

En efecto, el Convenio de 2006 ha venido a reforzar los argumentos de quienes propugnan que se trata propiamente de una *materia internacional*, ya sea por derivar inmediatamente de la Declaración de DDHH de la ONU de 1948, sobre derechos humanos, y de otras posteriores Declaraciones o Convenciones de la misma, siendo más bien escasos quienes se decanten exclusivamente por su *carácter comunitario*, aunque también están en vigor normas de este origen. Se abre paso entre nosotros, además, y se robustece, la posición que postula su decisiva nota de representar genuino *derecho constitucional* (recuérdense los arts. 49 y 50 de nuestra Carta Magna).

La doctrina clásica, elaborada en Europa sobre la base de los textos codificados de los siglos XIX y XX, considera casi unánimemente que en el artículo 12 del Convenio de la ONU se trata de una materia fundamentalmente de Derecho privado (en España, civil, foral o civil especial, y mercantil), radicada sistemáticamente en la regulación del Derecho de la persona (capacidad, incapacitación, instituciones tutelares y su complemento del Derecho registral civil), sin perjuicio de completarlo con las correspondientes normas procesales, laborales, administrativas, penales y fiscales, entre otras. No pocos autores la ubican en la teoría de los derechos de la personalidad, de amplia aceptación normativa y doctrinal a lo largo del fenecido siglo. Además, el desarrollo de la CE de 1978 ha conocido entre nosotros un interesante grupo de leyes, mayoritariamente administrativas, que constituyen actualmente un nutrido *corpus*, con ciertas pretensiones de completud, aunque, precisamente, la clarificación de sus relaciones con las citadas normas civiles puede, o bien complicar, o bien ayudar a clarificar nuestro tema. Añádase el Derecho autonómico a que aquellos preceptos constitucionales suelen referirse por vía de desarrollo y complemento, sin perjuicio de

su carácter de Derecho propio de las CCAA, con fundamento en la CE y en los Estatutos de Autonomía.

2.5. «*Ubi persona, ibi ius civile*»

Suele invocarse una vieja norma romana que fortalece y apoya una moderna visión iuscivilista del tema de la persona con discapacidad: *Hominum causa, omne ius constitutum est*. Hoy se interpreta —superadas las abandonadas significaciones primitivas y estrictas de dicho texto—, en el sentido de que la persona humana representa la razón de ser y el fin último del Derecho civil. Lo que se confirma con el medieval aforismo de que *ubi persona, ibi ius civile*. Ello conduce a definir el Derecho civil moderno como el conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas en que la persona se manifiesta como tal, sujeto de derechos y deberes, miembro, al menos, de una familia, titular de un patrimonio, para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia dentro del concierto social.

Para la civilística moderna, la persona no es, por tanto, una creación meramente discrecional del ordenamiento jurídico, sino un dato objetivo que se le impone, a cuyo servicio se promulga aquél, y que se traduce en la creación de numerosos instrumentos jurídicos en su ayuda y protección, a fin de que la persona intervenga personalmente en las relaciones humanas y en el tráfico, cumpliendo de este modo los fines individuales y sociales asignados a aquélla. La íntima correlación entre persona y *ius civile* se confirma en el dato de que éste acompaña a la persona —y a todas las personas— a lo largo de toda su vida, desde su concepción hasta su muerte. Podríamos decir que esta presencia del ordenamiento al lado de la persona, se efectúa de modo constante, aunque podría decirse que, en cierto modo, casi invisible o en la sombra, salvo en aquellas circunstancias que son clave para el ser humano (nacimiento, matrimonio, enfermedad grave, defunción). Acompañamiento del ordenamiento civil, siempre, con finalidad protectora o tuitiva (son muy raras las normas civiles de contenido sancionador en sentido penal), y aunque en las relaciones de tipo económico en que interviene en ejercicio de su autonomía contractual, lo hace siempre a su riesgo y ventura, y es sabido que, en caso de litigio, hay normalmente una persona que obtiene un beneficio y otra que sufre un perjuicio como resultado del pleito; sin embargo, en las relaciones personales y familiares, predomina siempre el *bonum filii*, el interés del menor y del adoptado, el beneficio de la persona con discapacidad, el interés más digno de protección, el interés familiar, etc.

2.6. Algunos supraconceptos civiles del derecho de la persona

Hay conceptos básicos del Derecho civil que no sólo han sido aceptados en todo el ámbito del Derecho privado, sino que han terminado por arraigar, generalmente, en el del derecho público, a veces con algunas singularidades (por ej. la mayoría de edad penal). Me refiero al tema de la capacidad de la persona física y a sus derivaciones.

Como resultado de una lenta y meditada evolución operada a lo largo de la historia en los territorios europeos que fueron gobernados y regidos por el Derecho romano, con final influencia de las Escuelas jurídicas alemanas (Escuela Histórica, Pandectística, Jurisprudencia de conceptos y de intereses) del siglo XIX y XX, se admite unánimemente que toda persona, cualquier hombre o mujer, por el mero hecho de serlo, incluso con anterioridad a una norma jurídica que lo ratifique, posee una titularidad total y global de sus derechos subjetivos civiles, entendiéndose por *capacidad jurídica* esa titularidad universal concebida en abstracto, cualesquiera sean las circunstancias concurrentes, de edad, sexo o estado civil, salud o enfermedad, ineptitud o destreza, etnia o religión, en la persona.

Sucede —dato de mera observación de la realidad biológica— que el ser humano es uno de los más lentos, entre todos los seres del reino animal, en alcanzar la plena evolución física y mental que le permita actuar independiente y responsablemente en la vida social. De aquí la necesidad de fijar ese momento de la mayoría de edad, que hoy, con buen acuerdo, se ha generalizado para todas las personas integrantes de un Estado (con independencia de su sexo, caracteres étnicos, religión, condición social, enfermedades, etc.), y se han hecho notables esfuerzos por unificarla también en amplias regiones del planeta (estando así fijada, en general, la de 18 años). Es un hecho —que no suele destacarse lo suficiente—, que en la persona humana mayor de edad confluye, normalmente, la plena capacidad jurídica y la también plena *capacidad de obrar*. Supone esta última que a la persona, no sólo corresponde la titularidad de un derecho o facultad, sino la plena aptitud legal, sea para poder ejercerlos, o no, para hacerlos valer en un sentido u otro, incluso con la posibilidad de transmitirlo a terceros, mediante precio o gratuitamente, y también la disposición *post mortem* para después de su muerte. La capacidad de obrar, de hecho, no resulta ser, en supuestos muy concretos y justificados, tan universal como la jurídica: en algunos casos se adelanta, incluso, a la mayoría de edad de la persona (celebración de matrimonio, *testamentifactio activa*, aceptación de la adopción, reconocimiento de hijos extramatrimoniales, etc.), y en otras se retrasa durante algunos años (capacidad para adoptar).

Por aducir ejemplos meramente académicos: el *infans qui fari non potest*, o el anciano absolutamente dependiente que padece alzhéimer en sus últimas fases, poseen ambos plena capacidad jurídica, si bien su capacidad de obrar se encontrará harto limitada, o, eventualmente, transferida al tutor según la sentencia de incapacitación. Los padres titulares de la patria potestad o la autoridad familiar, la ejercerán en su nombre y en su beneficio (el Derecho civil, normalmente, confía plenamente en el bien hacer respecto a las decisiones jurídicas, importantes o no, que adopten en su respecto mientras el hijo o el pupilo menores no vayan adquiriendo gradualmente su capacidad de obrar). La situación del enfermo dependiente puede ser, sin embargo, más variada en función de ciertas circunstancias personales y coyunturales (vivir solo, estar al cuidado de hecho de un familiar; o ingresado en un centro geriátrico que se ocupa íntegramente de su persona, acaso con la ayuda de un tutor judicialmente nombrado, o,

eventualmente, designado en un poder preventivo por el enfermo antes de manifestarse su enfermedad; o acogido en una Residencia de ancianos sin cuidadores específicos, etc.), pero en todos los casos se planteará necesariamente qué persona ostentará la legitimación jurídica suficiente para la realización, personalmente por el interesado o en su nombre, de actos de cierta trascendencia, cuya ulterior validez puede plantear problemas ulteriormente.

2.7. ¿Posible relatividad de la actual historia de la discapacidad?

La situación jurídica —podríamos traducir: el *estado civil*— del mayor de edad aquejado de determinadas enfermedades y defectos ha sido compleja y variada a lo largo de la historia del derecho, sin que —en mi opinión—, las etapas que se nos presentan ahora casi apodícticamente, posean más valor que el corresponder a los parciales e incompletos estudios realizados hasta aquí por especialistas. La historia del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad está todavía por escribir a nivel estatal, y, con mayor razón, a escala planetaria. Es un dato cierto que la situación social y jurídica que han padecido tales enfermos ha sido tributaria del estado en que se encontraba la rama de la Medicina encargada de su cuidado y tratamiento; también, en buena medida, de las concepciones religiosas, culturales y sociales vigentes en la sociedad de que se trate (hasta hace poco, generalmente, se han estudiado sociedades muy cerradas en sí mismas y celosas conservadoras de sus tradiciones). Afortunadamente, a partir del siglo XIX, hemos vivido un espléndido desarrollo de la Psiquiatría y de la Medicina en general, que han conducido a una profunda transformación en el tratamiento de tales enfermos, otrora considerados incurables, o, acaso, víctimas de castigos divinos, determinando políticas irracionales de castigo o de aislamiento social.

