

HACIA UN NUEVO TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD

Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

Amelia Sánchez Gómez

Profesora Contratada Doctora
Universidad Complutense de Madrid

TITLE: *Towards a new legal treatment of disability: reflections on the bill of 17 July 2020 reforming civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity*

RESUMEN: Han pasado más de treinta cinco años desde que el legislador reformara el sistema de incapacitación y las instituciones de guarda y protección con la Ley 23/1983, de 24 de octubre. No solo el excesivo tiempo transcurrido desde entonces, sino la irrupción de hitos como la ratificación por España de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad en 2008, refieren un nuevo estado de cosas que obligan a adaptar el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad a los principios de dicho texto internacional y a la diversidad que lleva ínsita. Hasta ese momento que parece estar más cerca, abundamos en la meritoria labor de adaptación realizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. No obstante, mención especial y sobresaliente por cuanto conforma un material valioso para nuestro estudio, exige el Proyecto de Ley por la que se reforma el legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica de 17 de julio de 2020 actualmente objeto de tramitación parlamentaria que, si bien avanza hacia una profunda reforma legislativa, adolece de algunos defectos sobre los que hemos reflexionado. En segundo lugar, situados en el ámbito doctrinal, debe ponerse en valor la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil de 2018, en particular, del Título VII del Libro I que, junto con un buen número de aportaciones doctrinales sobre esta materia, nos servirán de guía en nuestro estudio y a buen seguro serán atendidas por el legislador en la actual tramitación parlamentaria.

ABSTRACT: *More than thirty-five years have passed since the legislature reformed the incapacitation system and the institutions of guard and protection with Law 23/1983 of 24 October. Not only the excessive time since then, but the emergence of milestones such as Spain's ratification of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities in 2008, refer to a new state of affairs that require adapting the legal treatment of persons with disabilities to the principles of that international text and to the diversity it brings. Until that moment that seems to be closer, we abound in the meritorial adaptation work carried out by the jurisprudence of the Supreme Court. However, a special and outstanding mention as it forms a valuable material for our study requires the Draft Law reforming civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity of 17 July 2020 currently under parliamentary processing which, while moving towards profound legislative reform, suffers from some flaws on which we have reflected. Secondly, located in the doctrinal field, the Proposal for a Civil Code of the Association of Civil Law Teachers 2018, in particular Title VII of Book I, which, together with a number of doctrinal inputs on this subject, will guide us in our study and will surely be attended by the legislator in the current parliamentary process, must be valued.*

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, Convención de los derechos de las personas con discapacidad, Proyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal, Apoyos, Capacidad jurídica.

KEY WORDS: *Disability, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Bill Reforming Civil and Procedural Legislation, Supports, Legal Capacity*

SUMARIO: 1. LA DISCAPACIDAD: DELIMITACIÓN JURÍDICA Y DE SU CONTEXTO NORMATIVO. 1.1. *Consideraciones previas*. 1.2. *La discapacidad como condición personal emergente. Consecuencias: su transversalidad y complejidad ¿Hacia un Derecho de la discapacidad?* 2. LA DIVERSIDAD DE LA DISCAPACIDAD. SUPUESTOS Y CONSECUENCIAS. 3. LA NORMATIVA ESTATAL BÁSICA COMO PUNTO DE PARTIDA PARA EL ESTUDIO DE LA DISCAPACIDAD. 3.1. *Constitución española. Especial mención al Anteproyecto de reforma del art. 49*. 3.2. *La Convención sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006. Su impacto en el tratamiento jurídico de discapacidad. Consecuencias*. 4. EL DERECHO PRIVADO DE LA DISCAPACIDAD. 4.1. *Del sistema de sustitución al de provisión de apoyos*. 4.2. *Elementos clave para la reforma del sistema vigente*. 4.2.1. El artículo 12 de la Convención. 4.2.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo. 5. EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN. 5.1. *Breve mención a la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. 5.2. *Especial referencia al Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. 5.2.1. «Las medidas de apoyo»: La indeterminación del artículo 249 del Proyecto de Ley. ¿Retroceso respecto a los artículos 199 y 200 del Código Civil? 5.2.2. La preferencia de la curatela asistencial como regla general en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 5.2.3. La supresión de la tutela. La curatela representativa como medida de apoyo judicial excepcional. Supuestos. Problemas no resueltos en el Proyecto de Ley. 6. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA DISCAPACIDAD: DELIMITACIÓN JURÍDICA Y DE SU CONTEXTO NORMATIVO

1.1. *Consideraciones previas*

La situación de discapacidad en la que se encuentra inmersa un amplio colectivo de personas en nuestra sociedad conforma, como es sabido, una realidad en aumento consecuencia, entre otras causas, del envejecimiento progresivo de la población al que acompaña un llamativo descenso de la natalidad. En efecto, la mayor esperanza de vida propia de las sociedades desarrolladas como la nuestra favorece la posibilidad de padecer en edades avanzadas alguna de las diversas enfermedades o dolencias propias de aquella con un amplio abanico de matices y grados para cada de una de ellas, junto a las que pueden sufrir desde el nacimiento o posteriormente en la etapa de la juventud, madurez o tercera edad. Precisamente, la edad o, a mayor precisión, la «edad avanzada»¹, se erige en un factor determinante, aunque no exclusivo en la aparición de esta situación de discapacidad como se ha constatado certeramente

¹ PÉREZ MONGE, Marina, «Edad avanzada», en AA.VV., *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Tomo I, dir. por María del Carmen Gete-Alonso y Calera y coord. por Judith Solé Resina, 1ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 699-749. La autora hace un estudio jurídico detallado de este colectivo de personas, y hace notar la autonomía en el tratamiento jurídico de la edad avanzada o Derecho de la ancianidad que ya desde los años setenta hasta la actualidad propició la doctrina que cita.

mediante datos estadísticos², a la que puede ir unida, además, la realidad de la dependencia³.

Si bien hasta ahora se ha venido entendiendo que la discapacidad puede influir⁴ o no en la capacidad de autogobierno de la persona y, en consecuencia, determinar la modificación de esta mediante el correspondiente procedimiento de incapacitación, dicho planteamiento debe ser sustituido en el ámbito legislativo por otro diametralmente opuesto basado en uno de prestación de apoyos.

Como expresa PAU⁵ «No tiene ya sentido proclamar la incapacidad de la persona con discapacidad -que eso es lo que supone la incapacitación-; de lo que se trata es de lo contrario, de apoyar su capacidad-la que cada persona tenga en cada caso-[...]. No hay que cambiar a la persona con discapacidad. No hay que incapacitarla, no hay que limitar los actos jurídicos que puede realizar, no hay que cambiarle el estado civil».

En efecto, transcurrida más de una década desde la ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, así como su Protocolo Facultativo⁶, ha llegado el momento de abandonar el entendimiento de la incapacitación como estado civil, configurar un régimen jurídico de la discapacidad cuyo punto de partida sea el reconocimiento de la capacidad de la persona que habrá que reforzar para que sea ella misma quien tome las decisiones escudriñando su voluntad, deseos y preferencias. Hay que pasar de la

² MORENO MOLINA, José Antonio, *La inclusión de las personas con discapacidad en un nuevo marco jurídico-administrativo, internacional, europeo, estatal y autonómico*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 31.

³ Que no implica necesariamente la falta de capacidad de obrar. Vid., entre otros trabajos, GARCÍA GARNICA, María del Carmen, «Discapacidad y dependencia (I): Concepto y evolución jurisprudencial», en AA.VV., *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Tomo II, dir. por María del Carmen Gete-Alonso y Calera y coord. por Judith Solé Resina, 1ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 181-184; PEREÑA VICENTE, Montserrat, *Dependencia e incapacidad, Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Ramón Areces, Madrid, 2008, pp. 25-28.

Vid., además, el art. 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia

⁴ Sí, por el contrario, una discapacidad intelectual o mental producida por factores genéticos (síndrome de Down), por lesiones prenatales, por problemas relacionados con el momento del parto, por enfermedades infantiles, o accidentes de tráfico, entre otros. O una discapacidad psíquica producida por diversos trastornos mentales como la depresión mayor, esquizofrenia, o trastorno bipolar. Por el contrario, una discapacidad física o sensorial no afecta a dicha capacidad.

⁵ PAU, Antonio, en el Prólogo a la obra colectiva *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones en materia de discapacidad*, dir. por Sofía de Salas Murillo, y María Victoria del Hoyo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 11.

⁶ Ambos en abril de 2008 (BOE nº 96 de 21 de abril de 2008 y nº 97 de 22 de abril de 2008). Desde ahora la Convención.

limitación de la capacidad con el procedimiento tradicional de incapacitación a su complemento mediante la curatela como institución graduable⁷.

1.2. La discapacidad como condición personal emergente. Consecuencias: su transversalidad y complejidad ¿Hacia un Derecho de la Discapacidad?

El estado de cosas descrito ha favorecido la aparición de nuevas categorías jurídicas con valor normativo en lo que afecta al derecho de la persona. Por ello, la discapacidad se sitúa entre una de las condiciones civiles emergentes⁸.

Desde otro punto de vista, la condición personal que comporta la discapacidad lo es porque así lo determina la ley y en consecuencia para ella se establece un régimen propio amplio y diverso a lo largo de todo el ordenamiento jurídico⁹. Por ello es insoslayable la necesaria intervención del legislador¹⁰, en el ámbito público y privado para procurar la protección integral de este amplio y diverso grupo de personas dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 10 de la Constitución española¹¹, lo que está íntimamente relacionado con la transversalidad de las normas en las que se regula dicha situación para lograr dicha protección¹², sin olvidar su relación con la adopción del modelo social de discapacidad¹³.

En relación con la transversalidad de la discapacidad, es sabido que el legislador se ha visto obligado a acometer una actuación que ha «recorrido prácticamente todo el ordenamiento jurídico»¹⁴ para lograr la integración social, la no discriminación y el pleno ejercicio de derechos por las personas con discapacidad. Ciertamente, aquél no ha sido indiferente a la realidad de la discapacidad, pues dando cumplimiento al mandato constitucional del art. 49 y tomando como referencia el texto constitucional, ha dictado desde el año 1982¹⁵ hasta nuestros días diversas normas, más numerosas en el ámbito del Derecho público y en menor medida en el del Derecho privado. En efecto,

⁷ Nota número 5.

⁸ GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «El estado civil y las condiciones de la persona», en AA.VV., *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Tomo I, cit., p. 223.

⁹ Son diversas las recopilaciones de la normativa estatal existente sobre la discapacidad. Debe ponerse en valor el *Código de la Discapacidad*, Consejo general del Poder Judicial y Boletín Oficial del Estado, edición actualizada a 3 de enero de 2020.

¹⁰ Estatal y autonómico.

¹¹ «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

¹² GETE-ALONSO Y CALERA, «El estado civil y las condiciones de la persona», cit., p. 225.

¹³ GARCÍA GARNICA, «Discapacidad y dependencia», cit., pp. 176-177.

¹⁴ *Ibid.* p. 176.

¹⁵ Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

éste todavía está pendiente de reforma a consecuencia del punto de inflexión que ha supuesto en nuestro ordenamiento la firma y ratificación por España de la Convención. Recuérdese, que dicha ratificación determina una verdadera encrucijada en el tratamiento jurídico de la discapacidad desde el punto de vista del Derecho privado.

Además, el citado Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, refunde algunas disposiciones que habían estado vigentes hasta el momento de su promulgación¹⁶. Esta proliferación de normas de diversa índole pone de manifiesto el principio de transversalidad de las políticas en materia de discapacidad que el propio Texto Refundido de 2013 refiere en su articulado¹⁷. Junto a esta normativa general básica, contamos con una ingente normativa específica por materias, eso sí, en detrimento de la propiamente civil¹⁸, con incidencia en el tema que nos ocupa¹⁹.

Precisamente esta perspectiva multidisciplinar desde la que puede ser tratada y abordada la situación de discapacidad consecuencia de dicha transversalidad, mediante la legislación estatal²⁰, ámbitos público y privado, aunque con más carencias en este

¹⁶De acuerdo con el mandato contenido en la Disposición Final Segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013).

¹⁷ Artículo 2, apartado o) y artículo 3, apartado m).

¹⁸ En este sentido, recuérdese, que la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad, contenía en la Disposición final primera la reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en los siguientes términos: “El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

Posteriormente, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011), en su Disposición Adicional Séptima contiene un mandato al Gobierno para la dicha adaptación relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones.

¹⁹ DE LORENZO GARCÍA, Ricardo, «Hacia un nuevo Derecho de la Discapacidad. Delimitación, configuración y contenidos», I Congreso Nacional de Discapacidad, Elche, 15-17 noviembre 2018, disponible en internet, <http://congreso.fderechoydiscapacidad.es/wp-content/uploads/2017/11/RdLGPONENCIA-ELCHE-HACIA-UN-NUEVO-DERECHO-DE-LA-DISCAPACIDAD-DEF.pdf>, p.6

²⁰ Y autonómica. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Reus, Madrid, 2019, pp.18-19 y nota número 8, quien advierte que estas «regulaciones autonómicas [...] enriquecen extraordinariamente la perspectiva y parten del análisis de lo que debería funcionar en cuanto a la protección de las personas, adelantándose al legislador estatal», haciendo

último campo, ha propiciado la utilización recientemente del término Derecho de la Discapacidad tildado como una «esfera del Derecho aún balbuciente, «en ciernes», o «naciente»²¹. Todavía más, se han alzado voces en la doctrina civil²² que reclaman la necesaria actualización del Derecho Civil mediante la construcción de un Derecho de la Discapacidad, con la consiguiente reforma integral y coordinada del Código Civil y demás normas del ordenamiento jurídico privado de carácter sustantivo y procesal que contemple la realidad de todas las personas, con y sin discapacidad para garantizar el cumplimiento de lo previsto en la Convención.

A nuestro juicio, estamos ante un verdadero reto para cuyo cumplimiento se ha acertado el camino. En efecto, debemos felicitarnos porque el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, de 17 de julio de 2020, está siendo objeto de tramitación parlamentaria²³, para la revisión de la regulación de las figuras de guarda que regula nuestro Código Civil, entre otras cuestiones. En efecto, estamos ante un momento de especial importancia que obliga a una reforma «absolutamente indispensable»²⁴ de los citados textos legales que contemple no solo el aspecto personal²⁵ sino también el patrimonial de la actuación de las personas con discapacidad desde la igualdad de trato en el ejercicio de la capacidad jurídica²⁶, que acabe con el excesivo paternalismo que ha imperado al respecto. Ello obliga, como es sabido, a la real y definitiva adaptación de nuestro Derecho a los principios de la Convención, en particular, en relación con su artículo 12. En este sentido, recuérdese, que los Estados parte están obligados a «rediseñar los sistemas de incapacidad y el ejercicio de derechos cuya titularidad ostenta la persona con discapacidad»²⁷.

especial mención de las regulaciones del Derecho aragonés y catalán, por su adaptación a los postulados de la Convención.

²¹ PÉREZ BUENO, Luis Cayo, en el prólogo a la obra, *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, dir. por Cristina Martín-Calero y coord. por Javier García Medina, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2016, p. 21; DE LORENZO GARCÍA, Ricardo, *Ibidem*, pp. 7-16 y 30.

²² ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza, «Hacia la actualización del Derecho Civil conforme a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Apuntes para su reforma», en AA.VV., *Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en España*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p.168, nota número 3 y pp. 171-175 y 191-196.

²³ Como es sabido, este texto (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 27-1) tiene su origen en el diseño del nuevo sistema de apoyos trazado por el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad que se encomendó a la Comisión General de Codificación (Secciones Civil y Procesal), aprobado en el Consejo de Ministros el 21 de septiembre de 2018.

²⁴ PAU, «Prólogo», cit., p. 11.

²⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*, Reus, Madrid, 2019, p. 17.

²⁶ Que abarca la titularidad de derechos y la legitimación para ejercitarlos.

²⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Ibidem*, p. 16.

Importa indicar, asimismo, que esta nueva realidad que va más allá del tradicional procedimiento de incapacitación y que impone una protección jurídica de las personas con discapacidad en íntima relación con su dignidad, igualdad y la salvaguarda de sus derechos fundamentales, ha ido acompañada de un tímido cambio terminológico más perceptible en la doctrina que en la legislación²⁸ al que debemos de ser sensibles, en cualquier caso. Así, procuraremos sustituir los términos «incapaces» e «incapacitados» por los de «personas con discapacidad», o «personas diversamente capaces» y el de «proceso de incapacitación» por el de «provisión de apoyos» o «procedimiento de protección», a pesar de la tendencia a sustituir aquel término por el de «modificación de su capacidad», lo que no es correcto pues la capacidad se tiene por el hecho de ser persona y no se restringe ni se modifica²⁹.

Pero, insistimos, no solo deben promulgarse normas acordes con la Constitución española, o con los principios contenidos en la Convención con técnicas no siempre adecuadas³⁰ para elaborar un texto «políticamente correcto»³¹, o una «fórmula lingüística meramente retórica»³² y de acometer los oportunos cambios terminológicos, sino de hacer efectivo en la práctica lo contenido en dichos postulados³³.

2. LA DIVERSIDAD DE LA DISCAPACIDAD. SUPUESTOS Y CONSECUENCIAS

En una aproximación mayor al concepto de discapacidad, es plausible afirmar con la doctrina³⁴ que aquélla «puede afectar a las capacidades intelectuales o mentales, a las capacidades sensoriales, o a las capacidades físicas de la persona». Estamos ante la formulación de un concepto amplio de discapacidad cuyas diversas facetas (psíquica-

²⁸ ROVIRA SUEIRO, María Esther, «La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: su impacto en el ordenamiento jurídico español», en AA.VV., *Instrumentos de Protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 21-29.

²⁹ PEREÑA VICENTE, Montserrat, «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», *Revista de Derecho Privado*, Número 4, julio-agosto 2016, p. 7.

³⁰ ALCAÍN MARTÍNEZ, «Hacia la actualización del Derecho Civil», p. 166, quien se refiere al «parcheo jurídico» del legislador en esta materia inadecuada que no ha culminado de momento, con la regulación jurídica de la persona con discapacidad acorde con los postulados y principios de la Convención.

³¹ PEREÑA VICENTE, Montserrat, *Ibíd.*, p. 5.

³² VIVAS TESÓN, Inmaculada, «Más allá de la capacidad de entender y querer: Algunas consideraciones de *lege ferenda* acerca de la protección de las personas diversamente capaces», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa*, coord. por Matilde Cuenca Casas, Luis Anguita Villanueva y Jorge Ortega Domenech, Dykinson, Madrid, 2013, p. 1659.

³³ Apartado 5 del presente trabajo.

³⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 35.

intelectual o mental³⁵, sensorial o física) no son indiferentes para el Derecho, sino que presentándose como un reto para la sociedad y, por ende, para el legislador, deben ser atendidas de manera pormenorizada en la medida en que cada una de ellas así lo exija según la limitación que causen³⁶. De ahí que «homogeneizar el tratamiento jurídico de unas y otras discapacidades puede provocar distorsiones, y sobre todo falta de adecuación de ese tratamiento a las peculiaridades de algún tipo concreto de discapacidad»³⁷.

A mayor abundamiento, la que más atención exige desde el punto de vista del Derecho privado y, en consecuencia, en nuestro estudio, sería la discapacidad psíquica³⁸ o intelectual³⁹, por cuanto afecta a la capacidad de autogobierno de la persona, que debido a la alteración o alteraciones intelectuales que padece, impide la formación de una voluntad plenamente consciente y libre lo que, obliga, cuando sea posible⁴⁰, a proporcionar mecanismos de apoyo y protección a favor de dichas personas⁴¹. Por su parte, las discapacidades físicas o motoras, por ejemplo, y las sensoriales no suelen afectar en línea de principio a su capacidad, sino que plantean problemas de otra índole⁴².

De otra parte, la diversidad que lleva consigo la discapacidad no ha sido tenida en cuenta por la jurisprudencia correctamente. Como es sabido, durante mucho tiempo ha sido habitual en el Tribunal Supremo la incapacitación total como medida de protección mayoritariamente utilizada con la siguiente tutela como pronunciamiento modelo con

³⁵ *Ibid.*, p. 18, nota al pie núm. 5, quien emplea la expresión «discapacidad psíquica» como comprensiva de la discapacidad mental y la discapacidad intelectual a las que se refiere el art. 1.2 de la Convención.

³⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, «Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, número 23, 2011-I, p. 57.

³⁷ Entre otros, DÍAZ ALABART, Silvia, «Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar: el derecho a su libertad personal», en AA.VV., *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, dir. por Montserrat Pereña Vicente, Dykinson, Madrid, 2019, p. 167; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica*, cit., p. 36; LEGERÉN MOLINA, Antonio, «La tutela y la curatela como mecanismos de protección de la discapacidad», en *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*, op. cit., p. 65; o PEREÑA VICENTE, *Dependencia e incapacidad*, cit., p. 5.

³⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Ibid.*, pp. 36-37. La heterogeneidad, expresa el autor, “afecta igualmente a las discapacidades psíquicas, que son muy diferentes entre sí por su origen (de nacimiento, sobrevenidas), por su evolución (reversibles o irreversibles, mejorables o no mejorables, progresivas o regresivas...), y sobre todo por el nivel de intensidad en la afección a la capacidad de conocer y querer”.

³⁹ PAU, Antonio, «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), p. 6.

⁴⁰ Pues habrá otros casos en que dicha discapacidad sea de tal gravedad que el apoyo en la formación de la voluntad (como complemento) será imposible y solo será pertinente la representación de la persona.

⁴¹ PEREÑA VICENTE, Montserrat, «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, número 3 (julio-septiembre 2018), Estudios, pp. 64-65.

⁴² MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica*, cit., pp. 35-36.

la representación que comporta, lo que unido a la tendencia de la llamada jurisprudencia menor de promulgación de un elevado número de sentencias «estandarizadas»⁴³ sin atender a las necesidades concretas en cuanto a la protección de la persona, dificultaba la contemplación singularizada de la discapacidad. Afortunadamente este estado de cosas empezó a ser superado, con buen rumbo, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la STS (1ª) de 29 abril 2009⁴⁴ y, con mayor énfasis, desde la STS (1ª) de 1 de julio de 2014⁴⁵, hacia una personalización de la medida de protección⁴⁶, dando paso las sentencias patrón a «trajes a medida» de las personas incapacitadas. Así, en la actualidad se percibe una mayor flexibilización en este sentido, a favor de la curatela como medida de complemento o de asistencia de la persona con discapacidad.

Empero, sin ánimo de exhaustividad, hágase notar que primero el Anteproyecto de Ley, y ahora el Proyecto de Ley, ha prescindido de las diversas situaciones en que se puede encontrar una persona con discapacidad según su causa e intensidad lo que, manifestamos, no puede ser acogido positivamente⁴⁷. Ciertamente, de una lectura detenida del primero se percibe que el hilo conductor de la regulación se centra en los casos en que la persona con discapacidad tiene capacidad para formar la voluntad y tomar decisiones, obviando los casos en que la capacidad no existe o incluso no ha existido nunca⁴⁸. Este proceder se percibe claramente en la regulación de la curatela

⁴³ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Apoyo a los mayores*, cit., p. 21.

⁴⁴ (RJ 2009\2901).

⁴⁵ (RJ 2014\4518).

⁴⁶ Sin ánimo de exhaustividad, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera», en *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, dir. por Cristina Guilarte Martín-Calero, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 59-104; y «La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018», en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, op. cit., pp. 361-392; o ROVIRA SUEIRO, «La Convención de las Naciones Unidas», cit., pp. 61-62.

⁴⁷ CARRASCO PERERA, Ángel, «Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad», en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, 12 de octubre de 2018, p. 3; MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, «Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, número 3 (julio-septiembre 2018), pp. 201-202; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote», en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, op. cit., pp. 258-261.

⁴⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Curatela y representación: ...», cit., p. 270.

El apartado tercero del art. 249 del Proyecto de Ley incorpora la mención a los supuestos excepcionales en los que no sea posible determinar la voluntad deseos y preferencias de la persona, lo que determinará la función representativa de las instituciones de apoyo, y a la postre, convertirá al curador

representativa que se aborda y permite excepcionalmente de forma «vergonzante»⁴⁹. Con este planteamiento se corre el riesgo de que el tratamiento jurídico de la discapacidad además de no ser el adecuado, sea insuficiente.

Desde otra perspectiva, es menester apuntar que también han sido diversos los modelos desde los que se ha pretendido explicar la discapacidad, lo que ha sido objeto de tratamiento en la doctrina⁵⁰. Por ello, es habitual referirse al modelo social de la discapacidad frente al modelo médico. La discapacidad no se percibe, o no se debería percibir, dicen los que adoptan dicha visión, consecuencia de una enfermedad, sino que debería ser valorada desde «la interacción entre las personas que se encuentran en dicha situación y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»⁵¹.

En este sentido, compartimos la opinión de quienes al respecto ponen en entredicho la preferencia que se atribuye a la visión social de la discapacidad en detrimento del modelo médico que parece ser minusvalorado en la actualidad, pues todas las discapacidades tienen una base médica esencial, añadimos, que es el origen de aquéllas y del que no se puede prescindir incluso para que la sociedad pueda «contribuir a minimizar sus consecuencias»⁵². No se puede hacer responsable a la sociedad de la discapacidad. A mi juicio los dos aspectos, médico y social, deberán complementarse en la visión y tratamiento de este delicado tema en todas sus facetas.

3. LA NORMATIVA ESTATAL BÁSICA COMO PUNTO DE PARTIDA PARA EL ESTUDIO DE LA DISCAPACIDAD

Llegados a este punto, resulta obligada una referencia a la Constitución española como primer texto de gran valor a fin de encuadrar la situación de las personas con discapacidad en aquel marco constitucional y delimitar el camino a seguir por el legislador estatal. En segundo lugar, la ratificación por España como uno de los primeros Estados firmantes de la Convención, ha servido para diseñar las líneas

en un “cuasitutor”. En el Anteproyecto no se contemplaba dicha previsión en su correlativo 248, sino en el apartado 5º del art. 280.

⁴⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Curatela y representación: ...», cit., p. 264.

⁵⁰ ÁLVAREZ LATA, Natalia, y SEOANE, José Antonio, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, número 24, enero-diciembre 2010, pp. 14-17.

⁵¹ GARCÍA ALGUACIL, María José, *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, 2016, p. 19; y MORENO MOLINA, *La inclusión de las personas con discapacidad*, cit., pp. 57, 61, 65-67.

⁵² ÁLVAREZ LATA y SEOANE, «El proceso de toma de decisiones», p. 15; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El tratamiento jurídico...*, cit., pp. 37-38, parecen criticar el modelo social de la discapacidad.

maestras que, junto con la primera, conforman las «normas de cabecera»⁵³ que determinan las pautas jurídicas ineludibles de referencia para promover y asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna en nuestra sociedad.

3.1. Constitución española. Especial mención al Anteproyecto de reforma del art. 49

Respecto a la Constitución española, su artículo 49 contiene un mandato a los poderes públicos respecto a las personas con discapacidad, para que desarrollen una determinada política que se concreta en la previsión, tratamiento, rehabilitación e integración; en la prestación de la atención especializada que precisen, así como el amparo necesario para el disfrute o ejercicio de los derechos fundamentales.