2.8. Aceleración del movimiento de reforma del derecho de la incapacitación

La aceleración de la reforma en el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad, se ha intensificado en Europa y en el mundo occidental, en el último cuarto de siglo, respondiendo a ideologías, concepciones sociales, y hasta supuestos concretos determinantes, no siempre de forma coincidente. Lo confirma un breve repaso a la reciente evolución legislativa de los países de nuestro entorno⁹.

⁹ Amplia información bibliográfica, preferente aunque no exclusivamente, italiana, en VIVAS TESÓN, Inmaculada, *Más allá de la capacidad de entender y querer (Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tutivo español)* 2012, (obra que consulto por benevolencia de la autora) en general p. 113-125; sobre Derecho francés, p. 40-42; austriaco, p. 42-44; alemán, p. 44-45; inglés, p. 45. Sobre Derecho francés: CASAS PLANES, M^a Dolores «Breve reflexión cerca del futuro de la incapacitación judicial (referencias a la reforma de la protección de mayores en Francia por Ley de 5 marzo 2007)», en VVAA *Hacia una visión global ...* cit. p.477-498; la bibliografía cit. se encuentra en notas 13, 14 y 19, correspondientes a p. 6 ss del CDR; PEREÑA VICENTE, Monserrat: «Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007», *RJNot.* septiembre-octubre 2007, nº 703, p. 2235 ss.

2.8.1. Francia

Quizá haya que otorgar a Francia la primacía en el tiempo pues en 1968 incorporó al *Code civil* la figura jurídica del *majeur protégé*, conservando en líneas generales, el marco tradicional de la *tutelle de famille*.

La reforma, al lado de las clásicas instituciones de la tutela y de la curatela, creó la figura del *majeur sous la sauvegarde de la justice*. En efecto, debido a un proyecto redactado por el *Doyen* CARBONNIER, se aprobó la Ley 68-5, de 3 enero 1968, inspirada en los principios de flexibilidad, personalización y subsidiariedad, dando una nueva redacción al Tít. XI del Libro I CC, ahora rotulado *De la majorité et des majeurs protégés par la loi*, comprensivo de los arts. 414 a 495-9. Interesan a nuestro propósito los siguientes preceptos:

Art. 414: Está protegido, bien con ocasión de un acto particular o de manera continua, el mayor de edad al que una *alteración de sus facultades personales* imposibilite cuidar por sí solo de sus intereses.

Art. 416: Cuando las *facultades mentales* estuvieren alteradas por una enfermedad, una dolencia o un debilitamiento debido a la edad, los intereses de la personas serán atendidos por uno de los regímenes de protección previstos en los capítulos siguientes. Los mismos regímenes de protección son aplicables a la alteración de las *facultades corporales* si impide la expresión de la voluntad. La alteración de las facultades mentales o corporales debe establecerse médicamente.

La ley establece como regla general, la capacidad de obrar de la persona que conserva las facultades de realizar todos los actos de la vida civil. Trata específicamente del mayor sujeto a la salvaguarda de la justicia, en los arts. 433 a 439. Casi medio siglo después, parece que la nueva figura protectora ha entrado en las costumbres de la sociedad gala, acaso por tratarse de una medida temporal, pues se circunscribe a un bimestre, susceptible de renovación semestral ilimitada. La medida protectora no actúa *ex ante* sino preceptivamente *ex post*. Así se garantiza la rescisión por lesión o la reducción de actos, contratos y otro tipo de compromisos que la persona mayor de edad hubiera podido celebrar durante la vigencia de tal situación, en caso de haberle causado perjuicio. Corresponde el ejercicio de la acción, en vida de la persona protegida, a las personas legitimadas para solicitar la tutela, y después de su muerte, a sus herederos. Puede decirse, por un lado, que esta persona no precisa tutor ni curador, sino que en su entorno se sabe de antemano que determinados actos llevados a cabo por tal persona están amenazados de impugnación si se prueba el perjuicio patrimonial que el acto le causó.

La experiencia parece que ha sido positiva, destacándose su sencillez, y la circunstancia de que tal medida concilia la conservación de la capacidad de obrar, sin sufrir restricciones jurídicas ni sociales; por razón de la autoridad que lo concede, se distingue entre el *procedimiento judicial*, que puede considerarse típico, en el que resulta

competente el juez del lugar de residencia del beneficiario; y otro *procedimiento médico*, solicitado al Ministerio Público del lugar en que se desarrolla el tratamiento, regulado por las normas del *Code de la Santé Publique*.

La Ley n. 308 de 5 marzo 2007, ha vuelto a reformar el sistema tuitivo francés, introduciendo novedades terminológicas, ya que habla de *protéger le faible sans jamais le diminuer*; o bien refiriéndose a *le monde des personnes vulnérables*. También ha introducido el *mandat de protection future*, además de introducir por vía reglamentaria, amplia ayuda social a favor de la persona necesitada de protección. En resumen, este país ha tratado de modernizar su sistema de asistencia tutelar, complementándolo con numerosas normas reglamentarias de carácter social.¹⁰ También ha reglamentado la figura del tutor profesional, figura no desarrollada entre nosotros, destinada, al parecer, a tener amplia aplicación en Francia.

2.8.2. Austria

La *Bundesgesetz 2 Febr. 1983 über die Sachwalterschaft für behinderte Personen*, inspirada al parecer en la Declaración de los Derechos del Deficiente mental de la ONU (1971), y con entrada en vigor el 1º julio 1984, ha sustituido parcialmente en Austria¹¹ el sistema de la declaración judicial de incapacidad por otro que gira en torno del *Sachwalter*, que suele traducirse entre nosotros por *Curador* (aunque no corresponde exactamente a las funciones del cargo de igual nombre en el régimen derogado).

Según el § 273 del ABGB, el Juez establece en cada caso las funciones que ha de ejercer en atención del grado de *enfermedad psíquica* que padece el enfermo, y que éste no puede gestionar, sin peligro o daño, careciendo de ayuda familiar o de instituciones de protección de incapaces. El curador puede solicitarlo el propio interesado o ser designado de oficio. Los actos realizados sin consentimiento del curador, son anulables. El juez puede autorizar al enfermo para disponer de una parte de sus ingresos sin necesidad de la intervención del curador, incluso aceptar donaciones y realizar actos no negociales. La persona conserva capacidad de obrar respecto de los actos no prohibidos por el Juez; puede contraer matrimonio y testar si tiene capacidad de entender y querer, y participa en las decisiones más importantes que le afectan. El procedimiento es oral y reservado, para proteger su intimidad. Este curador tiene carácter subsidiario y sólo se aplica a los enfermos psíquicos.

¹⁰ Se distinguen las siguientes modalidades:

- MAJ: Medidas de acompañamiento judicial
- MASP: Medidas administrativas de *acompañamiento social personalizado*.
- Finalmente, MJPM es la nueva profesión del Mandato judicial de protección de mayores.

¹¹ VECHI, «La riforma austriaca della tutela degli incapaci», *RDC*, I, 1987, p. 37 ss.; VENCHIARUTTI, «La protezione giuridica del disabile in Francia, Spagna e Austria», *Rivista Famiglia e Diritto*, II, XVII, 1988, p. 1455 ss.; KLEMENT, «Sintesi del sistema austriaco dell'amministrazione di sostegno (Sachwalterschaft)», en *Atti del Convegno di Roma (20 giugno 2002)* (a cura di PATTI), 2002, p. 79 ss.

2.8.3. Alemania

A principio de los años 90, inspirándose acaso en la experiencia austriaca, la Alemania reunificada (la *grosse Deutschland*), que logró mantener en vigor su prestigioso y famoso BGB de 1900, pese a dos guerras mundiales, al menos para una parte de su territorio (en la República Federal de Alemania —la *Bundes Republik Deutschland*—, con sede en Bonn), reformó en profundidad su régimen tutelar (basada fundamentalmente en *die alte «tutela iuris germanici»*, con principios diversos y hasta contradictorios con la *tutela iuris romanae*), mediante la Ley 48/1990 —con entrada en vigor el 1º enero 1992—, suprimiendo la incapacitación judicial, la tutela de los mayores de edad y la curatela, sustituyéndolas por la *Betreuung* o *Asistencia*, regulada en los nuevos parágrafos 1896 a 1908 letra k).

Después de la reforma¹², el marco organizativo externo se conserva pues subsiste el Tribunal de Tutelas, pero desaparecen el tutor y el curador, sustituido por el *Betreuer*, o Asistente.

La Ley de 1990 pretendió mejorar la posición jurídica de la persona necesitada de protección, salvaguardando en la medida de lo posible sus derechos personales y patrimoniales, mediante una amplia autonomía decisional que le permita organizar su propia vida conforme a sus ideas y deseos. Se abandonó así el viejo sistema de preferir la voluntad del tutor o curador sobre la de la persona protegida y la preocupación por sus bienes antes que el cuidado sobre su persona. Puede solicitarse un Asistente a causa de alguna dificultad en la gestión de sus propios intereses, bien por una *enfermedad psíquica, una deficiencia mental, un impedimento físico* o del espíritu. El Juez tutelar, a instancia del interesado o de oficio, nombra al *Betreuer*, el cual le asiste en los límites de las funciones específicamente asignadas, con la obligación de seguir, en lo posible, los deseos y necesidades del beneficiario, siempre que no le sean perjudiciales.