Este es el precepto único y de referencia que en el texto constitucional está dedicado a las personas con discapacidad. Contiene «una norma dirigida al legislador ordinario que introduce un principio social y dibuja un marco constitucional en relación con las personas discapacitadas»⁵⁴. Pese a ser el único artículo del texto constitucional que alude a dicha situación, debe ponerse en relación con los artículos 9.2, 10 y 14 del mismo. De resultas, a estas alturas no hay ninguna duda de que las personas con discapacidad son titulares de los derechos fundamentales, de que deben promoverse las condiciones para que sea efectiva su libertad e igualdad, que su dignidad como persona no se puede poner en entredicho⁵⁵, y que son iguales ante la ley, de manera que su situación no puede servir para justificar en ningún caso discriminación alguna. Dicha aseveración se ha visto impulsada y confirmada con la aprobación del Anteproyecto de reforma del citado artículo 49 «para acomodarlo a la realidad social y sentar las bases de una acción pública más vigorosa y eficaz en el futuro»⁵⁶.

Con la redacción propuesta se pretende que dicho artículo cuya redacción original había quedado obsoleta en su terminología⁵⁷ y contenido, vuelva a ser la referencia para la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad en

⁵³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *ibid.*, p. 35.

⁵⁴ ROCA TRÍAS, Encarnación, «Conferencia inaugural: Discapacidad y protección de derechos fundamentales», en AA.VV., *Protección Jurídica de la Persona con Discapacidad*, coord. por Ignacio Serrano García, y Alfonso Candau Pérez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp.17-18.

⁵⁵ Lo que además se reitera por la jurisprudencia del TS, de manera continuada, desde la STS (1ª) 29 abril 2009 (RJ 2009\2901): «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».

⁵⁶ Apartado I de la Exposición de Motivos.

⁵⁷ Se refiere a las «personas con discapacidad», en vez de a los «disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos» para reflejar los valores de la Constitución y la dignidad inherente a este colectivo.

España. Por ello se reforma íntegramente, esto es, desde el punto de vista del lenguaje y de su estructura y contenido con una mayor extensión. Dicha reforma ha estado impulsada por el cambio normativo que ha tenido lugar en nuestro ordenamiento⁵⁸, para adecuarlo a las principales iniciativas para la protección jurídica de las personas con discapacidad que han tenido su origen en el Derecho internacional, en particular, en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, pero no solo en ésta pues lo contemplado en aquel ámbito conformará un nivel mínimo de protección que, en su caso, podrá ser ampliado por el legislador español y que abarca, no solo las diversas medidas y derechos que puedan regular los textos internacionales en el presente, sino las que se puedan adoptar en el futuro como se desprende de su apartado cuarto a modo de cláusula de cierre. Se sientan las bases así para que esta norma de cabecera se acomode definitivamente a la realidad social. Todo ello sin perder de vista la demanda de la sociedad civil articulada en torno a las personas con discapacidad que desde hacía tiempo venía planteando una modificación sustancial del referido artículo⁵⁹.

Especial mención merece la visión subjetiva que contiene su apartado primero respecto a las personas con discapacidad cuando afirma que son titulares de los derechos previstos en el Título I, en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, superando así el enfoque objetivo del vigente precepto que pone el acento en las obligaciones para los poderes públicos sin una alusión expresa a estas personas como titulares de derechos, pues tan solo se limita a señalar que aquéllos los ampararán para el disfrute de dichos derechos. La preocupación por la efectividad en su reconocimiento y disfrute efectivo se corrobora además en su apartado tercero por cuanto contiene el explícito reconocimiento constitucional de la protección reforzada de los derechos de estas personas para conseguir que el ejercicio de estos pueda desarrollarse en plenitud.

⁵⁸ Todavía incompleto.

⁵⁹ «1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.

2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

3. Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Obsérvese que cada uno de estos apartados, refleja una dimensión diferente de la protección de las personas con discapacidad adaptado al modelo social de la discapacidad.

En relación con lo anterior, merece una crítica positiva que se vincule la afirmación de dicha titularidad de derechos a la libertad e igualdad real y efectiva. En efecto, es loable que se hayan reproducido también en este capítulo Tercero, los principios de igualdad contenidos en el Título Preliminar del texto constitucional, pues contribuye a reforzar con buen criterio el reconocimiento de sus derechos⁶⁰. Y todavía más, ello se completa con la mención a la prohibición de la discriminación, término empleado también en el artículo 14, que consagra, como es sabido, la igualdad formal, «frontispicio del catálogo de derechos reconocidos en el Título primero»⁶¹, de suerte que al trasladarse a este lugar se subraya también en este extremo su relevancia para el tratamiento de las personas con discapacidad.

Es el apartado segundo el que fija su atención en concretar lo que deben ser las políticas de los poderes públicos para garantizar la autonomía personal (perspectiva subjetiva de la libertad) e inclusión social de las personas con discapacidad (como dimensión comunitaria). Políticas que deben respetar su libertad de elección y preferencias en línea con la filosofía de la Convención y que contarán con la participación de las organizaciones representativas de aquellas personas cuyo papel es esencial como garante del cumplimiento de las obligaciones que las leyes y la Constitución imponen en este ámbito. Desde este planteamiento se posibilita su intervención y participación en la elaboración de medidas normativas y políticas de acción positiva destinadas a dar efectividad a los derechos reconocidos en dicho artículo.

Por lo dicho, resulta patente que la nueva redacción propuesta del artículo 49 de la Constitución está en consonancia en los postulados de la Convención. En especial, merece una crítica positiva que superando la visión médico-rehabilitadora de la discapacidad haya ido más allá de la mera adecuación terminológica y acoja con carácter preferente la perspectiva subjetiva mediante el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad desde la igualdad material y formal.

3.2. La Convención sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006. Su impacto en el tratamiento jurídico de discapacidad. Consecuencias

Respecto a la Convención es innegable la trascendencia que ha tenido y tiene para nuestro Estado como tratado internacional sobre derechos humanos que forma parte

⁶⁰ Declara su apartado III que “Se traslada expresamente el máximo exponente del Estado social del Título preliminar al mismo Título primero de modo que, por primera vez, la obligación de los poderes públicos de promover la libertad e igualdad real y efectiva prevista en el artículo 9.2 se recoge de forma explícita en el capítulo relativo a los principios rectores de la política social y económica”.

⁶¹ Apartado III de dicha Exposición de Motivos.

del ordenamiento jurídico en virtud de lo establecido en el art. 96 de la Constitución española y 1.5 del Código civil.

Conviene hacer notar en este lugar que dicha ratificación ha supuesto la asunción de una serie de obligaciones por parte del Estado español⁶² a fin de cumplir la finalidad de «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente» (art. 1). En efecto, tras la afirmación de dicho propósito, y la plasmación de las coordinadas normativas en el artículo 3⁶³, se enumeran una serie de obligaciones en su artículo 4 para lograrlo, entre las que destaca la de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en la presente Convención⁶⁴, o la de «tomar las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad⁶⁵».

En este sentido, es sabido que la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad⁶⁶, se promulga con el objetivo de imprimir este nuevo impulso para alcanzar el objetivo de adecuación concreta de la regulación en materia de discapacidad a las directrices marcadas por la Convención, recogiendo las pertinentes adaptaciones en su articulado. Consciente del cambio que determina la incorporación de la Convención a nuestro ordenamiento, expresa la referida Ley en su Preámbulo que «supone la consagración del cambio de paradigma del enfoque de las políticas sobre discapacidad». De ahí que las personas con discapacidad dejen de ser «meros objetos de tratamiento y protección social» y sean consideradas plenamente como «sujetos titulares de derechos».

Tras el planteamiento inicial descrito, si bien es verdad que la citada ley acometió una modificación normativa variada con fundamento en dicho artículo, resultó ser

⁶² Y de los demás Estados firmantes.

⁶³ Donde se contienen sus principios generales, entre otros, el respeto de la dignidad humana, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plena y efectivas en la sociedad, o la igualdad de oportunidades.

⁶⁴ Art. 4.1.a).

⁶⁵ Art. 4.1.b).

⁶⁶ BOE nº 184, de 2 de agosto de 2011.

insuficiente⁶⁷. En efecto, consciente de dicha carencia, el legislador introdujo algunas disposiciones que contenían mandatos dirigidos al Gobierno para elaborar textos legales. Interesa destacar aquí, la disposición adicional séptima que, con la rúbrica «Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones», instaba al Gobierno a que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley, remitiera a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Añadía, además, que establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones por aquéllas.

Ha transcurrido casi una década hasta la aprobación del Proyecto de Ley. Hasta entonces, los avances que al respecto se han producido se deben, fundamentalmente, al trabajo de la doctrina y de la jurisprudencia que en este punto han llevado a cabo una labor meritoria. En efecto, meritoria es la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil⁶⁸, así como los trabajos numerosos de gran interés que se han publicado en este tiempo y que en buena medida contienen las claves para dicha adaptación. Y meritorio es también el trabajo que en este asunto ha efectuado la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, lenta, pero sin pausa, ha conseguido con un buen balance «allanar el camino»⁶⁹ a favor de la curatela como figura más flexible y favorable al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad. Sin ninguna duda, una y otra conforman un referente insoslayable en esta tarea que a buen seguro culminará con una pronta y profunda reforma. Todavía más, pese al tiempo pasado desde dicho mandato, tiene la razón la doctrina cuando resta importancia al retraso existente al respecto pues estamos ante el mayor reto de

⁶⁷ Ahondó en el modelo social de discapacidad y sirvió de impulso para alcanzar el objetivo de adecuación concreta de la regulación en materia de discapacidad a las directrices marcadas por la Convención.

⁶⁸ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina; ÁLVAREZ LATA Natalia, y MAYOR DEL HOYO, María Victoria, «Título VII del Libro I (De las medidas de protección de la persona)», *Propuesta de Código Civil*, Asociación Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 284-302. Disponible también en formato electrónico en la página web de la Asociación, pp. 102-108. Contiene la configuración de un sistema de medidas de guarda y protección con nuevas aportaciones sobre la base del nuevo orden jurídico impuesto por la Convención (Título VII). A diferencia del Proyecto de Ley, con una actitud continuadora respecto a las previsiones del sistema vigente, regula la tutela representativa como medida subsidiaria para los supuestos en los que la participación de la persona protegida en su propio gobierno resulta inviable.

⁶⁹ GARCÍA RUBIO, María Paz, «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 058, 2018, p. 159.

la Convención que comporta una complejidad y dificultad indudables⁷⁰ donde los mayores desacuerdos residen en la forma de llevar a cabo esa reforma.

Lo que es indudable también, es que con este material doctrinal y jurisprudencial ha llegado el momento de no dilatar más la exigida y necesaria reforma que procure la adaptación del ordenamiento jurídico al artículo 12 de la Convención, sobre la base de un sistema que otorgue protagonismo a la persona en el diseño de las medidas de apoyo⁷¹, primacía a la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos⁷², con la configuración de una nueva curatela más flexible⁷³ o, en su caso, una tutela limitada a casos excepcionales⁷⁴ que asuma funciones representativas solo si falta de manera absoluta la capacidad para tomar decisiones, junto con la implementación de otras medidas de apoyo como la guarda de hecho y el defensor judicial⁷⁵, e incluso la incorporación de una medida de apoyo distinta a la curatela como podría ser la del asistente sobre la base de la voluntad de la persona con discapacidad a la que podrían acudir éstas cuando deseen ser acompañadas en el ejercicio de su capacidad jurídica a través de un expediente de jurisdicción voluntaria⁷⁶. Realmente, «ampliar el elenco de las medidas de apoyo supone reconocer la amplia diversidad que existe en el colectivo de las personas con discapacidad que precisan apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica»⁷⁷.

En efecto, la jurisprudencia no puede seguir realizando funciones que corresponden al legislador a través de esta labor de adaptación que comenzó en 2009. Ha llegado el momento de ir más allá de la interpretación y complemento del ordenamiento jurídico que hasta ahora ha realizado el Tribunal Supremo en este ámbito. Es el «momento del legislador»⁷⁸ fundamentalmente por dos motivos. En primer lugar, porque debe asumir

⁷⁰ GARCÍA RUBIO, *Ibid*, p. 149.

⁷¹ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo», en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones en materia de discapacidad*, cit., pp. 125-163.

⁷² LEGERÉN MOLINA, Antonio, «La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de apoyos», en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones en materia de discapacidad*, cit., pp. 165-211.

⁷³ RIBOT IGUALADA, Jordi, «La nueva curatela: diferencia con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento», en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones en materia de discapacidad*, cit., pp. 215-252.

⁷⁴ Nota número 68.

⁷⁵ Así, art. 250 del Proyecto de Ley.

⁷⁶ GUILARTE-MARTÍN CALERO, «La contribución de...», cit., p. 362, en especial nota núm. 4.

El art. 251 del APL, parece limitar la capacidad de autodiseño de las medidas a las discapacidades progresivas, cuando se refiere a “en previsión de”, lo que parece indicar que en ese momento de autorregulación la persona no padece discapacidad alguna.

⁷⁷ Ídem nota anterior.

⁷⁸ GUILARTE-MARTÍN CALERO, «La contribución de...», cit., p. 392.

el papel que le corresponde para evitar situaciones de inseguridad jurídica y que ante las mismas circunstancias se obtengan respuestas distintas en función de la instancia en que se resuelvan y de que sean o no objeto de recurso ante el Tribunal Supremo⁷⁹. En segundo lugar, porque además de la revisión legislativa de las normas para la protección de las personas con discapacidad y del procedimiento para ello, es preciso abordar la reforma de todas las normas del ordenamiento jurídico que tienen incidencia en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Siguiendo con el hilo argumental, a la espera de la incorporación de los dictados de la Convención a nuestro ordenamiento jurídico mediante la reforma pertinente del Código civil y de otras leyes como la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que el Proyecto de Ley ha ampliado con buen criterio a otras leyes respecto al Anteproyecto de 2018⁸⁰, ha habido ocasión de constatar el «giro copernicano»⁸¹ que aquélla representa en lo que atañe el tratamiento jurídico de la discapacidad, lo que ha propiciado ingentes trabajos doctrinales dirigidos a discernir si el sistema de protección de las personas con discapacidad que proporciona nuestro ordenamiento jurídico es compatible o no con dichos postulados⁸².