Paralelamente el legislador federal alemán introdujo un marcado principio de política social, pues se observó que la sociedad alemana deseaba que los enfermos con discapacidad fueron atendidos en su propia familia. Para facilitarlos y, eventualmente, fomentarlos se dispuso que el miembro de la familia que aceptara el cuidado del enfermo, percibiera un salario y fuera dado de alta en la SS. Apenas después de un decenio se comprobó que el sistema había llegado a ser inviable económicamente (los *Länder* fueron obligados a asumir los costes financieros del nuevo sistema, y no han podido hacerlo al cabo de cierto tiempo). En general, el alcance de la reforma resulta más amplio que en Francia, pues el Asistente se designa siempre según las necesidades de la persona con discapacidad, y se le encarga judicialmente que, en cada caso, trate de llevar a efecto la voluntad del asistido; lo que viene a coincidir parcialmente con la

¹² NAPOLI, *La Betreuungsgesetz. Dagli status alla flessibilità di protezione degli incapaci nella Repubblica Federale di Allemagna*, en RDC, 1995, I, p. 539 ss.

concepción anglosajona de la reforma, triunfante en el Convenio de 2006, de buscar, a cada persona discapacitada, un *traje a medida*. También está concebido con mayor amplitud que en Austria, que sólo legisló para enfermos mentales. Pero parece discrepar *prima facie* en aspectos puntuales, por ejemplo, de la filosofía del movimiento a favor de la vida independiente, predominante como sabemos en el UK y en USA.

2.8.4. Italia

La reforma italiana de 2004, inicialmente, parece responder más bien al patrón galo, pues la figura del *Amministratore di sostegno* se integra en el sistema tutelar vigente que, sin embargo, a diferencia de aquél, era de carácter judicial y no familiar, aunque con subsistencia del tutor y curador.

Desde España¹³ se ha considerado muy desacertado el uso de los términos *amministrazione* y *amministratore*, sugiriéndose los de asistencia, colaboración, acompañamiento, refuerzo, guía, auxilio, siempre y cuando estén desprovistas de toda connotación económica; considerándose muy adecuado el de *apoyo*, que se utiliza en la Convención de 2006 y responde a la idea de un sujeto que, meramente ayudado, puede desenvolverse por sí solo. Gráficamente se alude a la visión terapéutica o estimuladora de la persona, o que cumple la misión del bastón para quien se ha torcido el tobillo, o la barra para quien quiere viajar tranquilamente en transporte público.

En su régimen, se ajusta perfectamente al modelo social de discapacidad, por lo que cabría afirmar que se ha adelantado al Convenio de NY, y colma el vacío de asistencia de aquellas personas que no han sido incapacitadas aunque tienen algún tipo de dificultad para autogestionar sus propios intereses. Sus notas características son: 1) Elasticidad y flexibilidad frente a la rigidez de la incapacitación judicial, 2) Proporcionalidad de la medida judicial ajustadas a las particulares condiciones del beneficiario, respetándose al máximo su espacio de autodeterminación, 3) Idoneidad y adecuación del remedio, prevaleciendo el criterio funcional sobre el cuantitativo, y 4) Protectora de la persona en su integridad, y no exclusivamente de su esfera patrimonial.

Con todo, la cuestión más difícil de resolver es trazar la línea fronteriza entre la administración de apoyo y la incapacitación judicial. La jurisprudencia constitucional, secundada por la del Tribunal Supremo, parece relegar la incapacitación judicial a una función residual, entendiendo que la administración de apoyo no sólo es preferible en el plano práctico, sino también el ético-social por el mayor respeto a la dignidad del individuo. En consecuencia, la actuación del Juez tutelar debe inspirarse en la conservación, en todo o en parte, de la capacidad de obrar de la persona, valorándose al máximo cada espacio de autonomía, excluyendo en lo posible remedios invasivos,

¹³ Sigo el completo y reciente estudio sobre esta figura de Inmaculada VIVAS TESÓN, op. cit., pp.61 ss.

salvaguardando la autodeterminación del sujeto en dificultad, quien puede designar el administrador de apoyo, solicitar una medida concreta e indicar sus específicas necesidades. El artículo 409 establece que el beneficiario conserva la capacidad de obrar, para todos los actos que no requieren la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador de apoyo. Además, según el artículo 410, éste debe informarle acerca de los actos a realizar, lo que conduce a un diálogo frecuente entre el beneficiario y el administrador. Aparte del supuesto de que éste sea nombrado a propuesta de aquél, el Juez tiene amplias facultades de designación, recayendo normalmente en su entorno familiar, estando legalmente prohibido que lo sean los operadores de servicios públicos o privados que tengan a su cuidado o cargo al beneficiario. La duración del cargo de administrador es de diez años, siendo ilimitado cuando se trata del cónyuge o pareja de hecho.

2.8.5. Algunas conclusiones comparativas con el movimiento español de reforma del derecho de las personas con discapacidad

Globalmente, las reformas llevadas a cabo en España —la que he denominado vía hispana hacia la discapacidad— presentan analogías y diferencias con las hasta aquí expuestas en los países de nuestro entorno (curiosamente, la doctrina española ha preterido mayoritariamente para la comparación el sistema tutelar suizo, que, no obstante, ha gozado en su país de amplio tratamiento doctrinal y ofrece mayores coincidencias con el sistema codificado español que ningún otro europeo dadas las relativamente amplias facultades reconocidas a los Cantones en la regulación de la tutela). Esta dirección española de la discapacidad, ahonda en la dirección social —del que últimamente también se ocupa el Derecho francés, y había tratado de afrontar con relativo fracaso, el alemán—, con adecuado anclaje en el *Estado social de Derecho* que postula la CE de 1978. Nuestro legislador da actualmente la impresión de haber renunciado a la tarea de explotar hasta sus últimas consecuencias la modernización civil de la institución tutelar de 1983, la cual había abandonado el viejo modelo napoleónico que siguió *ad pedem litteris* la versión primitiva del CC, y se inspiró más bien en el sistema italiano del CC de 1942, y, más lejanamente todavía, en el derogado sistema alemán del BGB. En suma, el legislador ordinario español parece haber optado por un sistema propio, que, por un lado, no respeta íntegramente al CC ni se adecua del todo a las directrices que, según la dirección social, inspiran el artículo 12 del Convenio. De aquí *l'embaras du choix* que padece el intérprete, con riesgo de paralización en su tarea hermenéutica.

2.9. Análisis del artículo 12 de la Convención¹⁴

Cabe hacer una observación sistemática sobre este precepto, que podría llegar a tener algún significado en nuestra tarea hermenéutica. Es evidente que la Convención carece de una sólida estructura normativa, pues se limita a una sucesiva enumeración y acumulación de preceptos que, sin mucha razón intrínseca, se sitúan uno detrás de otro. Cabría conjeturar que, de no haber ocurrido el llamativo incidente de la nota a pie de página de dicho precepto, pactada en Comisión y eliminada en el pleno, el debate doctrinal ulterior acaso no se hubiera suscitado.

Partiendo de su enunciado, y dando por supuesto que éste ayuda a su interpretación, nos encontramos con una reiteración de axiomas iusnaturalistas sobre los derechos humanos. Se subraya el *reconocimiento* de un derecho fundamental, y no de su mera atribución *ex lege*, ni de su creación o constitución por obra del legislador internacional o estatal. Así viene a recordarse a todos los pueblos del mundo *la igualdad esencial de todos los seres humanos ante la ley*, pudiendo añadirse también al enunciado, ante la sociedad en general y ante cualquiera de las comunidades menores en que aquellos desarrollen su vida, como, encomiablemente, determinan las obligaciones generales de

¹⁴ En la redacción de este apartado tengo especialmente presente el sugestivo trabajo de GANZEMÜLLER ROIG, «La función del Ministerio Fiscal en la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad», en *Hacia un Derecho ... cit.* p.391 ss. Mi interés no es tanto lo relativo al tema central de su estudio, desarrollado a partir de la p. 399 ss, sino la interpretación que hace del art. 12 (p. 394-399) que le sirve de fundamento, y de la que discrepo en puntos importantes. Por otra parte, el autor ha sido el Fiscal encargado de presentar el Informe básico en la STS de 29 abril 2009, apoyando el recurso de casación, que fue desestimado por la Sala, dando lugar a una importante resolución en la que se fija la posición del TS ante el art. 12 del Convenio, objeto de este estudio.

El punto de partida adolece de vaguedad: «A las personas con discapacidad se les ha negado con frecuencia el derecho a ser iguales como cualquier otra persona ante la ley, simplemente por el hecho de existir una discapacidad. A algunas se les ha privado de poder ser inscritas en el registro al nacer y a otras se les ha limitado su capacidad civil, totalmente y sin necesidad, traspasándola a tutores que han abusado de la persona supuestamente protegida». No menciona a ningún país en concreto, ni casos determinados de nuestro país; es un catálogo o recopilación de supuestos abusivos que incide, de entrada, en una concepción subjetiva de la *capacidad civil*.

De ahí deduce la existencia de tres deberes distintos que obligan a todos los Estados-Partes. Los ejemplos que pone a propósito de la *obligación de respetar*, son poco acertados; en efecto: que los Estados no deben realizar experimentos médicos en personas con discapacidad sin su consentimiento, ni excluirlas de la escuela, parecería incluso innecesario reiterarlos. El deber de respeto a todas las personas se intensifica tratándose de personas con discapacidad, y afecta no sólo al Estado sino a los demás ciudadanos pues resulta y se deriva de su dignidad. Nada que objetar al *deber de proteger*. En cambio queda un tanto indefinida la *obligación de actuar*, que aparece referida al *pleno ejercicio de estos derechos*; ¿se trata meramente de los genéricos derechos a ser respetado y a ser protegidos?

Opta decididamente por el modelo innovador de *apoyos*, frente al de la *sustitución representativa*. Aquí radica, precisamente, el *quid iuris* que se resuelve mediante una, muy respetable, opinión personal. A su juicio, la Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona. Afirmaciones que no corresponden a la realidad jurídica. Quizá por ello más adelante acepta una distinción entre la toma de decisiones con apoyo y la toma de decisiones sustitutiva, lo que parece - de algún modo - contradictorio con la anterior postura que defiende.

los Estados parte enunciadas en su artículo 4, y las medidas que faciliten la toma de conciencia del problema, indicadas en el artículo 6.

El artículo 12.1, desciende a lo concreto y se refiere al grupo humano contemplado y protegido fundamentalmente en el Convenio: *Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica*. A las personas con discapacidad se refieren los arts. 1 y 2, en cuanto las definen o describen a efectos del Convenio (*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*), y también la específica definición de discriminación por razón de discapacidad (*cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables*).

En cuanto a *literalidad del texto* del citado apartado, surge el primer problema de interpretación, ya que si por *personalidad jurídica*, entendemos únicamente la capacidad jurídica, no hay problema para incorporarlo al ordenamiento español porque, de hecho, ya forma parte del mismo; pero si, además, se pretende incluir la capacidad de obrar de la persona con discapacidad, o, más difícil todavía, se sostiene que tal frase significa solo esta última, habría que reinterpretarlo en términos similares a los siguientes: «la persona con discapacidad debe poder disponer de medios jurídicos para su capacidad de obrar, tanto si lo ejerce por sí mismo como con apoyos de cualquier clase, de forma igual a las demás personas» (el mecanismo de actuación jurídica del representante voluntario es idéntico al del representante legal), lo que, de hecho, resultaría un lenguaje rebuscado o barroco.

Similar ambigüedad reaparece en el artículo 12.2. Nada que objetar si entendemos por *capacidad jurídica* lo que acepta la dogmática civilista moderna, pero surgen reservas si se incluye en dicha expresión la capacidad de obrar. No parece correcto, ni justo, imponer a los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte que reconozcan paladinamente *que las personas con discapacidad tienen capacidad de obrar en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*. Tal afirmación contradice la realidad física, psicológica, biológica, jurídica y social de muchas sociedades modernas.

Sólo parcialmente aceptable resulta, igualmente, el artículo 12.3, que junto con el 12.4, moderan en cierto modo lo axiomático con que aparece redactado el artículo 12.2. La *igualdad de condiciones* que este último establece es meramente una aspiración, un *desideratum* que muchas veces, ha estado y está ausente en el tráfico contractual. Por ejemplo, la legislación sobre protección de los consumidores, sólo desde hace algunos

decenios, trata de corregir esas deficiencias del mercado. El artículo 12.3 se fija en un aspecto parcial, a saber, *proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad (jurídica) de obrar*. Con ello se reconoce que muchas de tales personas necesitarán un *apoyo* (término de escasa precisión jurídica), y se pide a los Estados Partes que lo faciliten. De hecho cierto número de personas con discapacidad, por ejemplo, podrán así comprar sin daño para su patrimonio en los grandes supermercados (sin que les deslumbre la apariencia o les haga caer en sus redes la publicidad engañosa), o adquirir con las debidas garantías un vehículo adaptado a sus necesidades, o el piso en que desean vivir con independencia, pero otros muchos ni siquiera con tal ayuda podrán hacerlo, a menos que un tercero les *sustituya*, no en su capacidad jurídica, personalísima e intransferible, sino meramente en la de obrar. Es cierto que ese representante legal puede beneficiarse del cargo en provecho propio, abusando de su posición, pero los ordenamientos tienen remedios eficaces para evitar y corregir tales extralimitaciones. Por otra parte, el artículo 12.4 parece reiterativo, y debe desglosarse en sus diversos incisos.

Primer inciso. 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.

Sería más fácil de aceptar de no persistir la referencia inadecuada a la *capacidad jurídica*, o, al menos, si con el ejercicio de la capacidad jurídica se alude indirectamente a la capacidad de goce o de ejercicio de la persona con discapacidad. Si se refiere a la *capacidad de obrar*, apenas habría reservas; si acaso, completar la referencia al derecho internacional con las muy generalizadas medidas civiles y penales que la mayoría de ordenamientos sancionan, antes y después del Convenio, tales abusos cometidos por los representantes legales de incapacitados (recordemos el *tutor suspectus* del derecho histórico español).

Segundo inciso. Desarrolla lo relativo a las salvaguardias (otro término poco usado en lenguaje jurídico, que adolece también de vaguedad e imprecisión). Estas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias 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.

Parece que apoyos y salvaguardas se emplean como sinónimos, y por otra parte se acumulan en el precepto cuestiones no homogéneas. Con acierto el artículo 12 presupone una autoridad estatal que vigila y controla. En el Derecho comparado, hay sistemas tutelares de carácter judicial en los que un órgano de este carácter resuelve los problemas; en algunos países se debate ahora si la autoridad judicial está en condiciones de flexibilizar las medidas respecto de las personas con discapacidad; hoy también, en otros países, se han promulgado gran número de medidas administrativas

a favor de las personas con discapacidad, que no llegan de hecho, a ejercitarse ante los tribunales contencioso-administrativos. ¿Qué sistema ofrece mayores garantías? ¿el sistema tuitivo familiar, el judicial o el administrativo? No parece que el Convenio resuelva, ni pretenda resolver este dilema, ni siquiera que esté en condiciones de hacerlo. Lo que sí preceptúa claramente es que *se respeten los derechos de las personas con discapacidad*, afirmación, por lo demás, casi banal en un estado de Derecho. Más específico es que *se respeten... la voluntad y las preferencias de la persona*, aspecto —debe reconocerse— escasamente resaltado, hasta ahora, en los vigentes sistemas tutelares que autorizan su práctica. La ausencia de *conflicto de intereses* entre la persona con discapacidad, y quien le presta alguna forma de asistencia, es una preocupación constante en nuestro ordenamiento, y, en puridad, no sería preciso implementarlo. *El plazo más corto de aplicación*, apunta a los retrasos y dilaciones en que pueden incidir los procedimientos judiciales o administrativos para designar tales apoyos o salvaguardias; pero no parece, sin embargo, referirse a la *duración* de la medida de apoyo o salvaguardia, que parece ha de dejarse a la prudencia del legislador ordinario (medidas para un único acto, medidas duraderas en tanto se mantenga la situación de discapacidad, medidas indefinidas si ésta se considera irreversible). Considero, por otra parte, muy realistas los *exámenes periódicos* que deben efectuarse respecto del funcionamiento efectivo de las medidas tuitivas del juez. El régimen tutelar instaurado en España, en 1983, no prohíbe, sino que, a mi juicio, postula, *un régimen de seguimiento* tanto de la tutela como de la curatela, que, por múltiples circunstancias, sólo esporádicamente realizan, de hecho y en general, los órganos judiciales competentes. Continuidad, por otra parte, en la asistencia social que tampoco ha funcionado coordinadamente entre nosotros. En cuanto a los órganos judiciales el tema puede llegar a replantearse, entre nosotros, la razón de ser de los *Jueces de Familia*, y de la adecuada dotación de medios instrumentales para cumplir más eficazmente sus funciones. También debe reflexionarse seriamente sobre la implantación de *Tutores y curadores profesionales*, siguiendo el modelo francés de 2007, con el consiguiente problema de su financiación que permitiría alejarnos definitivamente en España del modelo tuitivo familiar que, en este aspecto, arrastramos desde 1889.

Inciso tercero. En este desordenado párrafo se encuentra una importante regla relativa a que *las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las medidas*. Regla de la proporcionalidad ya vigente en el derecho español en relación con la sentencia de incapacitación, bajo la regla de la gradualidad.

El artículo 12.5 es, finalmente, un deplorable ejemplo de legislación de la ONU, impropio de un Tratado internacional que, de suyo, aspira a incorporarse a los ordenamientos internos de países con larga y esmerada tradición legislativa privada.

Además de lo examinado en el artículo 12, apartados 1 a 4, en el artículo 12.5 se comienza enunciando solemnemente una especie de *regla de cierre* del precepto,

según la cual *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 los demás*; lo que viene a representar un *totum revolutum* en el que no se sabe qué admirar más, si la pluralidad de personas que, probablemente, intervinieron en su poco afortunada redacción, o el grado de desconocimiento jurídico de la vida real que acusan en los diversos Estados Parte.

Veámoslo en detalle:

- Garantizar *el derecho a ser propietario*. Resulta que sólo en los regímenes comunistas, (aunque recientemente en algunos supervivientes, con reciente y sorprendente flexibilidad) se niega a los ciudadanos el derecho a ser propietarios de los bienes de producción, mientras que en los restantes se combina, en diversa proporción, la propiedad de los particulares y de las entidades públicas; cabe preguntarse ¿se resignarán estos últimos a no adherirse al Convenio, o lo suscribirán con reservas? Estrictamente lo que se veda es el trato discriminatorio que se dispense a las personas con discapacidad respecto de los demás conciudadanos, pero ¿acaso no es también la propiedad privada un derecho fundamental de la persona?
- Garantizar *el derecho de heredar*. Suele ir unido al reconocimiento pleno de la propiedad privada, que implica la *testamentifactio activa* (a disponer por causa de muerte) y la *pasiva* (a suceder por dicho título).
- Garantizar *el derecho a controlar sus propios asuntos económicos*. Dada la amplia redacción de sus términos, lo que plantea este caso es una interesante cuestión ¿se trata de garantizar el poder *convertirle en hombre de negocios a una persona con discapacidad*, de modo que pueda gestionar autónomamente su propia empresa, o, eventualmente, la de terceros a título oneroso? Parece que la *mens legislatoris* ha concebido este derecho o facultad en sentido sumamente amplio, aunque debe reconocerse que, en la práctica los asuntos litigiosos suelen encaminarse, más bien, a prever las consecuencias de una reducción de la capacidad de obrar en este campo (se trata de alguien que se dedicó con éxito a los negocios durante mucho tiempo, y, en cierto momento de su vida, comienza a declinar en sus facultades, y sus familiares se alarman. Con todo no tendría que ser impensable que una persona con discapacidad de nacimiento, formado con tal finalidad, trabajador durante algunos años en una empresa gestionada por tales personas, deba ser reconocido judicialmente como apto para gestionarla en el futuro (precisando quizá, que sólo en *esa determinada empresa* y no en otra diversa).
- Sucesivamente se desglosa de algún modo, en forma de ejemplos, el derecho a gestionar sus asuntos económicos: así garantizar el *derecho a tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades*

de crédito financiero. Se trata de operaciones singularmente sensibles en periodos de crisis como los actuales, que la Banca debe asegurar y el Estado controlar en defensa de los consumidores.