⁷⁹ ANDREU MARTÍNEZ, María Belén, «La protección de las personas mayores diez años después de la entrada en vigor de la convención de la ONU de protección de las personas con discapacidad: del procedimiento de modificación de la capacidad al modelo de apoyos», en AA.VV, *Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en España*, op. cit., p. 547; y LEGERÉN MOLINA, «La relevancia de...», cit., pp. 174-175.

⁸⁰ Ley del Notariado y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, con el objeto de acompañar su regulación al cambio de paradigma que introduce esta reforma. Apartado VII de la Exposición de Motivos.

⁸¹ GARCÍA RUBIO, María Paz, *Ibidem*, p. 147.

⁸² Sin ánimo de exhaustividad, GUILARTE MARTÍN-CALERO, *El derecho a la...*, cit., pp. 13-43, en especial, p.38, para quien los principios del sistema de protección son respetuosos con la Convención, salvo la crítica a la regulación de la tutela como régimen principal y preferente, y la articulación del proceso que recae sobre la capacidad de la persona mediante la declaración de incapacitación. Dichos inconvenientes han sido en buena parte neutralizados por la interpretación del Tribunal Supremo que ha «redefinido las líneas maestras del sistema».

LEGERÉN MOLINA, «La tutela y...», cit. pp. 63-89, en particular, pp. 87-89, quien señala, una vez declarada la compatibilidad de la actual regulación con la Convención, que en tanto no se efectúe una reforma legislativa del Código Civil es necesario “adaptar” algunas instituciones ya consagradas por el ordenamiento para implementar las ideas contenidas en la Convención. Del mismo autor, con referencia a una copiosa doctrina sobre dicha compatibilidad o no, «La relevancia de...», cit., pp. 173.174, en especial nota número 21.

En el mismo sentido, ROVIRA SUEIRO, «La Convención de las Naciones Unidas», pp. 15-62.

Por su parte, más contundente sobre la necesidad de reforma de nuestro Código Civil aunando la perspectiva civil y la de la Filosofía del Derecho, se manifestaron ya en el año 2010, proponiendo sólidos argumentos para una reforma, ÁLVAREZ LATA y SEOANE, «El proceso de toma de decisiones», pp. 44-49 y 59-63.

Está claro que a estas alturas el problema no es el de la titularidad de los derechos fundamentales de este amplio y diverso colectivo de personas, sino de cómo articular su ejercicio salvaguardando estos derechos, poniendo en valor su voluntad y autonomía, cuestión que se traslada en el ámbito civil a la capacidad de obrar⁸³, esto es, al ejercicio de esa capacidad jurídica que no es unívoco, sino que presenta un amplio abanico de actuaciones, como pone de manifiesto el art. 12 de la citada Convención. Dichas actuaciones están relacionadas en gran medida con el disfrute de derechos humanos y derechos de la personalidad⁸⁴, sin olvidar las de índole estrictamente patrimonial⁸⁵.

De otra parte, el tiempo transcurrido ha permitido constatar con claridad los defectos que presenta nuestro sistema en lo que se refiere a los procedimientos de incapacitación, como sus problemas de aplicación en la práctica, de una parte, y los existentes en su diseño, de otra. Es verdad, como se constata en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que las «enormes posibilidades de actuación» de la Ley 13/1983, de reforma del Código en materia de tutela, «resultado de un estudio detallado y profundo de la materia», «han sido infrutilizadas por los tribunales»⁸⁶. Por ello este es el momento de superar inercias, corregir errores y abandonar los esquemas de actuación que en este ámbito no han determinado siempre una actuación igualitaria de las personas con discapacidad en atención a sus necesidades particulares desde el respeto a sus derechos fundamentales, autonomía e independencia.

Todavía más, estamos de acuerdo en que el procedimiento de incapacitación no se ajusta a la filosofía de la Convención, en particular al sistema de apoyos que perfila, por mucho que en la jurisprudencia se opte por la curatela en detrimento de la tutela pues, a la postre, la persona tiene que pasar por un proceso para la declaración judicial de incapacitación⁸⁷. Siguiendo este razonamiento, estamos de acuerdo con la doctrina en que si bien el procedimiento persigue la protección de la persona con discapacidad⁸⁸,

Recientemente, también se muestra concluyente al respecto GARCÍA RUBIO, «La necesaria y urgente adaptación del Código civil», cit., pp. 143-191.

⁸³ PEREÑA VICENTE, «Derechos fundamentales y...», cit., pp. 4-5; y ROCA TRÍAS, «Conferencia inaugural», p. 17. Vid. apartado 4 del presente trabajo.

⁸⁴ Como la libertad y seguridad, derecho a vivir de forma independiente, protección de la integridad personal, respeto a la privacidad o tratamientos médicos.

⁸⁵ En propiedad, herencia, control de sus asuntos económicos, acceso a hipotecas u otras modalidades de crédito financiero.

⁸⁶ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *et al.*, *Propuesta de Código Civil*, cit. p. 104.

⁸⁷ VIVAS TESÓN, Inmaculada, «El ejercicio de los derechos de personalidad de la persona con discapacidad», en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, cit., p. 419.

⁸⁸ Esto es, la protección es su finalidad.

en la actualidad se ha puesto en duda con buen criterio que el medio, la incapacitación, sea adecuado a tal fin, el de la protección, pues «para proteger no hace falta declarar a la persona incapaz, vulnerando así su dignidad inherente, basta con adoptar la medida que parte, sin duda, de la necesidad de asistir o representar a la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica y de la constatación en el proceso de su pertinencia y adecuación al interés de la persona con discapacidad»⁸⁹.

Para terminar, conviene advertir que la Convención adolece de algún defecto que posiblemente tenga su origen en el hecho de que va dirigido a un colectivo de personas que es esencialmente muy heterogéneo⁹⁰ en los que se producen diversas situaciones lo que influye frontalmente en las medidas de apoyo o protección que pueden necesitar⁹¹. Si bien aquellas declaraciones y principios de la Convención alcanzan a todos los discapacitados en diversos ámbitos⁹², cuando se trata de personas que sufren discapacidad en grados más extremos, «grandes discapacitados»⁹³, cuyo número lejos de reducirse va en aumento en sociedades como la nuestra, parece que la Convención no los tiene en cuenta como debiera pues no se les menciona expresamente y parece prescindir de lo que es una realidad, a saber, que el apoyo que se les debe prestar en estos casos no debe ser otro que el de la tutela⁹⁴.

4. EL DERECHO PRIVADO DE LA DISCAPACIDAD

4.1. *Del sistema de sustitución al de apoyos*

Tras la delimitación conceptual y normativa de la discapacidad toca ahora acotar aquel contexto general y situarnos en el ámbito del Derecho Privado por cuanto es aquí donde se halla, a la espera de su reforma para adecuarlo definitivamente a la filosofía de la Convención, una de las herramientas principales desde el punto de vista del

⁸⁹ GUILARTE MARTÍN CALERO, «La contribución de...», cit., p. 365.

⁹⁰ DÍAZ ALABART, «Actuación de las personas con discapacidad», p. 167; y PEREÑA VICENTE, «Derechos fundamentales y...», cit., p. 5.

⁹¹ Así, personas dependientes que solo necesitan asistencia para actividades cotidianas, pero cuya capacidad no se ve afectada, personas cuya discapacidad afecta a su capacidad de autogobierno necesitando un complemento o asistencia, sin obviar las que carecen de toda facultad de entender y querer. ROVIRA SUEIRO, «La Convención de las Naciones Unidas», cit., p. 32.

⁹² Entre otros, acceso a la justicia (art. 13); libertad y seguridad de la persona (art. 14); protección de la integridad personal (arts. 17); libertad de movimiento, a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (arts. 18 a 20); libertad de expresión, opinión y acceso a la información (art. 21); respeto de la privacidad (art. 22); derecho a la vida familiar (art. 23); educación (art. 24); salud (arts. 25 y 26); derecho al trabajo y empleo (art. 27); protección social (art. 28); participación en la vida política, pública, cultural, ocio y deporte (art. 29 y 30).

⁹³ DÍAZ ALABART, «Actuación de las personas con discapacidad», cit., p. 168.

⁹⁴ Ídem nota anterior.

Derecho Civil para la protección de los discapacitados cuya capacidad de autogobierno se ve afectada, instaurada en el Código civil y Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como es sabido, dicha protección se materializa a través del procedimiento de incapacitación todavía vigente, denominado por la doctrina reciente por más adecuado, «procedimiento de protección»⁹⁵ y los mecanismos de apoyo fundamentales⁹⁶ que contempla mediante la representación a través de la tutela o la asistencia que se proporciona a través de la curatela. A mayor precisión, este sistema conforma un modelo a medio camino entre el modelo tradicional y el de tipo tradicional modificado funcionalmente, más cercano a los sistemas de sustitución que a estas alturas debe convertirse en uno de apoyos con salvaguardas⁹⁷.

En relación con lo expuesto, un sector doctrinal⁹⁸ sostiene que el sistema de protección vigente instaurado por el legislador de 1983 aplicable cuando la discapacidad afecta a

⁹⁵ PEREÑA VICENTE, «Derechos fundamentales y ...», cit., p. 7.

O procedimiento de provisión de apoyos en el Proyecto de Ley (art. 268).

⁹⁶ Respecto al defensor judicial y la guarda de hecho, como es sabido no conforman instituciones de guarda *stricto sensu* sobre las que nuestro ordenamiento configure el sistema de protección en los supuestos de incapacitación. Sin embargo, desde la Convención, la jurisprudencia las suele mencionar, junto a la tutela y la curatela, cuando se refiere a los sistemas de apoyo, término preferido ahora en consonancia con los principios de aquélla. Vid. STS de 16 de mayo de 2017 (RJ 2017\2207).

Sin ánimo de hacer un estudio de esta cuestión, dos observaciones. En efecto, la guarda de hecho empieza a ser reclamada como un modelo o alternativa de gran validez, al que se recurre en muchas ocasiones para evitar procesos de incapacitación. Si ello es así, lo lógico sería que se regulara de una manera detallada para dar respuesta a los problemas que suscita. Vid., por todos, LECIÑENA IBARRA, Ascensión, «La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad», en AA.VV., *Protección civil y penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en España*, cit., pp. 553-573; y con el mismo título, pero centrando su estudio en el Anteproyecto de Ley en la obra *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, op. cit., pp. 293-320; PARRA LUCÁN, María Ángeles, «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en AA.VV., *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, cit., pp. 217.

Vid, también, los recientes trabajos de PÉREZ MONGE, Marina, «La guarda de hecho: de la transitoriedad a la estabilidad», en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, cit., pp. 321-342.

⁹⁷ GARCÍA RUBIO, María Paz, «La necesaria y urgente adaptación del Código civil», cit., p. 156.

⁹⁸ DE ASÍS ROIG, Rafael, BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, CUENCA GÓMEZ, Patricia, y PALACIOS RIZZO, Agustina, «Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español», en AA.VV., *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*, ed. por Patricia Cuenca Gómez, Dykinson, Madrid, 2010, p. 30; GARCÍA ALGUACIL, María José, *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, dir. por María Ángeles Parra Lucán, Reus, Madrid, 2016, p. 27; o MAYOR DEL HOYO, María Victoria, «Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convención de Naciones Unidas», en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, coord. por Sofía de Salas Murillo, Dykinson, Madrid, 2013, p. 196.

la capacidad de autogobierno⁹⁹, pese a las reformas del año 2015¹⁰⁰, no se adecúa a los principios del tratado internacional referido cuyos destinatarios, como se ha dicho, son muy amplios. No es ánimo de estas líneas hacer un estudio pormenorizado de esta cuestión ya realizado por la doctrina suficientemente¹⁰¹.

Hoy son mayoritarias las voces¹⁰², cuyo parecer compartimos, que propugnan la necesidad de eliminar el procedimiento de incapacitación, revisar los mecanismos de apoyo o de protección vigentes en nuestro ordenamiento que den prioridad a la voluntad y autonomía del sujeto en el diseño de su propia protección mediante las medidas preventivas, que convierta a la curatela en el modelo principal y preferente y sitúe a la tutela en un segundo lugar, ya sea suprimiéndola y atribuyendo a la curatela funciones representativas excepcionalmente, o bien mantenerla para que funcione de manera excepcional. Y ello desde el respeto a los principios de subsidiariedad¹⁰³, necesidad y proporcionalidad¹⁰⁴, que también acoge el Proyecto de Ley (art. 249).

En este sentido, se manifiesta el escrito que presenta el Ministerio Fiscal en el recurso que dio lugar a la STS 29 abril 2009 (RJ 2009\2901). Por su parte, el TS en la sentencia que resuelve dicho recurso concluye afirmando la compatibilidad de la normativa legal con los principios de la CE y de la Convención de Nueva York de 2006.

⁹⁹ Han pasado más de treinta y cinco años desde que el legislador reformara dicho sistema de incapacitación y las instituciones de guarda y protección a través de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma en materia de tutela pasando de una de índole familiar a la de autoridad o judicial. Para el legislador era prioritario que en la regulación de la incapacitación se contara con las máximas garantías para la protección de las personas que se encontraban ante tal procedimiento, concretados en la existencia de un proceso judicial y de una sentencia de carácter constitutivo resultado de un procedimiento contradictorio en cuya virtud la persona incapacitada quedaba sometida a tutela o curatela.

¹⁰⁰ Las leyes de 2015 han modificado el Código Civil en aspectos concretos que inciden en la protección de las personas con discapacidad, aunque sin que tales cambios conformen una reforma del sistema vigente. Más exactamente, más que cambios sustanciales comportan una variación de la terminología en consonancia con la Convención. PARRA LUCÁN, María Ángeles, «La incidencia de las reformas del año 2015 en la protección de las personas con discapacidad», en AA.VV., *Protección Jurídica de la persona con discapacidad*, op. cit., pp. 225-316.