- La norma de cierre tampoco es afortunada pues no se trata ya de actos y contratos frecuentes en el tráfico (préstamos, hipotecas, etc.) sino del deber de los Estados Partes *a velar por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria*; con ello parece aludirse a conductas penales (desde el timo de la estampita, hasta estafas, hurtos y robos, apropiaciones indebidas con alguna sofisticación, etc.) que en la mayoría de los países integran figuras de delitos, y que, a mi juicio, no parece necesario insertar en este Convenio.

Una conclusión provisional parece imponerse: si el artículo 12 representa el quicio o el centro de gravedad de todo el Convenio, tal función se cumple imperfectamente por el mal uso u omisión de macro conceptos utilizados habitualmente en la dogmática europea moderna, por el empleo de términos definitorios escasamente adecuados, y por el abuso de generalizaciones. No parece clara la voluntad de la ONU de imponer a los Estados Miembros que lo ratifiquen, un novedoso sistema tutivo de las personas con discapacidad. En algunos países funcionan desde bastante tiempo sus sistemas propios, que no parece, *ab initio*, deban imperativamente sustituirse *a radice*. Sería más razonable incorporar o recoger algunas nuevas orientaciones, en lugar de que algunos Estados Parte acepten un sistema tutelar de protección, que constituye una *institución desconocida* (como ocurre en los países musulmanes), ni, al contrario, que lo abandone necesariamente cuando recientemente lo introdujo, como lo hizo Alemania.

Creo que no hay razones —en aras de un hipotético *ejercicio de imaginación*— para abolir la tutela y curatela como figuras básicas del sistema tutelar español de las personas mayores con discapacidad. Lo que, a mi juicio, sí debe hacerse es aprovechar esta oportunidad de desarrollar el artículo 12 del Convenio de 2006 en el ordenamiento interno, para replantearse la finalidad y funcionamiento de tales instituciones, pues, a mi juicio, los principios que inspiraron las reformas de 1983 y sucesivas no se han agotado entre nosotros, legislativamente hablando. Sin duda, hay que seguir proporcionando mayor protagonismo al tutelado o sometido a curatela, fomentando las diversas modalidades de autotutela, y, en general, el mandato preventivo superando las timideces de nuestra última reforma. Seguramente habrá que repensar el CC para ver si la curatela se convierte en la medida de asistencial general, especialmente la dedicada a los enfermos mentales. Pero habrá que preparar adecuadamente a las personas para el ejercicio de esta función, incluso pensando en la posibilidad de su profesionalización (igual que a los tutores). No estoy seguro de que *le majeur sous la sauvegarde de justice*, o la persona *sotto l'amministrazione di sostegno*, deban importarse a España pues, acaso, podrían originar todavía mayor confusión que la existente; quizá bastaría con que el Juez nombrase un curador para un asunto concreto o una actividad determinada de la persona discapacitada. La especialización

judicial parece condición indispensable para que el sistema implementado con base en el Convenio funcione efectivamente. La coordinación con el sistema de protección social me parece indispensable. No parece razonable, por otra parte, que la sentencia de incapacitación judicial se valore jurídicamente, en todo caso, por debajo de una declaración de discapacidad administrativa. La aclaración de esta cuestión me parece urgente.

2.10. *La doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Sentencia del Pleno, de 29 de abril de 2009)*

La doctrina establecida en esta sentencia del TS tiene un valor jurídico de singular importancia mientras el Poder legislativo no cumpla con su deber de adaptar el artículo 12 del Convenio de 2006 al ordenamiento interno. Se ha pronunciado por el Pleno de la Sala 1ª, lo que significa una garantía de mantenerla en el futuro. Al margen de confirmar la doctrina sustentada en ambas instancias, es buen ejemplo de una *sentencia culta* con variedad de argumentación y pertinentes referencias de Derecho comparado, y, sobre todo, responde puntualmente al recurso del MF que plantea abiertamente la posible aplicación de dicho precepto “onusino” al caso objeto de debate. Es un fallo adoptado por unanimidad, sin votos particulares que pudieran arrojar alguna sombra de duda sobre la doctrina sentada, y aparece encomendada su Ponencia a la Excmª Srª. Dª. Encarnación ROCA TRÍAS, especialista en Derecho de familia, y que en la actualidad ocupa una plaza en el TC.

En el 8º FD se afirma literalmente:

«Queda acreditado en la prueba practicada que Dª V. está afectada por una incapacidad total y permanente que limita funcionalmente la capacidad para regir su persona y administrar sus bienes. Tal como se ha argumentado en los anteriores Fundamentos, la incapacitación, con el consiguiente nombramiento de tutor, es una medida de protección para quienes no pueden autogobernarse y por tanto se toma en su beneficio y no en el de familiares o de otras personas del entorno. En consecuencia no es posible someter a una persona que sufre las limitaciones que quedan probadas en el presente procedimiento a una medida cautelar como es la curatela, que es una institución de guarda de la persona a la que se nombra un asistente en atención a su grado de discernimiento, para que pueda realizar determinados tipos de actos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 289 CC; la curatela es un órgano estable, pero de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino completar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos. La diferencia se encuentra entonces en que el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere de un complemento de capacidad»¹⁵.

¹⁵ Sin duda, en este FD la sentencia alude a *capacidad de obrar*. Más adelante ello se precisa con toda claridad.

La sentencia del TS rechaza el recurso de la madre y de algunos de sus hijos, confirmando la SAP de Salamanca dictada en 2006, que, a su vez, confirmó la SJPI nº 3 de Salamanca de 2002 (salvo en el punto relativo al ejercicio solidario de la tutela por las dos hijas designadas cotutoras), que había declarado la incapacidad plena. Hasta aquí, nada extraordinario, salvo lamentar que estos procesos se demoren más de nueve años en resolverse definitivamente, tratándose de personas normalmente de edad avanzada. Tiene razón —en este punto—, la previsión que se contiene en el artículo 12.4 del Convenio cuando encarece que la medida que se acuerde, se dicte respecto de la persona con discapacidad en el plazo más breve posible.

Doctrinalmente, el valor añadido a esta STS es que contiene una respuesta *oficial* a la solicitud del MF que postuló la estimación del recurso constituyendo la curatela en favor de la madre, con carácter provisional, ya que desde el contenido de la Convención y la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, procede la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo, que requerirá necesariamente de una profunda —si no nueva— reforma legislativa, y por ello el MF considera necesario que, por parte de la Sala, pueda marcarse el camino interpretativo de los aspectos fundamentales de su aplicación.

En el 5º FD se aborda con claridad el tema central, a saber: en determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces. Ante todo recuerda que España, en aplicación del artículo 49 CE ha tomado la iniciativa en la protección de este grupo de personas que por sus características personales pueden sufrir una serie de limitaciones en su integración social y ello se ha realizado tanto en el campo del Derecho civil como en el ámbito del bienestar social (Ley 13/1983, Ley 41/2003, Ley 51/2003 y Ley 39/2006). Pero, para deslindar los respectivos campos, aclara que cual debe ser la forma de identificar la situación jurídica de estas personas, no pertenece a este Tribunal decidirlo; será el Poder legislativo quien va a tener que fijar las normas para su nominación, porque esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las instituciones de protección. Entrando en el análisis afirma que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que será necesaria una forma de protección adecuada. Con cita de la conocida STS de 5 marzo 1947, puede afirmar que la tradición interpretativa de esta Sala siempre ha sido favorable a las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad. La actual regulación de las medidas de protección se basa en tres soluciones, a su vez adaptables a cada concreta situación; a) la incapacitación; b) la curatela, y c) las medidas a tomar en caso de personas con discapacidad no susceptibles de incapacitación respecto a aspectos patrimoniales, regulada en la reforma del CC efectuada por Ley 41/2003.

El libre desarrollo de la personalidad está recogido en el artículo 10 CE, que se basa en el reconocimiento de la dignidad de la persona. En consecuencia, la regulación de la persona desde el punto de vista jurídico no puede fraccionarse, porque la unidad del valor persona, impide la división en bienes o situaciones aisladas. En el artículo 10 CE la persona es un valor, que debe ser tutelado por el legislador y el juez, porque existe un interés jurídico protegido en el ordenamiento. El problema que puede plantear la entrada en vigor de la Convención y la necesidad de interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico a la luz de estos principios consiste en cómo integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer. Y ello partiendo de una base indiscutible de acuerdo con la que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan sólo puede adoptarse como un sistema de protección.

Debe ser positiva la respuesta a la pregunta de si está de acuerdo con los valores constitucionales una regulación específica de la situación jurídica del incapaz. Todas las personas, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica. Los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular.

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

- a) La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección. En este sentido siempre ha sido entendida la incapacitación por la Sala 1ª (SSTS de 16 septiembre 1999 y 14 julio 2004).
- b) No es argumento para considerar la incapacitación como institución contraria a los principios de la Convención el que pueda constituir una violación del principio de igualdad, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir sus personas y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismos. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Por tanto, en principio el CC no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo está justificada, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.