¹⁰¹ Sin pretensión de exhaustividad, DE SALAS MURILLO, Sofía, «Significado jurídico del “apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica” de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 5, mayo 2018, documento obtenido electrónicamente de Aranzadi Instituciones, *BIB* 2018/8655, pp. 1-33; GARCÍA ALGUACIL, *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, cit., pp. 17-27, y de la misma autora, “El difuso equilibrio entre autonomía y protección: algunos instrumentos de asistencia a la luz de la convención”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 9/2015, documento obtenido electrónicamente en Aranzadi Instituciones, *BIB* 2014\4435, pp. 1-12; GARCÍA RUBIO, «La necesaria y urgente adaptación del Código civil», cit., pp. 150-172; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El tratamiento jurídico...*, cit., pp. 17-31, y 89-93; y PEREÑA VICENTE, «Derechos fundamentales...», cit., pp. 3-40.

¹⁰² Por todos, PAU, «De la incapacitación al apoyo», cit., p. 11.

¹⁰³ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *et. al.*, *Propuesta de Código Civil*, cit., p. 105.

¹⁰⁴ *Ibid*, p. 105 y 107.

4.2. Elementos clave para la reforma del sistema vigente

Sentado lo anterior, hay que poner en valor las dos llaves que están favoreciendo el cambio hacia un sistema nuevo de apoyos que supera la tradicional limitación en el ejercicio de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad mediante la representación legal, a otro de apoyo más amplio a fin de hacer valer los derechos proclamados en la Convención en línea también con el modelo social de la discapacidad.

4.2.1. El artículo 12 de la Convención

La primera de las claves en este cambio es el artículo 12 de la Convención, cuya mención a los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica ha sido determinante en el nuevo entendimiento y tratamiento jurídico de la discapacidad. Pero dicho precepto no se limita a lo expuesto, pues es «un mandato de no discriminación que exige a los Estados tomar todas las medidas necesarias para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás»¹⁰⁵.

Recordar, al efecto, la interpretación auténtica y jerárquica¹⁰⁶ del art. 12.3º llevada a cabo en la Observación general nº 1 del Comité de los derechos de las personas con discapacidad, que acoge también el Proyecto de Ley¹⁰⁷, de los que resulta con total claridad que el mencionado «apoyo» es un término amplio.

De ahí que la doctrina en esta línea afirme que «apoyo no es simplemente la medida de autoridad institucionalizada y reglada en un Código o en otra norma del rango y naturaleza que sea; muy al contrario, apoyo es un término mucho más amplio que a veces puede encontrarse en realidades puramente fácticas y que en otras requerirá unas más acabada construcción técnico-jurídica»¹⁰⁸.

El apoyo o apoyos en la toma de decisiones debe superar una visión estricta del mismo limitado a las condiciones o requisitos de validez de los actos jurídicos. Dicho, en otros términos, el apoyo no debe limitarse a resolver el problema de si los actos que pretende llevar a cabo la persona con discapacidad deben ser realizados con la

¹⁰⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, «La contribución de...», cit., p. 363.

¹⁰⁶ DE SALAS MURILLO, «Significado jurídico del “apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica”...», cit., p. 3.

¹⁰⁷ Apartado III de su Exposición de Motivos.

¹⁰⁸ GARCÍA RUBIO, «La necesaria y urgente adaptación del Código civil», cit., p. 153.

intervención de quien complementa su capacidad o, en su caso, le sustituya¹⁰⁹. Esto es, no se trata únicamente de que el «acto o decisión adoptada reúna los requisitos necesarios para que sea válido desde una perspectiva jurídica»¹¹⁰. Más bien al contrario, el prestador del apoyo debería desempeñar su función con carácter previo a la toma de decisiones a fin de que la persona con discapacidad pueda actuar en su propio proceso¹¹¹. Así el apoyo¹¹² debería ir orientado a acompañar, informar, orientar, aconsejar, ayudar en la comprensión y razonamiento de aspectos necesarios en la toma de decisiones que les atañen, ayuda para adoptar y expresar la decisión, verificar la voluntad de la persona apoyada, cuando ello sea posible, sin desconocer los problemas que en la práctica puede comportar su ejercicio.

4.2.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

La segunda clave en este proceso de transición hacia el nuevo modelo de provisión de apoyos hasta que se lleven a cambios los cambios legislativos proyectados, la conforma la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la emblemática sentencia de 29 de abril de 2009, con una doctrina consolidada que desde entonces hasta el momento actual ha procurado adaptar el sistema vigente de protección constitucional y del Código civil a la filosofía de la Convención y declarar a veces forzosamente la compatibilidad de ambos¹¹³.

¹⁰⁹ Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, página web <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/index.php>, p. 22.

¹¹⁰ LEGERÉN MOLINA, «La relevancia de...», cit., p. 201.

¹¹¹ DE SALAS MURILLO, «Significado jurídico del “apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica”...», pp. 10-11 y 22-25.

La autora advierte de los problemas que se pueden plantear en este proceso previo a la decisión. Entre otros, plantea diversos interrogantes, como el relativo a cómo compeler a la prestación de estos apoyos en momentos y situaciones tan variados; o si el prestador del apoyo asume una obligación de medios o de resultado y hasta dónde llegaría su diligencia exigible; o si en aras de la preferencia de la autonomía de la voluntad cabe que la persona se niegue a recibir dichos apoyos; o los posibles casos de desacuerdos entre el prestador de apoyos y la persona que ha de recibirlo, entre otros.

En el mismo sentido, LEGERÉN MOLINA, «La relevancia de...», cit. p. 201.

¹¹² Apoyo que debe concebirse en sentido dinámico y/o contingente pues debe adaptarse a las necesidades cambiantes de la persona en cada momento, al igual que debe serlo la resolución judicial. LEGERÉN MOLINA, «La relevancia de...», cit., p.187.

¹¹³ (RJ 2009\2901), de Pleno (Rec. Núm. 1259/2006) a la que han seguido otras tantas en la misma línea. La doctrina de dicha sentencia que se reproduce en las sucesivas que la citan señala que: “La incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado. 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”. El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone:

Sin ánimo de hacer un estudio exhaustivo de dicha jurisprudencia, constatar que se ha observado en esta doctrina una evolución que refleja el cambio de sensibilidad del Alto Tribunal en que se opta por la curatela como medida judicial preferente de apoyo en casos en los que se plantea si procedía esta medida o la instauración de tutela¹¹⁴, salvo para los actos personalísimos¹¹⁵. De resultas, la tutela que ha sido durante mucho tiempo el «instrumento estrella de la incapacitación»¹¹⁶ se reserva para los casos de incapacitación total.

En este sentido, creo que debe llamarse la atención de un dato que puede servir para descargar toda la responsabilidad que se ha atribuido a los jueces con este proceder. Es verdad que nuestro sistema judicial se ha dejado llevar en esta materia por inercias que han convertido la incapacitación absoluta y la tutela como la regla general para la protección de la persona con discapacidad. Sin embargo, quizá han pasado desapercibidos otros motivos que han coadyuvado con esta forma de proceder. En efecto, las connotaciones vergonzantes del proceso de incapacitación pese a ser una medida de protección para quien lo necesita, se ha convertido en muchos supuestos en la medida o recurso «in extremis» al que acudían los familiares del presunto incapaz cuando la enfermedad o discapacidad había avanzado de tal manera que las posibilidades de autogobierno eran prácticamente nulas. Es claro que, en esos supuestos, la única manera de proteger a la persona con discapacidad no era otra que la de la tutela tras la declaración de una incapacitación total¹¹⁷.

“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. 2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. *Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse.* Sobre esta última expresión, compartimos el parecer de GUILARTE MARTÍN CALERO, «La contribución de la...», cit., p. 363. Expresa la autora que dicha afirmación es poco afortunada y contraria a la Convención, por lo que sería más adecuado referirse a personas que «por razón de sus facultades intelectivas y volitivas, precisan la asistencia o, excepcionalmente, la representación de un tercero para el ejercicio de sus derechos, o en lenguaje Convención, de personas que precisan de un apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica». Vid, así, entre otras, las SSTS (1ª) de 24 junio 2013 (RJ 2013\3948); 30 junio 2014 (RJ 2014\4930); 30 septiembre 2014 (RJ 2014\4864); 20 octubre 2014 (JUR 2014\263267); 27 noviembre 2014 (RJ 2014\6032); 13 de mayo 2015 (RJ 2015\2023); 14 octubre 2015 (RJ 2015\4755); 20 octubre 2015 (RJ 2015\4900); 4 noviembre 2015 (RJ 2015\5138); 17 diciembre 2015 (RJ 2015\5726); 3 junio 2016 (RJ 2016\2311); 16 mayo de 2017 (RJ 2017\2207); 11 octubre 2017 (RJ 2017\4290); 27 de septiembre 2017 (RJ 2017\5913); 8 noviembre 2017 (RJ 2017\4760); 7 febrero 2018 (JUR 2018\43860); 19 febrero 2020 (RJ 2020\392).

¹¹⁴ SSTS (1ª) 24 junio 2013 (RJ 2013\3948); 30 junio 2014 (RJ 2014\4930), 14 octubre 2015 (RJ 2015\4755), o 4 noviembre 2015 (RJ 2015\5138), o STS 3 junio de 2016 (RJ 2016\2311).

¹¹⁵ SSTS (1ª) 8 noviembre 2017 (RJ 2017\4760) y 7 marzo 2018 (RJ 2018\934).

¹¹⁶ GARCÍA ALGUACIL, «El difuso equilibrio...», cit., p. 9.

¹¹⁷ Ibid., pp. 6, 9 y 11.

Siguiendo con la exposición, es verdad que en un primer momento se percibe de la lectura de los pronunciamientos la necesidad por parte de la Sala primera, de argumentar la compatibilidad de nuestro sistema de protección con los postulados de la Convención, introduciendo una serie de reglas interpretativas de la legislación vigente en materia de incapacitación en las que se afirma, entre otras, que una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. En ellos, además se tiende a citar la sentencia de 29 abril de 2009 y reproducir la doctrina jurisprudencial contenida en ella.

En un momento posterior, el Alto Tribunal si bien todavía con cierta inercia en la reproducción de la doctrina de 2009¹¹⁸ empieza a ir más allá, incorporando nuevas consideraciones a propósito de la incapacitación y sus efectos, como se constata en la STS (1ª) de 1 julio 2014¹¹⁹ que pone el acento en la graduación de aquélla y la necesaria flexibilidad de la medida con la adaptación a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad. Dicha graduación se concreta en la preferencia del Tribunal Supremo por la curatela como fórmula de apoyo «en la esfera personal o patrimonial, o en ambas, según lo que requiera en cada caso la protección de la persona»¹²⁰.

Reviste interés al respecto, la STS (1ª) de 13 mayo 2015¹²¹ cuando declara que «El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica».

A mayor precisión, resulta interesante, la incorporación en esa doctrina de la necesaria «revisibilidad de la situación, según la evolución de la causa que dio lugar a la medida de protección y, además, a valorar especialmente, siempre que sea posible, la esfera de autonomía e independencia individual que presente la persona afectada en orden a la articulación y desarrollo de la forma de apoyo que se declare pertinente para la adopción o toma de decisiones. Voluntad y preferencia de la persona que constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no

¹¹⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, «La contribución de...», cit., p. 365.

¹¹⁹ (RJ 2014\4518).

¹²⁰ Entre otras, STS (1ª) 20 octubre 2015 (RJ 2015\4900). Más recientemente, STS (1ª) 7 marzo 2018 (RJ 2018\734).

¹²¹ (RJ 2015\2023).

puede verse menoscaba en aplicación del interés superior de que se trate»¹²². Este respeto a la autonomía de las personas con discapacidad se concreta, por ejemplo, en el aspecto relativo a la elección de la persona que ha de llevar a cabo la asistencia determinada en la sentencia que puede ceder a favor de su interés superior cuando se pruebe que la voluntad de la persona afectada por la discapacidad se encuentra influenciada por quien pretende asumir su curatela¹²³, lo que, eso sí, obliga a motivar la decisión del juzgador en atención a las razones que tiene en cuenta para no atender a dicha voluntad¹²⁴.

A partir del año 2017, el Tribunal Supremo en sus pronunciamientos ha avanzado hacia lo que debe ser la configuración del nuevo sistema de protección de acuerdo con la Convención, prescindiendo en sus argumentaciones de la sentencia de 29 de abril de 2009, optando de una manera palmaria por los términos «apoyo» o «sistemas de protección», frente al de incapacidad y dando prioridad a la curatela, salvo para los actos personalísimos¹²⁵. Además, en varios supuestos se concreta en una curatela de salud¹²⁶ para lograr que la medida de apoyo se adecúe a los principios de proporcionalidad y necesidad¹²⁷.

Se constata por el Alto Tribunal, en definitiva, de una manera recurrente que para que funcionen los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y

¹²² STS (1ª) 30 junio 2014 (RJ 2014\4930).

¹²³ Como ocurre en la STS (1ª) de 3 junio 2016 (RJ 2016\2311). El nombramiento que realizó doña Angelina decae ante su interés superior tras valorar las circunstancias concurrentes en la persona nombrada que retiró dinero de la entidad bancaria de aquélla para ingresarla en la suya de cotitularidad con su marido y sin explicación razonable.

¹²⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, «La contribución de...», cit., pp. 384-386.

¹²⁵ Como el matrimonio, o testamento, para los cuales no cabe la asistencia del curador, pues deberán realizarse por la persona con discapacidad, en la medida en que posea para el acto particular de que se trate, capacidad natural para entender y querer dicho acto. GUILARTE MARTÍN CALERO, «La contribución de...», op. cit., pp. 375-379.