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

Otra cosa distinta es si el sistema de protección debe ser o no rígido, en el sentido de que no debe ser estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección y además, constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección.

La incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable. Sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1º). Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC 2º). La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. No se trata de un sistema de protección de la familia, sino únicamente de la persona afectada.

En el 8º FD la sentencia analiza y desestima los diversos motivos de casación, utilizando la argumentación general anteriormente expuesta con apoyo en la real situación mental en que se encontraba la enferma, estimando adecuada la declaración de incapacitación total, que obliga a constituir el régimen tutelar en su plenitud.

3. CONCLUSIONES-PROPUESTAS

3.1. *Que la incorporación del art. 12 se haga pronto, pero, sobre todo, que se haga bien*

El artículo 12 de la Convención de 2006 debe ser incorporado (sinónimo de *implementado*) al ordenamiento interno español. No hacerlo, sería incumplir una norma internacional que voluntariamente asumimos, al suscribirla y ratificarla. Dado que el legislador español ha impuesto una *vacatio* a tal implementación, debe aprovecharse el plazo de espera para que la incorporación sea adecuadamente correcta, plenamente coherente con el Convenio y que no represente un *corpus estraneus* en dicho ordenamiento, al que los juristas españoles nos debemos. No tendría sentido, por ello, estimular excesivamente a nuestro legislador si el fruto de su laboriosa operación resultara ser ineficaz, o, incluso, perjudicial para los destinatarios

de la norma. Podemos concluir inicialmente: *Que se haga cuanto antes, pero que se haga bien.*

3.2. *El art. 12 requiere interpretación*

Resulta evidente que el artículo 12 es una norma farragosa, ambigua no susceptible de interpretación literal, ni por tanto, de incorporación tal cual. Hacerla nuestra, sin más, en lo relativo a la capacidad jurídica y de obrar de la persona en general, sería torcer o forzar el sentido habitual de tales términos en importantes sectores de nuestro propio ordenamiento. No parece que hayamos asumido con la ONU el compromiso de alterarlo simultáneamente. Aun en el supuesto de limitarnos exclusivamente en la implementación de dicho precepto a la actuación jurídica de las personas con discapacidad, introduciríamos a sabiendas un factor de confusión jurídico, a lo que ningún Estado Parte, parece, se haya comprometido.

3.3. *El art. 12 posee contenido vinculante propio y obliga a España*

Pero hay que insistir en que dicho precepto posee un *contenido propio que obliga directa e inmediatamente a los Estados Partes*. Por otra parte, aunque en la ONU no haya un estricto calendario vinculante para la adopción sucesiva de Convenios internacionales derivados de la DDHH de 1948, parece puede afirmarse que el Convenio de 2006, —debido probablemente a la actuación en las NNUU de un poderoso *lobby*—, se adelantó en su discusión y elaboración, a la aprobación de otros tratados (por ej. el relativo a los Derechos de las Personas Mayores que se inició en 1981 con la Primera Conferencia mundial sobre el envejecimiento en Viena, y que todavía espera su turno).

Este dato, puramente fáctico, en nada disminuye su valor jurídico, pero relativiza, en cierto modo, el momento de su aprobación. Surgen algunas preguntas circunstanciales: El Movimiento que propugna una concepción social de la discapacidad ¿posee hoy día suficiente aceptación universal para, a través de los Tratados internacionales, imponerla a todos los ciudadanos del planeta?, ¿se ha calculado, por otra parte, el costo del sistema de acceso universal? El condicionamiento de determinadas enfermedades a la existencia de las denominadas *barreras* ¿está suficientemente perfilado, conceptualmente hablando, y socialmente arraigado para llegar a imponer un concepto de persona con discapacidad que sea también universalmente aceptado?

3.4. *Coincidencia parcial con la vía hispana a la discapacidad*

Por otra parte, la ratificación del Convenio de 2006 por nuestro país se produce en un interesante momento histórico, que presenta luces y algunas sombras a la hora de implementarlo en su integridad.

Desde 1981, y en cumplimiento del artículo 49 CE de 1978, se ha iniciado en España lo que he denominado, con cierta aproximación, una *via hispana vs el Derecho de la Discapacidad*, que ha logrado un desarrollo importante en materia de protección social de las personas con discapacidad¹⁶, y otro paralelo de naturaleza fundamentalmente civil en torno a las instituciones tutelares, que culminó en la Ley de 1983 con sus posteriores reformas. La mayor sensibilidad social hacia estos problemas, el desarrollo de la Medicina (y sus ramas, como la Gerontología), la Psicología y la Asistencia social, así como las nuevas técnicas que han mejorado las condiciones de vida de las personas con discapacidad, han originado una difundida preocupación científica, política y jurídica, manifestada también coetáneamente en varios países europeos continentales de nuestro entorno. Ello contribuye a que el debate en torno al artículo 12 del Convenio pueda alcanzar resultados positivos. Aunque también haya que superar obstáculos derivados de la existencia de normas iguales o similares vigentes en nuestro país.

3.5. Civilmente el movimiento arranca de la reforma de la tutela en 1983

Entre nosotros, la Ley civil de 1983 gira en torno a dos órganos tutelares permanentes: la tutela y la curatela. En 1889 se había otorgado primacía en su organización, a las disposiciones de la familia de la persona con discapacidad, de forma que el tutor y el curador, junto al Consejo de Familia (cuidadosamente elegido entre miembros de ambas ramas familiares del enfermo), y, en último término, la superior vigilancia del Juez, que intervenía *a posteriori*, a veces con escasa eficacia. El sistema de tutela familiar fue sustituido, con amplio apoyo doctrinal, por el sistema de autoridad, de suerte que el Juez, en adelante, ejercerá funciones directas e inmediatas, tanto en la designación del tutor y curador, como en los actos de gestión que aquellos lleven a cabo conforme a sus instrucciones (cfr. arts. 231-233).

Al cumplirse treinta años de producirse la gran reforma tutelar, quizá ha llegado el momento de analizar su funcionamiento efectivo entre nosotros. Se constata, en efecto, cierta renuencia por parte de los familiares de la persona con discapacidad a interponer un proceso de incapacitación para solicitar el nombramiento del tutor o del curador. En consecuencia, cierto número de enfermos ha concluido así su existencia sin llegar a ser judicialmente incapacitados (lo que ha suscitado últimamente la preocupación en la doctrina por los efectos jurídicos de la guarda de hecho; preocupación acaso excesiva si se lleva muy lejos, porque la ley no parece el lugar adecuado para ocuparse de tales situaciones, ya que, el hecho de hacerlo es una forma de confesar la ineficacia de la normativa en la efectiva regulación de la materia). La mayor longevidad y la existencia de pensiones sociales y otras prestaciones a favor del colectivo, han removido en los últimos años el interés por la incapacitación judicial, y ulteriormente se ha incrementado su número, aunque parece que tardará en alcanzar

¹⁶ GANZEMÜLLER ROIG, op. et loc. cit., p. 392, habla de *asombroso paralelismo*.

al de personas administrativamente declaradas con discapacidad o dependientes, cuyo procedimiento se ha demostrado, en la práctica, más ágil que el del CC.

3.6. *Variedad de las situaciones fácticas de discapacidad*

Entiendo necesario que se conserven en el ordenamiento español lo aludidos, mega o supraconceptos de capacidad jurídica y de obrar en el sentido que los utiliza la Dogmática europea. Es un hecho constatado que en la sociedad del siglo XXI las personas con discapacidad mantienen por más tiempo, y a veces logran mejorar, su propia capacidad de obrar. Ello deberá traducirse al campo jurídico; a mayor abundamiento cabría decir que la mayor satisfacción humana que puede tener un Juez civil es restituir a una persona incapacitada su plena capacidad de obrar. La discapacidad, actualmente, es variable a lo largo de la vida de la persona enferma; la cual, a veces mejora, e, incluso, puede curar, aunque, no infrecuentemente, empeora. El juez, en todo caso, y al margen de sus sentimientos personales, deberá actuar en consecuencia.

Suele proponerse, en los diferentes proyectos de reforma, que debe establecerse una gradación legal entre la tutela y la curatela. Quizá el problema se desvirtúa si decimos, sin más, que una de ellas se debe aplicar con carácter general y la otra sólo excepcionalmente. Lo único excepcional, a efectos legales, es, precisamente, la discapacidad, en general, de la persona. Aquella postura aparece, más bien, inspirado en el *disfavor* con que se valora actualmente, en ciertos sectores, a la tutela. Sin embargo, el ordenamiento ofrece a los ciudadanos esos dos mecanismos de asistencia protectora. La frecuencia de la utilización de uno u otra vendrá dada por el número de personas que padezcan unas u otras carencias. La realidad muestra que hay personas con discapacidad que carecen plenamente de entendimiento y voluntad; son dependientes al 100% y el problema se traslada a buscar la persona adecuada para sustituir su voluntad en el acto jurídico de que se trate. Si en una comunidad determinada resulta que la mayoría de incapacitaciones que se tramitan es de carácter pleno y absoluto, no habrá que concluir por ello que allí se aplica el viejo esquema tutelar, sino que el Juez, a la vista de la prueba y de su examen personal del enfermo, cree justo establecerlo. Pero si, cuantitativamente, en un barrio o sector de la comunidad resulta que la mayoría de incapacitaciones por enfermedad mental que se tramitan son parciales, y se les asigna un curador, ello significará que el Juez cumple la ley, no aplicando estereotipos o categorías mentales, sino buscando el instrumento más eficaz para adaptarlo a la situación de cada enfermo. De hecho la curatela resulta ser el *apoyo* (según terminología del art. 12) más flexible de la asistencia tutelar, que puede alternarse con la tutela parcial para ciertos actos o negocios, y, eventualmente, con alguna forma de asistencia o acompañamiento que, eventualmente, pudiera incluirse en la normativa. Pero es posible que haya situaciones de discapacidad que no encajan adecuadamente en las actuales tutela y curatela. En todo caso, no parece que deba otorgarse excesiva importancia al aspecto puramente terminológico de las instituciones jurídicas. No veo notable ventaja en que se utilice la frase *proceso de*

modificación de la capacidad de obrar, en vez del denostado *proceso de incapacitación*, pero tampoco me opondré al primero si el sistema jurídico aplica correctamente las nociones de *capacidad jurídica y de obrar*. Tampoco entiendo la resistencia a utilizar el sustantivo *discapacidad* para referirse a la situación de la *persona con discapacidad*, pues, como afirma DE LORENZO, se trata de dos visiones, una objetiva y otra subjetiva de la misma realidad. Que, por regla general, las leyes aprobadas se revisen antes de su promulgación, para realizar su corrección de estilo, parece una obvia necesidad o suma conveniencia.