Entre otras, STS (1ª) 20 octubre 2015 (RJ 2015\4900). Más recientemente, STS (1ª) 7 marzo 2018 (RJ 2018\734), 15 marzo 2018 (RJ 2018\1090) y de la misma fecha (RJ 2018\1478).

¹²⁶ Aunque de difícil ejecución en la práctica. GUILARTE MARTÍN CALERO, «La contribución de la...», op. cit., pp. 374-375.

¹²⁷ En esta dirección, la STS (1ª) de 16 mayo 2017 (RJ 2017\2207) expresa que:

«El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos [...]. La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas [...]. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad».

particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución¹²⁸.

La STS (1ª) de 7 marzo 2018¹²⁹ reitera que para conseguir “el traje o trajes a medida” se exige:

«la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, lo que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que sean necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio e interés del discapaz, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que presente en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones».

Este último pronunciamiento completa la STS (1ª) de 1 julio 2014¹³⁰ porque hace hincapié en la necesidad de respetar la autonomía e independencia individual de la persona en la confección de ese traje a medida. Además, en los dos, la declaración del Alto Tribunal contiene mandatos dirigidos fundamentalmente al juzgador, lo que se concreta en realización de las pruebas a que se refieren los arts. 759 y 762 de la LEC para alcanzar un exacto conocimiento de la situación en que se encuentra la persona con discapacidad. Así se logrará una «perfecta correlación entre la prueba practicada y la convicción del juzgador» a efectos de establecer las necesarias medidas de protección con los apoyos precisos para el ejercicio de la capacidad jurídica. Y así, se

¹²⁸ STS (1ª) de 1 de julio de 2014 (RJ 2014\4518): «De este modo, la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. [...]

Debe ser un traje a medida. Para ello hay que conocer muy bien la situación de esa concreta persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona.

¹²⁹ (RJ 2018\934).

¹³⁰ Nota número 129.

impedirá el automatismo y la generalización de las medidas que han imperado durante mucho tiempo¹³¹.

Las ideas que de manera sucinta se han expuesto, fruto de la labor llevada a cabo por el Tribunal Supremo para adaptar nuestro sistema a los postulados de la Convención desde el año 2009 a la actualidad y, en particular, a la necesidad de articular un sistema de apoyos amplio y genérico en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, deben ponerse en valor y acogerse positivamente pues a buen seguro han sido tomadas en consideración en 2018 por la Asociación de Profesores de Código Civil en la elaboración de la Propuesta de Código Civil y, con mayor relevancia, por el Gobierno que finalmente ha aprobado la remisión a las Cortes del Proyecto de Ley al que dedicaremos el siguiente apartado.

5. EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

5.1. *Breve mención a la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*

No es propósito de estas líneas hacer un tratamiento exhaustivo de esta cuestión por haber sido abordada suficientemente por la doctrina. Solo apuntar aquí, que esta concepción amplia de apoyo en toda su dimensión¹³² es la que acogió, entre otra doctrina, la Asociación de Profesores de Derecho Civil con la Propuesta de Código Civil de 2018. Más relevancia presenta en este momento el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica de 17 de julio de 2020¹³³. Antes de expresar algunas reflexiones a propósito de este último, formularé una breve referencia al Título VII del Libro I de dicha Propuesta.

El Título VII de la Propuesta de Código civil, se ocupa de las medidas de protección de las personas. Diferencia entre las medidas de apoyo estables (curatela con carácter preferente frente a la tutela que se mantiene de manera excepcional) de las restantes instituciones de apoyo entre las que se encuentran la asistencia, resultado de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, a petición de la persona mayor de edad que

¹³¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, «La contribución de...», cit., pp. 368-369.

¹³² Incluido el derecho a equivocarse de la persona con discapacidad, en línea con el respeto a su autonomía y voluntad, con un límite, el del perjuicio objetivo en su dimensión personal o patrimonial; o el derecho a rechazar apoyos entre otros aspectos. LEGERÉN MOLINA, «La relevancia de...», cit., pp. 197-201.

¹³³ Apartado III de su Exposición de Motivos.

conservar la capacidad para decidir por sí mismo y tomar decisiones con el apoyo de otra para solucionar su salvaguarda.

Además, sobre la base del respeto a la autonomía destaca la regulación de los poderes preventivos que otorga la persona mayor de edad y con capacidad suficiente a favor de personas de su confianza. Se regula asimismo la figura del defensor judicial para que asista o represente los intereses de la persona con discapacidad mental o intelectual en determinados supuestos y a tal fin autorice la conclusión de uno o varios actos que de forma ocasional y concreta resulten necesarios para su protección.

Todavía más, deben destacarse tres ideas. En primer lugar, la alineación con las legislaciones en las que se prescinde de las restricciones de capacidad en línea con los postulados de la Convención para focalizar la intervención en los apoyos y en la protección de la persona y dotar de flexibilidad al sistema que diseña¹³⁴. En segundo lugar, en el procedimiento de provisión de apoyos estables la regla es la curatela, quedando la tutela, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y mínima intervención, como medida excepcional y subsidiaria¹³⁵, que por tanto se mantienen y regulan de manera independiente y separada, tanto nominalmente como desde el punto de vista sustantivo. En tercer lugar, y aquí se percibe con más nitidez la amplitud con que se conciben los apoyos, se propone un sistema plural de apoyos y medidas de protección para la persona, de carácter alternativo, con el objetivo de cumplir con la máxima de ofrecer un traje a medida para proteger a las personas que no pueden en general o en un momento determinado salvaguardar sus intereses personales y patrimoniales por sí solas. Así, algunas de estas medidas tienen carácter más estable como se ha referido, mientras que otras son más puntuales como ocurre con la nueva figura del defensor judicial. Asimismo, unas son de provisión judicial y otras como los poderes preventivos están basadas en la autonomía de la persona. Y, en fin, mientras que unas se caracterizan por la intervención judicial, otras se decantan por la iniciativa y participación de la persona¹³⁶.

5.2. Especial referencia al Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

5.2.1. «Las medidas de apoyo»: La indeterminación del artículo 249 del Proyecto de Ley. ¿Retroceso respecto a los artículos 199 y 200 del Código Civil?

¹³⁴ *Propuesta de Código Civil*, cit., p. 103.

¹³⁵ *Propuesta de Código Civil*, cit., p. 105.

¹³⁶ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *et. al.*, *Propuesta de Código Civil*, cit., p. 104.

Más relevancia presenta el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica de 17 de julio de 2020 que actualmente está siendo objeto de tramitación parlamentaria.

En primer lugar, como no podía ser de otra manera, que la piedra angular del mismo es el apoyo en un sentido amplio por lo que, consecuentemente, se abandona la declaración de incapacidad¹³⁷ con el previo proceso de incapacitación y la consiguiente modificación de la capacidad. En este sentido, a buen seguro se sustituirá el actual contenido de los artículos 199 y 200 del Código civil, por el art. 249 del Proyecto¹³⁸ que textualmente se refiere a las «medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad».

Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo ya manifestado al principio de este trabajo sobre el desacierto del Proyecto de Ley al no contemplar la diversidad de la discapacidad lo que puede producir el efecto no deseado de que el tratamiento jurídico que de la misma pretende no sea el más adecuado, por más que articule toda su reglamentación sobre las medidas de apoyo en línea con los postulados de la Convención que huyen de los sistemas de representación.

En este sentido, como apunta certeramente Martínez de Aguirre¹³⁹: «la propuesta de reforma del CC no aclara ni de que discapacidad se está hablando (física, sensorial, psíquica...), ni la razón por la que una persona con esa discapacidad necesita de unos apoyos tipificados legalmente y que incluyen reglas sobre toma de decisiones, apoyos que consisten precisamente en la guarda de hecho, la curatela (con o sin facultades representativas, pero en todo caso con facultades ligadas a la toma de decisiones legalmente válidas) y el defensor judicial. De hecho, llama la atención que la reforma hable de “personas necesitadas de medidas de apoyo”, en muchas ocasiones, pero sin llegar a hablar claramente de una discapacidad, y mucho menos de una discapacidad que afecte a sus facultades cognitivas y volitivas: todo ello, se apunta, y se presupone. Esto, como digo, me parece un error, porque si no es posible identificar legalmente el

¹³⁷ Especialmente crítico se manifiesta CARRASCO PERERA, «Discapacidad personal y estabilidad contractual», cit., pp. 4-5.

¹³⁸ Que inicia el Título XI del Libro I con la rúbrica «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica».

¹³⁹ «Curatela y representación: ...», cit., pp. 258-261, en especial, p. 258.

Aunque se refiere al Anteproyecto, sería aplicable esta observación y las sucesivas que formula, al Proyecto de Ley.

problema que se quiere afrontar y resolver, difícilmente será posible diseñar una solución adecuada, lo que normalmente acaba desembocando en problemas a la hora de interpretar y aplicar las normas. Por otro lado, al referirse a la discapacidad, sin más, el Anteproyecto olvida que no es lo mismo, desde el punto de vista jurídico, una discapacidad física, que una discapacidad sensorial, que una discapacidad psíquica: únicamente esta última presenta problemas ligados al proceso de toma de decisiones, y de ahí sus peculiaridades».

Ciertamente, este planteamiento conforma un aspecto susceptible de mejora respecto a los vigentes artículos 199 y 200 del Código civil, que sí se ocupan de determinar el problema que se trata de resolver cuando se refiere a las causas de incapacitación que, formuladas con cierta dosis de generalidad y flexibilidad se podrían identificar con una discapacidad intelectual más que con una sensorial, auditiva o, en general, física. Como es sabido, en la actualidad, solo si concurre alguna de las causas de incapacitación, una persona podrá ser declarada incapacitada por sentencia judicial tras el pertinente proceso con las garantías oportunas. Por su parte, el sistema de gestión de apoyos del Proyecto de Ley deja, empero, sin determinar ni clarificar cuál es el problema que la ley intenta resolver salvo las imprecisas y aisladas referencias a la discapacidad como las que contiene el citado art. 249¹⁴⁰. Quizá este texto debería ir más allá del avance terminológico y diseñar un régimen completo que delimite con precisión cuando son procedentes las medidas de apoyo, diversas en cada caso y que previsiblemente deberían ser operatorias en línea de principio para las discapacidades psíquicas que pueden presentar también diversos grados en atención a los cuales el apoyo será de menor o mayor intensidad.

5.2.2. La preferencia de la curatela asistencial como regla general en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 2009.

Hecha esta advertencia preliminar, a falta de un apoyo voluntario, la curatela asistencial se convierte en la principal medida de apoyo judicial para las personas con discapacidad¹⁴¹, y la tutela se elimina del ámbito que nos ocupa¹⁴², reservándose para los menores. Se acaba así con la rigidez a la que había llevado esta institución de guarda¹⁴³. Respecto a la curatela asistencial como medida de apoyo de origen legal

¹⁴⁰ Cuando expresa que las medidas de apoyo de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate.

¹⁴¹ Como regla general la curatela será asistencial y excepcionalmente representativa (artículos 249.3º, 269, 270).

¹⁴² Al igual que la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

¹⁴³ La tutela que en su regulación actual (art. 222 CC) está prevista para los menores no emancipados no sujetos a patria potestad o en situación de desamparo, incapacitados, y los sujetos a patria potestad

preferente, el Proyecto de Ley concuerda con lo que desde 2009 ha sido el habitual modo de proceder de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a fin de mantener las posibilidades de actuación de las personas con discapacidad en consonancia con el respeto de su autonomía y voluntad siempre que su dolencia no se lo impida.

A mayor abundamiento, la curatela junto con la guarda de hecho no constituida judicialmente y el defensor judicial se convierten en las medidas de apoyo que se pondrán en marcha en defecto de autorregulación, esto es, de la existencia de medidas de apoyo voluntarias que tienen preferencia sobre las primeras¹⁴⁴.

La curatela como medida de apoyo preferente está prevista para quienes la necesiten de manera continuada, se constituye mediante resolución judicial cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad, y deberá precisar los actos para los que la persona requiere la intervención del curador y aquellos otros en los que forma excepcional el curador deba asumir la representación de aquélla. Asimismo, la autoridad judicial deberá incluir las medidas de control oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y preferencias de la persona procurando que ésta pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. El juez puede exigir información al curador sobre la situación personal o patrimonial de aquélla, junto con el Ministerio Fiscal, facultado por el art. 270 para recabar en cualquier momento la información que considere necesaria.

Por su parte, en la hipótesis del curador con facultades representativas, además, precisa autorización judicial para los actos que determine la resolución y en todo caso para los especificados en el art. 287 por su especial transcendencia económica (similar al actual art. 271 del Código civil). Incluso, para los realizados sin autorización judicial (partición de la herencia o división de la cosa común ex art. 289), se precisa dicha autorización a posteriori (similar al actual art. 272 del Código civil para los realizados por el tutor). Y, entre otros aspectos, el curador con facultades representativas estará obligado a hacer inventario del patrimonio en línea con lo previsto en el actual 260 del Código civil.

prorrogada, se reserva en la reforma solo para los menores no emancipados que estén en situación de desamparo o no estén sujetos a patria potestad y se ejerce siempre bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (arts. 199 y 200, Título IX, De la tutela y de la guarda de los menores, capítulo I).

¹⁴⁴ La autorregulación de la discapacidad puede hacerse efectiva a través de tres medios: la escritura de previsión de medidas de apoyo sobre la propia persona o los propios bienes, los poderes preventivos y la autcuratela. Además de la preferencia de la autorregulación sobre la heterorregulación (art. 249), las medidas de autorregulación pueden coexistir con medidas de heterorregulación cuando las primeras sean insuficientes (art. 253).

También el Proyecto de Ley contempla la remoción del curador en su art. 278, al igual que para la tutela nuestro Código civil (art. 244); el juez podrá exigir la constitución de la fianza (similar también al actual art. 260), y está obligado a la rendición final de cuentas como estipula el art. 292 del Proyecto de Ley, en línea con lo previsto en nuestro Código Civil en el art. 279, sin perjuicio de la obligación de rendición periódica que contempla el mismo precepto.

5.1.3. La supresión de la tutela. La curatela representativa como medida de apoyo judicial excepcional. Supuestos. Problemas no resueltos en el Proyecto de Ley.

La opción del Proyecto de Ley por la supresión de la tutela, como si fuera incompatible con el apoyo, seguramente tiene que ver con lo que puso de manifiesto la Observación general número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con el artículo 12, al afirmar que «La obligación de los Estados partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos». Al respecto, nos parece interesante hacer algunas reflexiones.

En primer lugar, compartimos la opinión doctrinal¹⁴⁵ que sostiene que hay que ver si las discrepancias, más que sustanciales, son aparentes y terminológicas. En efecto, cuando la Convención alude a «medidas pertinentes» y «proporcionales» en el propio art. 12, es plausible admitir que, en algunos casos, especialmente graves, la tutela probablemente será la medida pertinente más adecuada. Es decir, la tutela puede ser el sistema de apoyo idóneo de acuerdo con los principios de la Convención. En expresión de Pereña Vicente, «el “apoyo” es la finalidad perseguida no la medida en sí»¹⁴⁶.

En este sentido, advierte certeramente Martínez de Aguirre, que «la previsión de que el curador pueda tener facultades representativas, incluso de alcance general, es una herramienta más a disposición del Juez para diseñar ese traje a medida del que tanto se habla en este ámbito, y eso es en sí mismo bueno»¹⁴⁷.

Empero, vuelve a emerger en esta cuestión atinente a la determinación de las medidas necesarias de apoyo, la heterogeneidad propia de la discapacidad que se convierte, también, en un punto crucial a la hora de revisar nuestra legislación y nuestra

¹⁴⁵ PEREÑA VICENTE, Montserrat, «Derechos fundamentales y...», op. cit., p. 10.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 11.

¹⁴⁷ «Curatela y representación: ...», cit., p. 265.

práctica¹⁴⁸, pues el apoyo que podrá ser voluntario o judicial debe ser diseñado para cada persona según su particular situación.

Se puede argüir entonces que, de acuerdo con los principios de la Convención, la tutela, pese a la reticencia a ser admitida como válida a la luz de su art. 12, puede ser una medida de apoyo pertinente en determinados supuestos atendiendo a las circunstancias de la persona afectada por discapacidad, que siempre debe respetar sus derechos, autonomía, voluntad y preferencias. Esta es la senda por la que ha optado el Proyecto de Ley, atribuyendo excepcionalmente al curador funciones de representación, lo que apunta a que en nuestro sistema la figura de la curatela va también a «reinventarse»¹⁴⁹. Al final, quizá el cambio en este extremo es más terminológico que sustancial¹⁵⁰, pues la tutela con la representación que lleva consigo en el derecho vigente, va a ser en la próxima reforma, probablemente, la curatela representativa¹⁵¹.

El mayor problema que puede plantear la curatela representativa se manifiesta en dos aspectos. Primero, determinar esos «casos excepcionales» a los que se refiere el art. 249 en los que por las circunstancias de la persona con discapacidad puede ser necesaria dicha representación, lo que está relacionado además con la indeterminación inicial del texto cuando se refiere las personas con discapacidad sin más. Habría que pensar que serían los casos excepcionales en los que la persona está privada absolutamente de sus facultades volitivas y cognitivas, donde la norma por su vocación general no puede entrar a la determinación o concreción de aquellos supuestos. En estos casos, sin embargo, dicha medida de apoyo debe ser proporcional a la intensidad con la que la discapacidad comprometa la toma de decisiones, lo que obliga a una previa evaluación formal de la capacidad real de la persona con discapacidad psíquica, que deberá ser realizada preferentemente por el juez¹⁵². Por el momento, y hasta la aprobación definitiva de la ley, podemos deducir del Proyecto de Ley, que la labor del juez será determinante al efecto.

En segundo lugar, en estos casos, el curador tiene que llevar a cabo una labor destinada a averiguar la decisión que hubiera tomado la persona con discapacidad si no hubiera

¹⁴⁸ PEREÑA VICENTE, «Derechos fundamentales y...», cit., p. 11. Recientemente, LEGERÉN MOLINA, «La relevancia de...», cit., pp. 181 y 187.

¹⁴⁹ PEREÑA VICENTE, «Derechos fundamentales y...», cit., p. 14.

¹⁵⁰ Esta reflexión la efectúa, con acertado criterio, PEREÑA VICENTE, *ibid.*, p. 15, en relación con lo acontecido en el ámbito del Derecho Suizo.

¹⁵¹ Obsérvese, que en el Proyecto de ley la curatela es objeto de una regulación pormenorizada frente a la actual que el Código Civil proporciona de manera más bien escueta (tan solo ocho artículos, frente a los veintisiete del Proyecto -arts. 268 a 294-).

¹⁵² Como argumenta acertadamente MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Curatela y representación: ...», cit., p. 265.

necesitado la representación¹⁵³ y que obliga a llevar a cabo «un delicado trabajo de reconstrucción hermenéutica»¹⁵⁴ para actuar conforme a su «voluntad presunta»¹⁵⁵. Sin embargo, habrá supuestos en que la propia discapacidad psíquica impida, a causa de la completa ausencia de voluntad de la persona, poder tomar decisiones¹⁵⁶. De ahí que haya supuestos en los que no sea posible dar cumplimiento a la previsión del art. 249 del Proyecto que obliga, como se ha dicho, a que las personas que presten apoyo actúen atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera y que la persona con discapacidad «pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias», o a que quien ejercite dicha actuación representativa tenga en cuenta la «trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a que preste apoyo», debiendo tomar la decisión que aquélla hubiera tomado en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración». Ciertamente, en estas hipótesis, sería pertinente dar entrada al interés superior¹⁵⁷ como criterio rector que debería guiar la actuación del curador¹⁵⁸, pese a la omisión del texto que nos ocupa y la resistencia a tenerlo en cuenta en la tramitación parlamentaria del mismo¹⁵⁹.

Siguiendo el hilo argumental, un aspecto en el que resulta criticable el Proyecto de ley siguiendo los dictados de la Convención¹⁶⁰, es precisamente el referido. La preferencia

¹⁵³ LEGERÉN MOLINA, «La relevancia de...», cit., pp. 191 y 193, quien se refiere a las manifestaciones «tácitas» de su voluntad, y si no es posible averiguarlas, habrá que acudir de manera subsidiaria a su interés objetivo.

¹⁵⁴ GARCÍA RUBIO, «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español...», cit., p. 182.

¹⁵⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Curatela y representación: ...», cit., p. 267.

¹⁵⁶ *Ibid.*, pp. 267-268, en los supuestos de discapacidad psíquica en los que debido a su gravedad la persona no ha podido formar una voluntad determinada en ningún caso, que son distintos de los casos de discapacidad psíquica sobrevenida en los que puede ser más fácil tomar decisiones por el curador en función de la trayectoria vital de la persona.

¹⁵⁷ Respecto a su concepto, PEREÑA VICENTE, Montserrat, «La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad», en AA.VV, *La voluntad de la persona protegida*, op. cit., pp. 120-121, quien advierte, con buen criterio, la escasa atención que suscita el interés superior de la persona protegida por parte del legislador a diferencia del interés del menor.

¹⁵⁸ TEDH de 23 junio 2017, Caso *A-M.V contra Finlandia* (JUR 2017\85862), en la que se plantea la disyuntiva entre la voluntad y el interés superior. El TEDH sin dar prioridad de manera absoluta y en abstracto a este último como regla cara al futuro, se muestra partidario de que pueda prevalecer en atención a las circunstancias del caso. PEREÑA VICENTE, «La protección jurídica de...», cit., pp. 131 y 132. En el mismo sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Curatela y representación...», cit., p. 266.

¹⁵⁹ GARCÍA RUBIO, María Paz, en la comparecencia en relación con el citado Proyecto, «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», Comisiones, 20 de octubre 2020, pp. 26-27.

¹⁶⁰ PEREÑA VICENTE, «La protección jurídica...», cit., p. 121.

La preferencia que atribuye la Convención a la voluntad de la persona protegida resulta patente cuando en la formulación de los principios generales del artículo 3.a) obvia cualquier mención al interés superior, que se sustituye por la expresa referencia a *la autonomía individual incluida la libertad de tomar las*

absoluta de la voluntad, deseos y preferencias de la persona como criterio de actuación de la persona que ejerce la medida de apoyo en detrimento del interés superior de la persona con discapacidad al que se no hace mención alguna¹⁶¹, ha generado el planteamiento de interrogantes que van más allá del supuesto en el que no sea posible conocer la voluntad de la persona¹⁶².

A nuestro entender es preciso poner en valor el interés superior de la persona que junto a la voluntad debe conformar un criterio de actuación de la persona que ejerce la medida de apoyo, lo que dependerá de las circunstancias de cada caso. En efecto, estamos a tiempo de lograr «una interpretación integradora y un equilibrio entre ambos, voluntad e interés»¹⁶³. Un argumento a favor de la importancia que puede revestir en ciertos casos atender al referido interés superior de la persona con discapacidad reside en la especial vulnerabilidad de estas personas que, como concepto reciente, no parece estar presente de manera expresa en la Convención¹⁶⁴. El interesante Informe del Comité de Bioética de España de 20 de diciembre de 2017¹⁶⁵ alertaba del peligro que puede suponer potenciar en todo caso la autonomía y deseos de estas personas por la situación de vulnerabilidad en que se encuentran que tampoco será igual en todos los casos¹⁶⁶. Por ello consideramos adecuado rescatar el interés superior de la persona con discapacidad como criterio de actuación de quien ejerce la medida de apoyo en estos casos¹⁶⁷.

propias decisiones y la independencia de las personas. Solo se encuentra alusión al interés superior del niño con discapacidad en los artículos 7 y 23 del texto internacional.

Aunque autores como PAU, «De la incapacitación al apoyo», cit., p. 12, estiman que es «un principio que indudablemente debe generalizarse a todas las personas con discapacidad». En el mismo trabajo el citado autor (p. 8) advierte la omisión de dicho interés en el texto internacional y el cambio profundo que se ha operado al respecto: «el interés de la persona con discapacidad hay que situarlo *detrás* de la voluntad, deseos y preferencias de la persona».

¹⁶¹ Tampoco en el Código Civil.

¹⁶² PEREÑA VICENTE, «La protección jurídica...», cit., p. 131, plantea si hay que respetar la voluntad de la persona cuando genere un grave perjuicio personal o patrimonial, o cuando por ejemplo la persona manifieste voluntades contradictorias.

¹⁶³ PEREÑA VICENTE, «La protección jurídica...», cit., p. 121.

¹⁶⁴ Salvo la referencia del art. 12. 4º a «las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos», donde implícitamente está presente dicha vulnerabilidad.

¹⁶⁵ Al que se puede acceder en su página <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/index.php>

¹⁶⁶ Quizá por ello, el Proyecto de Ley ha incorporado en el apartado 6 del art. 250 la prohibición de ejercicio de las instituciones jurídicas de apoyo para quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.

¹⁶⁷ En este sentido, la Propuesta de Reforma de la legislación civil sobre protección de las personas con discapacidad de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, mayo 2016, accesible en la página de dicha Asociación, merece acogerse positivamente pues con buen criterio atiende al interés superior de la persona con discapacidad, lo define e incorpora como criterio de actuación de la persona que ejerce la medida de apoyo (art. 2).

Desde otra óptica, no han faltado autores¹⁶⁸ que han advertido de los problemas que en la práctica podrían surgir con un mero sistema de apoyos y, por ello, de menos controles, especialmente los derivados de abusos, en el supuesto de la supresión de la tutela de nuestro ordenamiento, que, por el momento, dispone de un adecuado sistema de rendición de cuentas (art. 279 CC). También se ha advertido por esa misma doctrina¹⁶⁹, que es más idóneo cuando se aborda la representación situar la cuestión jurídicamente no tanto en la sustitución, o la muerte civil del representado, cuanto en la idea de representación sin más, teniendo presente que el representante tiene sus poderes representativos limitados y controlados, que debe actuar siempre en interés y beneficio de la persona representada, que está sometido a responsabilidad, y que para un buen número de actos o negocios de importancia necesita autorización judicial antes (art. 171 CC) o después (art. 272 CC). Finalmente, se aduce, resulta llamativo que se «ensalce la autoprotección (entre la que se encuentra el poder preventivo, que implica representación, si bien voluntaria) y se abomine la representación legal que está controlada por el Juez y Fiscal»¹⁷⁰.

6. CONCLUSIONES

Empezábamos este estudio proclamando con la doctrina hacia donde debe ir enfocado el cambio legislativo en materia de discapacidad como realidad en que confluyen diversas facetas, no solo la jurídica. Decíamos allí, que a estas alturas no se trata de proclamar la incapacidad de la persona con discapacidad con la consiguiente limitación para realizar actos jurídicos. Antes bien, es el momento de apoyar su capacidad, que será una y distinta en cada caso consecuencia de la diversidad que presenta esta condición personal emergente. Es el momento de propugnar y poner en marcha la “vida civil” de las personas con discapacidad.

El nuevo enfoque con que debe abordarse la regulación jurídica de la discapacidad en el ámbito privado y con repercusiones en todo el ordenamiento jurídico para adecuar nuestro sistema vigente a la filosofía de la Convención, conforma un verdadero reto todavía pendiente para el legislador, a pesar de la proliferación de normas que desde diversos ámbitos contemplan la realidad de la discapacidad fruto de su transversalidad. En efecto, el Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 se presenta como uno de los más importantes del Derecho privado desde los años ochenta.

¹⁶⁸ SERRANO GARCÍA, «Epílogo», cit., p. 367.

¹⁶⁹ *Ibid.*, pp. 369 y 371.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 372.