3.7. *Conveniencia o necesidad de permanentes estudios sociológicos sobre los efectos sociales de estas reformas*

Resulta también evidente la utilidad de que, a nivel nacional, se hagan *estudios sociológicos*, incluso con carácter permanente, sobre el funcionamiento del actual régimen tutelar: ¿Qué número de personas legitimadas, y con qué porcentaje respectivo, solicitan judicialmente cada año la incapacitación de los enfermos?; en particular ¿Con qué frecuencia la solicita el propio enfermo? ¿O el MF¹⁷? ¿Cómo han evolucionado los porcentajes respectivos en el último decenio, y según las distintas CCAA? ¿Con qué frecuencia se hace uso de las denominadas *autotutelas* y *mandatos preventivos*? ¿Cómo funciona la coordinación entre el sistema administrativo y el civil de proteger a las personas con discapacidad? (así se comprobará el cumplimiento del art. 230 CC).

Es probable que todavía la mayoría de incapacitaciones judiciales se solicite por los miembros más próximos de la familia del enfermo (cónyuge, hijos), aunque últimamente parece cambiar la tendencia. Si se analizan en su detalle los procesos de incapacitación (con pleno respeto a la intimidad personal y familiar, como es obligado), se comprobará, en algunos casos, la existencia de tensiones familiares —a veces muy fuertes— provocadas por motivos claramente patrimoniales, en las que, habitualmente, un padre de familia demandado trata de defenderse argumentando sobre su lucidez y destreza para los negocios, harto demostradas en tiempo pasado. Entre los familiares suele haber, con frecuencia, el temor de que el estado mental del padre empresario les conduzca a la ruina de la familia; otras veces aparece clara la ambición de una parte de los hijos que pretenden gestionar en beneficio propio el cuantioso patrimonio familiar. Sería interesante cuantificar los casos en los que aparece en primer término el bienestar del posible enfermo, y comprobar quién aspira a lograrlo, y con qué medios, así como el uso que se esté haciendo, en la práctica, de las recientes figuras del patrimonio protegido, de la autotutela y del mandato preventivo. Hay que ser conscientes de que el mero cambio de sistema tutelar sería ineficaz si no

¹⁷ Con relación a los años 2006 y 2007 hay algunos datos interesantes relativos a la intervención del MF, en el trabajo de GANZEMÜLLER ROIG, «La función del MF en la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad», *Hacia un Derecho ... cit.* p. 400. El número de incapacitaciones solicitadas por el MF, en dicho bienio, duplica al solicitado por los particulares, y en ambos se ha incrementado, respectivamente, en tres mil y dos mil, el número de demandas relativas al año anterior.

cambian la cultura y los hábitos de las personas que regulan su vida según las normas codiciales. Por ejemplo, la conciencia de que la edad inevitablemente afecta a las facultades intelectivas y volitivas, y el saber que la ley le facilita elegir a la persona que puede ayudarle en la última etapa de su vida, ya sea en calidad de tutor, de curador o, eventualmente, de mero acompañante o asistente, si tal figura se incorpora al CC.

La introducción de tales figuras, ha obligado recientemente al legislador, por ejemplo, a alterar el orden de prelación para la designación de tales cargos, en el artículo 234-1º. Si entendemos que nadie conoce mejor sus verdaderas necesidades y la ayuda que le conviene, que el propio interesado, es lógico dar la primacía al designado por él, tanto para el cargo de tutor como de curador, y, eventualmente, para otorgar cualquier disposición de las que autoriza el artículo 223.2: «Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor». A distancia de más de un decenio de la introducción de estas reglas en el CC parece conveniente comprobar fácticamente si esta novedad de la Ley 41/2003 ha arraigado ya, o está a punto de hacerlo próximamente, en los usos ciudadanos, o si por el contrario sigue quedando sin uso.

3.8. *El «non nato» seguimiento efectivo del funcionamiento de las instituciones tutelares en sentido amplio*

También puede comprobarse si la normativa de 1983 se ha utilizado hasta sus últimas consecuencias, y, especialmente, en el aspecto relativo al *seguimiento de las tutelas*. Para ello habrá que examinar —y, acaso, reexaminar— las normas del Código civil en vigor.

3.8.1. Función vigilante del Ministerio Fiscal

El principio general se establece en el artículo 232: «La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado». La norma procede de la reforma de la adopción en 1987. Aunque doctrinalmente se califica a la tutela, en sentido amplio, de *oficio de Derecho privado*, ello debe compatibilizarse con su carácter público, derivado de seguirse el sistema judicial reforzado por la especial función encomendada al MF. Todo lo cual estimo se adecua a la Convención de 2006, que sistematiza acertadamente la protección de las personas con discapacidad en el marco de los derechos humanos. Aquella norma justificaría que la Fiscalía de las Audiencias se dirigiera a los organismos administrativos que tramiten expedientes de discapacidad para que obligadamente les comunicaran todos los datos pertinentes. Sociológicamente interesaría comprobar en la práctica, si esta medida de comunicación ha funcionado con fluidez.

En el pár. 2º del artículo 232 se concreta todavía más la función de vigilancia fiscal, pues «en cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación [...] del incapacitado y del estado de la administración de la tutela». Es decir, tanto sobre la persona como sobre los bienes del tutelado; y también hay que referirlo al sometido a curatela dado el carácter general de la sección 1ª. De aquí se deduce que el propósito de la norma es que el MF pueda tener en su poder el expediente íntegro de cada tutela o curatela que se han tramitado en la oficina judicial. ¿Qué impide, por tanto, poner en marcha el seguimiento fiscal de las tutelas y curatelas constituidas?

Luego, si el MF advierte que el estado del incapacitado mejora, o requiere un tratamiento distinto, o, por el contrario, se agrava su enfermedad, deberá solicitar al Juez lo que proceda, siempre *en beneficio del tutelado* (o sometido a curatela) según el artículo 216 pár. 1º. Téngase, además, en cuenta, lo dispuesto en la DA única de la Ley 1/2009 sobre las facultades de solicitar información jurídica y económica en relación con la rendición de cuentas, anuales y finales de la tutela, así como la reciente actuación de la Fiscalía General del Estado (Instrucción 4/2008 sobre control y vigilancia por el MF de las tutelas de personas con discapacidad, y la Instrucción 4/2009, de 29 diciembre, relativo al ámbito funcional de las secciones especializadas en materia civil).

3.8.2. Obligaciones del Juez respecto de cada tutela o curatela constituidas

Aparecen descritas en un precepto de aspecto residual, al final de la sec. 1ª, pero que, a mi juicio, requieren nueva consideración, en general, y a la luz de la integración del artículo 12 del Convenio. Quizá radiquen aquí las últimas causas de las deficiencias que la doctrina más moderna y mejor sensibilizada encuentra en el vigente sistema tutelar del CC Veamos ante todo su contenido normativo:

«El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado. Asimismo podrá, en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del [...] incapacitado y del estado de la administración».

Estas medidas no son —pese al término *podrá*— meramente discrecionales, sino que se enuncian en función del *beneficio del tutelado* (en nuestro caso, la persona con discapacidad). De darse éste, y en atención al carácter público de toda tutela, entiendo que adoptarlas son obligatorias y vinculantes para el órgano judicial. La fórmula es sumamente amplia, de modo que no se excluya ninguna medida posible, en cada caso, en orden a la vigilancia y control de la guarda; es decir, cualquier disposición para que la tutela cumpla su razón de ser así como la supervisión de su efectivo y puntual cumplimiento. *Ad exemplum* se menciona el informe *inmediato* sobre la situación personal y patrimonial de la persona con discapacidad (pues, por ejemplo, han llegado al Juez informaciones sobre la mejoría o el empeoramiento del enfermo, o sobre su disminución patrimonial, y requieren medidas urgentes).

Entiendo que este precepto, en general, se refiere a lo que puede calificarse *segunda fase de la tutela o curatelas constituidas*. En mi opinión, el Estado que asume salvaguardar judicialmente las tutelas constituidas, debe proporcionar también medios e instrumentos adecuados al órgano judicial competente para cumplimentar tales obligaciones legales. La aplicación del Convenio de 2006 exigirá subsanar, en su caso, tal deficiencia (si se comprueba que se ha producido efectivamente).

Suele alegarse en descargo de los órganos judiciales que en los Juzgados de muchas capitales de provincia resulta difícil hacer el seguimiento de las tutelas, debido al excesivo trabajo y a la movilidad del personal judicial. Hay que precisar que tal obligación no pesa exclusivamente sobre el Juez que la constituyó (quién es lógico que pueda seguirla más fácilmente, pues conoce *ab initio* cada expediente, siempre que siga ejerciendo en el mismo órgano judicial), sino que cada Juez responde del seguimiento de la totalidad de las tutelas y curatelas constituidas a lo largo del tiempo que ha permanecido en su juzgado, y de las anteriores, siempre que sigan vivas. La actual informatización puede facilitar considerablemente el trabajo. Aunque hay otro problema estructural que aquí sólo cabe aludir. Un especialista del tema se refiere a que el «gran esfuerzo realizado por el Consejo General del Poder Judicial en los últimos años en la especialización de los órganos judiciales, bien con carácter único como Juzgados especializados o con una forma mixta de encuadre dentro de los Juzgados de Familia, resulta aún insuficiente»¹⁸. A mi juicio habría que replantear a fondo la organización de estos Juzgados especializados en España, lo que cae fuera del objetivo de este estudio.

Hasta aquí se ha insistido en reforzar la primacía legal a las previsiones encaminadas al cumplimiento de la voluntad del propio enfermo. El artículo 223 párr. 2º CC exige que se expresen en documento público notarial, requisito formal que debe mantenerse en atención a la importancia del negocio jurídico familiar a que afecta¹⁹.

¹⁸ GANZEMÜLLER ROIG, *op. et loc. cit.* p. 416. Según sus informaciones - cuya fuente no cita - parece que hay actualmente 12 Juzgados especializados con carácter exclusivo, y 41 Juzgados mixtos (Familia y Discapacidades). A su vez, hay 4 Secciones de Audiencias especializadas, y 18 Secciones mixtas (Familia e Incapacidades).

¹⁹ A este propósito se pondera por algún autor la amplitud de criterio en cuanto a los requisitos formales que mantienen territorios de la *Common Law* en cuanto a las designaciones de *apoyos* para las personas con discapacidad: «La provincia de la Columbia Británica en el Canadá es una de las jurisdicciones más avanzadas en la incorporación de la toma de decisiones con apoyo en la legislación, como en la práctica forense. Toda persona con discapacidad puede concertar un *acuerdo de representación con una red de apoyo*; incluso las más graves pueden concertar acuerdos de representación con una red de apoyo simplemente demostrando *confianza* en las personas de apoyo designadas.- Para concertar ese acuerdo no es preciso que la persona con discapacidad demuestre tener competencia jurídica de acuerdo con los criterios ordinarios, basta con haber demostrado la capacidad de comprender la información pertinente, darse cuenta de las consecuencias, actuar voluntariamente y comunicar una decisión con independencia. El acuerdo es una señal que indica a otros, como médicos, instituciones financieras y proveedores de servicios, que una persona ha otorgado a la red filial necesaria potestad para ayudarla a tomar decisiones y representarla en ciertos asuntos. Varias personas y redes de apoyo han concertado acuerdos de

3.9. *Completar el régimen del mandato preventivo*

En relación con el *mandato preventivo*, me parece que será necesario completar su inserción en el artículo 1732, último párrafo, por el artículo 11 de la Ley 41/2003. Sin negar sus aspectos positivos que potencian la eficacia jurídica de la voluntad de la persona que prevé con antelación su futura incapacidad, y dicta disposiciones para tal evento, hay que reconocer que no parece adecuado regularlo únicamente bajo la perspectiva de su extinción. Ciertamente, debe reconocerse al juez la facultad de extinguirlo, por ello la finalización debe ser siempre motivada y además tener carácter excepcional²⁰.

3.10. *Profesionalización de los cargos tutelares*

En defecto de designación previa de los cargos de tutor y curador por la persona con discapacidad, habrá que acudir a la lista de familiares del artículo 234, en la que presumiblemente el Juez encuentre la persona adecuada. Pero no será infrecuente que el Juez no dé con ella, o, de hallarla, le surjan reservas en razón a las circunstancias (aunque la discapacidad sea real, existen contiendas familiares exclusivamente por motivaciones patrimoniales).

La reforma de 1983 no ensayó la fórmula que recientemente ha introducido el derecho francés, que puede describirse de *tutores, curadores y asistentes profesionales*. Probablemente en aquel momento nuestro legislador creyó suficiente la colaboración familiar, y tampoco se había vulgarizado la noción de la tutela como carga pública. Hoy, por un lado, se ha desarrollado ampliamente la especialización de los servicios de asistencia a las personas con discapacidad, incluso bajo formas de organización profesional. No es impensable, por otra parte, la hipótesis de que, en efecto, ningún miembro de la familia esté realmente disponible para prestar al enfermo la asistencia que precisa. Habría que planificar, a medio plazo, la preparación de esas personas para prestar auxilio en todas las situaciones tutelares que puedan presentarse, con la colaboración de las ONGs especializadas, así como la estructuración de una salida profesional para quien los preste bajo remuneración. Probablemente no absorberán toda la demanda social, pero pueden cumplir una excelente función, y colaborar eficazmente con el Juez y el Fiscal.

representación como alternativa a la tutoría u otras formas de tomas de decisiones sustitutiva» (GANZEMÜLLER ROIG, op. et loc. cit. p. 398, n.3).

Tomo esta cita literal para ejemplificar lo que, -a mi juicio-, no puede servir de modelo a seguir en la incorporación a nuestro derecho interno del art. 12 del Convenio.

²⁰ Por ej. después de haberle sido otorgada la representación, el mandatario se ha convertido en el mayor enemigo del enfermo, intentando atentar contra la vida, la integridad física o el honor del mandante; o ha mantenido relaciones contractuales con este, resultando deudor insolvente, o ha causado su ruina; o ha discrepado públicamente de su actuación mercantil, o de sus opiniones; o bien, simplemente ha perdido su confianza.

BIBLIOGRAFÍA:

BARRANCO AVILÉS, M^a del Carmen, «Envejecimiento y discapacidad», *Estudios sobre el impacto de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cuenca Gómez, P. (ed.), Madrid, 2010, pp. 573-600.

CABRA DE LUNA, Miguel Ángel, BARIFFI, Francisco José y PALACIOS RIZZO, Agustina, *Derechos humanos de las personas con discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas*, Madrid, 2007.

CAMPO CERVERA, Ignacio y PALACIOS RIZZO, Agustina, *Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora española y argentina*, Madrid, 2007.

CASAS PLANES, M^a Dolores, «Breve reflexión cerca del futuro de la incapacitación judicial (referencias a la reforma de la protección de mayores en Francia por Ley de 5 marzo 2007)», *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. Sofía de Salas Murillo), Zaragoza, 2010, p.477-498.

DE ASIS ROIG, Rafael F., *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Madrid, 2007.

DE ASÍS ROIG, Rafael F., PALACIOS RIZZO, Agustina, *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Madrid, 2008.

E LORENZO GARCIA, Rafael, «Los contornos del derecho de la discapacidad», *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Luis Cayo Pérez Bueno (dir.), Ana Sastre Campo (ed. lit.), Antonio Ventura Díaz Díaz (pr.), Miguel Carballada Piñeiro (aut.), 2009, pp. 55-120.

GANZENMÜLLER ROIG, «La función del MF en la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad», *Hacia un derecho de la discapacidad*, op. cit., pp. 391-442.

GARCÍA CANTERO, Gabriel «Los ancianos ante el Derecho civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1976, II, pp. 837-848.

GARCÍA CANTERO, Gabriel «Notas sobre la "senectud" como estado civil de la persona», *Homenaje a J.B. Vallet de Goytisoló*, I, Madrid, 1988, pp. 304 ss.

GIL CALVO, Ignacio, «El maltrato a la vejez», *El País*, 21 septiembre 2003.

KLEMENT, «Sintesi del sistema austriaco dell'amministrazione di sostegno ("Sachwalterschaft")», en *Atti del Convegno di Roma (20 giugno 2002)* (a cura di PATTI) (Milano 2002), pp. 79 ss.

MORAL ORTEGA, Oscar, «Las insuficiencias de la legislación española en materia de discapacidad: sistematización de las denuncias y quejas de la ciudadanía con discapacidad», *Hacia un derecho de la discapacidad*, op. cit., pp. 297-306.

NAPOLI, «La Betreuungsgesetz. Dagli status alla flessibilità di protezione degli incapaci nella Repubblica Federale di Allemagna», *Rivista di Diritto Civile*, 1995, I, pp. 539 ss.

PALACIOS RIZZO, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, 2008.

PEREÑA VICENTE, Montserrat «Autotutela y mandato de protección futura en el Código de Napoleón. La Ley de 5 de marzo de 2007», *Revista Jurídica del Notariado*, septiembre-octubre 2007, núm. 703, pp. 2235 ss.

RAMS ALBESA, Joaquín J., «Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 2011, núm. 723, pp. 211-296.

VVAA, *La protección de las personas mayores* (coords. Carlos Lasarte Álvarez, Fernanda Moretón Sanz, Patricia López Peláez), Madrid, 2007.

VVAA, *Estudios sobre el impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español* (ed. Patricia Cuenca Gómez), Madrid, 2010.

VVAA, *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. Sofía de Salas Murillo), Zaragoza, 2010.

VECHI, «La riforma austriaca della tutela degli incapaci», *Rivista di Diritto Civile*, I, 1987, pp. 37 ss.

VENCHIARUTTI, «La protezione giuridica del disabile in Francia, Spagna e Austria» *Rivista Famiglia e Diritto*, II, XVII, 1988, pp. 1455 ss.

VIVAS TESÓN, Inmaculada, *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, Badajoz, 2012.

Fecha de recepción: 21.10.2014

Fecha de aceptación: 18.11.2014