La reforma del actual sistema de protección de las personas con discapacidad es un desafío para el legislador, aunque en cierta medida atenuado porque dispone a su favor con un importante cuerpo de jurisprudencia y doctrina que ha servido para allanar el camino hacia el nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. De un lado, allanado por la reinterpretación que la jurisprudencia ha llevado a cabo sobre el sistema de protección judicial de la persona con discapacidad, y de otro, también facilitado con los ingentes y valiosos trabajos doctrinales entre los que destaca la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

El Proyecto de Ley si bien debe ser acogido en clave positiva globalmente porque conforma un paso decisivo para el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídicas de las personas con discapacidad, adolece de algunos inconvenientes que han sido desvelados por la doctrina desde la promulgación del Anteproyecto de 2018, que ha procurado hacer una propuesta válida de las claves de la reforma en marcha constatando los aspectos en que debería ser revisado. Confiemos que durante la tramitación parlamentaria la nueva regulación logre en la práctica que, con los apoyos adecuados, sin olvidar la preferencia de los voluntarios sobre los judiciales, las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica con seguridad jurídica y libertad a fin de permitir el desarrollo pleno de su personalidad y desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad.

Por más que el nuevo sistema proyectado abandone el procedimiento actual de modificación de la capacidad de la persona, y la consiguiente y ahora peyorativa «declaración de incapacidad», por más que se pretenda instaurar una tutela judicial más reactiva que preventiva con la preferencia que se otorga a la guarda de hecho, y termine con la tutela para pasar a una curatela representativa en casos excepcionales, por más que se dé prioridad absoluta a la voluntad de la persona como criterio de actuación de la persona que ejerce la medida de apoyo, entre otras cuestiones que se han constatado a lo largo de estas líneas, se suscitan algunas «sombras» que se han puesto de relieve compartiendo las reflexiones de la doctrina.

Reiterar, que se echa en falta una regulación de las causas que pueden determinar el nombramiento de un curador con funciones de apoyo en la toma de decisiones de una persona, a diferencia de lo que el todavía vigente artículo 200 del Código civil hace cuando se trata de la incapacitación puesto que ahí sí establece las causas. La indeterminación del Proyecto es criticable, por mucho que pensemos o intuyamos que se está refiriendo a las personas con discapacidad psíquica o intelectual. Igualmente es criticable que cuando regula la curatela representativa no se clarifiquen con más detalle los casos en que puede proceder por la variedad ínsita que comporta la discapacidad, salvo que pensemos que la norma con vocación de generalidad no puede

entrar en la determinación de esos supuestos límite y por ende excepcionales. A este problema se añade el de la imposibilidad de atender a la voluntad de la persona con discapacidad si ésta nunca ha tenido capacidad de formar su voluntad y adoptar decisiones.

Resulta insuficiente también que el Proyecto haya omitido el interés superior de la persona con discapacidad como criterio de actuación para tener en cuenta por quien presta el apoyo, poniendo el acento exclusivamente en la voluntad de la persona. En fin, parece que dicho texto solo contempla los supuestos en que la persona conserva sus capacidades volitivas e intelectivas en mayor o menor medida desatendiendo los supuestos más graves.

De ahí que al final, aunque se obvие el procedimiento de incapacitación, no se podrá evitar el imprescindible juicio de capacidad real de la persona con discapacidad psíquica para justificar la adopción de la medida de curatela, especialmente, cuando es la representativa, labor que debe realizarse con delicadeza y rigor para evitar caer en las inercias que durante mucho tiempo han estado presente en los tribunales, sobre todo los de instancia, mediante sentencias tipo o estandarizadas que no han tenido en cuenta las necesidades de la persona con discapacidad para establecer medidas de protección distintas a la representación. Aún más, aunque se huya de la denominación de procesos de incapacitación a favor de los de provisión de apoyos, estimamos que es necesario mantener un proceso judicial desde el que se determine la provisión de apoyos cuando estos no sean voluntarios, pues dicho procedimiento conforma el mejor medio para el respeto de los derechos a la tutela judicial de la persona con discapacidad, así como a las garantías jurídicas derivadas del mismo que, junto con la intervención del Ministerio Fiscal, propiciarán desde el nuevo enfoque de la discapacidad en línea con la filosofía de la Convención, la defensa y protección de su interés superior y autonomía.

En este sentido, es fundamental insistir en que dicha reforma, por muy válida que sea desde el punto vista técnico jurídico, no podrá ser efectiva si no va acompañada de los recursos personales cualificados que permitan una valoración en cada caso de las necesidades de la persona con discapacidad, así como la revisión periódica de las medidas de apoyo que hasta el momento no ha tenido la aplicación práctica deseable en nuestros tribunales. En efecto, la reforma legislativa proyectada, con sus aciertos y desaciertos subsanables todavía, quedará a medio camino y será insuficiente si no va acompañada de la necesaria dotación de medios, desde diversos ámbitos, no solo los jurídicos (jueces, fiscalía que precisarán de asesoramiento y una mayor especialización, notarios, registradores, funcionarios de la administración de justicia), sino también el asistencial y sanitario con un sistema que favorezca el trato más cercano y personal de

estas personas desde los nuevos principios que imperan en la realidad de la discapacidad.

En este proceso merecen especial interés las personas que prestan los apoyos. De una parte, deberán ser formadas y atendidas adecuadamente y, de otra, deberán evitarse abusos por su parte cuando al hilo del ejercicio de estas funciones, pretendan aprovecharse de la vulnerabilidad de las personas con discapacidad. El principio de protección frente a la vulnerabilidad de las personas con discapacidad debe ser puesto en valor y ser objeto también de una verdadera puesta en práctica.

BIBLIOGRAFÍA

ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza, «Hacia la actualización del Derecho Civil conforme a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Apuntes para su reforma», en AA.VV., *Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en España*, dir. por José Antonio Cobacho Gómez y Francisco Legaz Cervantes, y coord. por María Belén Andreu Martínez y Ascensión Leciñeña Ibarra, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 166-196.

ÁLVAREZ LATA, Natalia, y SEOANE, José Antonio, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, número 24, enero-diciembre 2010, pp. 11-66.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Reus, Madrid, 2019.

— «El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo», en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones en materia de discapacidad*, dir. por Sofía de Salas Murillo y María Victoria Mayor del Hoyo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 125-163.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina; GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina; ÁLVAREZ LATA Natalia y MAYOR DEL HOYO, María Victoria, «Título VII del Libro I (De las medidas de protección de la persona)», *Propuesta de Código Civil, Asociación Profesores de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 284-302. Disponible también en formato electrónico en la página web de la Asociación, pp. 102-108.

ANDREU MARTÍNEZ, María Belén, «La protección de las personas mayores diez años después de la entrada en vigor de la convención de la ONU de protección de las personas con discapacidad: del procedimiento de modificación de la capacidad al modelo de apoyos», en *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, dir. por José Antonio Cobacho Gómez y Francisco Legaz Cervantes, y coord. por María Belén Andreu Martínez y Ascensión Leciñeña Ibarra, Thomson Reuters, Aranzadi Cizur Menor (Navarra), 1ª ed. 2018, pp. 528-549.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad», en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, 12 de octubre de 2018.

DE ASÍS ROIG, Rafael, BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, CUENCA GÓMEZ, Patricia, y PALACIOS RIZZO, Agustina, «Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español», en *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*, ed. por Patricia Cuenca Gómez, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 30 y ss.

DE LORENZO GARCÍA, Ricardo, «Hacia un nuevo Derecho de la Discapacidad. Delimitación, configuración y contenidos», *I Congreso Nacional de Discapacidad, Elche, 15-17 noviembre 2018*, disponible en internet, <http://congreso.fderechoydiscapacidad.es/wp-content/uploads/2017/11/RdLG-PONENCIA-ELCHE-HACIA-UN-NUEVO-DERECHO-DE-LA-DISCAPACIDAD-DEF.pdf>

DE SALAS MURILLO, Sofía, «Significado jurídico del “apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica” de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 5, mayo 2018, documento obtenido electrónicamente de Aranzadi Instituciones, BIB 2018/8655, pp. 1-33.

DÍAZ ALABART, Silvia, «Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar: el derecho a su libertad personal», en *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, dir. por Montserrat Pereña Vicente, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 163-197.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, «Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, número 23, 2011-I, pp. 53-81.

GARCÍA ALGUACIL, María José, «El difuso equilibrio entre autonomía y protección: algunos instrumentos de asistencia a la luz de la convención», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 9/2015, documento obtenido electrónicamente en Aranzadi Instituciones, BIB 2014\4435, pp. 1-12.

— *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. Reus, Madrid, 2016.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen, «Discapacidad y dependencia (I): Concepto y evolución jurisprudencial», en *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Tomo II, dir. por María del Carmen Gete-Alonso y Calera y coord. por Judith Solé Resina, 1ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 173-210.

GARCÍA RUBIO, María Paz, «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 058, 2018, pp. 145-191.

— «Comparecencia en relación con el proyecto de ley por la que se reforma a la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica». A través de videoconferencia (Número de expediente 219/000295), *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones*, Sesión nº 10, celebrada el martes 20 de octubre de 2020, pp. 26-27.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «El estado civil y las condiciones de la persona», en *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Tomo I, dir. por María del Carmen Gete-Alonso y

Calera y coord. por Judith Solé Resina, 1ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 179-228.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera», en *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, dir. por Cristina Guilarte Martín-Calero, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 59-104.

— *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*, Reus, Madrid, 2019.

— «La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018», en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, dir. por Sofía de Salas Murillo y María Victoria Mayor del Hoyo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 361-392.

LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad», en *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, dir. por José Antonio Cobacho Gómez y Francisco Legaz Cervantes, y coord. por María Belén Andreu Martínez y Ascensión Leciñeña Ibarra, Thomson Reuters, Aranzadi Cizur Menor (Navarra), 1ª ed. 2018, pp.553-573.

— «La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad», en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, dir. por Sofía de Salas Murillo y María Victoria Mayor del Hoyo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 293-320.

LEGERÉN MOLINA, Antonio: «La tutela y la curatela como mecanismos de protección de la discapacidad», en *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 65.

— «La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de apoyos», en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, dir. por Sofía de Salas Murillo y María Victoria Mayor del Hoyo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 165-211.

MAGARIÑOS BLANCO, Victorio, «Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, número 3 (julio-septiembre 2018), pp. 199-225.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1ª ed. 2014.

— «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote», en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, dir. por Sofía de Salas Murillo y María Victoria Mayor del Hoyo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 253-270.

MAYOR DEL HOYO, María Victoria, «Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convención de Naciones Unidas», en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, coord. por Sofía de Salas Murillo, Dykinson, Madrid, 2013, p. 193-210.

MORENO MOLINA, José Antonio, *La inclusión de las personas con discapacidad en un nuevo marco jurídico-administrativo, internacional, europeo, estatal y autonómico*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

PARRA LUCÁN, María Ángeles, «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en AA.VV., *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, coord. por Sofía de Salas Murillo, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 217-264.

— «La incidencia de las reformas del año 2015 en la protección de las personas con discapacidad», en AA.VV., *Protección Jurídica de la persona con discapacidad*, coord. por Ignacio Serrano García y Alfonso Candau Pérez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 225-316.

PAU, Antonio: «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 5-28.

— Prólogo a *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones en materia de discapacidad*, dir. por Sofía de Salas Murillo, A y María Victoria del Hoyo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 11-13.

PEREÑA VICENTE, Montserrat: *Dependencia e incapacidad, Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Ramón Areces, Madrid, 2008.

— «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», *Revista de Derecho Privado*, Número 4, julio-agosto 2016, pp. 3-40.

— «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, número 3 (julio-septiembre 2018), Estudios, pp. 61-83.

— «La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad», en AA.VV., *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, dir. por Montserrat Pereña Vicente, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 119-141.

PÉREZ BUENO, Luis Cayo, en el prólogo a la obra, *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, dir. por Cristina Guilarte Martín-Calero y coord. por Javier García Medina, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 21-23.

PÉREZ MONGE, Marina: «La guarda de hecho: de la transitoriedad a la estabilidad», en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, dir. por Sofía de Salas Murillo y María Victoria Mayor del Hoyo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 321-342.

— «Edad avanzada», en AA.VV., *Tratado de Derecho de la Persona Física*, Tomo I, dir. por María del Carmen Gete-Alonso y Calera y coord. por Judith Solé Resina, 1ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 699-749.

RIBOT IGUALADA, Jordi, «La nueva curatela: diferencia con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento», en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones en materia de discapacidad*, dir. por Sofía de Salas Murillo y María Victoria Mayor del Hoyo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 215-252.

ROCA TRÍAS, Encarnación, «Conferencia Inaugural: Discapacidad y protección de derechos fundamentales», en AA.VV., *Protección Jurídica de la Persona con Discapacidad*, coord. por Ignacio Serrano García y Alfonso Candau Pérez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 15-33.

ROVIRA SUEIRO, María Esther, «La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: su impacto en el ordenamiento jurídico español», en *Instrumentos de Protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 15-61.

VIVAS TESÓN, Inmaculada: «El ejercicio de los derechos de personalidad de la persona con discapacidad», en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, dir. por Sofía de Salas Murillo y María Victoria Mayor del Hoyo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 409-443.

— «Más allá de la capacidad de entender y querer: Algunas consideraciones de lege ferenda acerca de la protección de las personas diversamente capaces», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa*, coord. por Matilde Cuenca Casas, Luis Anguita Villanueva y Jorge Ortega Domenech, Dykinson, Madrid, 2013, p. 1655-1673.

SERRANO GARCÍA, Ignacio, «Epílogo», en *Protección Jurídica de la persona con discapacidad*, coord. por Ignacio Serrano García y Alfonso Candau Pérez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 351-376.

Fecha de recepción: 15.04.2020

Fecha de aceptación: 10.12.2020