

CURSO: CRITERIOS INTERPRETATIVOS EN MATERIA DE
MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD Y MEDIDAS DE APOYO

MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD Y LOS OPERADORES JURÍDICOS

MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD Y LOS OPERADORES JURÍDICOS

INTRODUCCIÓN.

La Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad, concede al Gobierno un plazo de seis meses a partir de su entrada en vigor (que tuvo lugar el 26 de junio de 2009), para remitir a las Cortes un Proyecto de Ley de Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse *“procedimientos de modificación de la capacidad de obrar”*.

Ese mandato legal tiene como presupuesto la ratificación por España de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en lo sucesivo la Convención), hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, mediante instrumento de 23 de noviembre de 2007 publicado en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008, que ha supuesto su entrada en vigor el día 3 de mayo siguiente.

A partir de esta fecha la Convención forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno (art. 96 de la Constitución Española -CE-) y es de aplicación directa en España (art. 1.5 del Código Civil –CC-); por tanto, ha producido los efectos derogatorios propios de toda innovación normativa respecto de las normas del mismo o inferior rango anteriores que sean contrarias o incompatibles con ella (art. 2.1 del CC), aunque carezca de disposición derogatoria expresa; por otro lado, las normas sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas, y el resto del ordenamiento jurídico, deben interpretarse de conformidad con su contenido dado su carácter de tratado internacional ratificado por España (art. 10.2 de la CE).

Todo ello hace necesario un detenido análisis de la Convención con el fin de determinar su repercusión (o “impacto”) en las normas internas anteriores sobre la materia para establecer el grado de compatibilidad o incompatibilidad generado, o bien cómo pueden conciliarse y adaptarse a su texto a través de una interpretación y aplicación conformes con sus criterios esenciales.

Precisamente, el mandato de la Disposición Final mencionada tiene como finalidad la de adaptar a la Convención la normativa interna sobre la capacidad de obrar de las personas con discapacidad y más en concreto del procedimiento judicial para hacer posible el ejercicio de sus derechos. Se trata de un aspecto básico en esta materia en la medida en que puede afectar en todas las demás esferas de actuación de esas personas.

Por otro lado, el ejercicio de esos derechos se desenvuelve en distintos estadios o en diferentes ámbitos en los que se encuentran implicadas diversas

funciones y actividades jurídicas cuyos titulares (abogados, notarios, registradores de la propiedad, funcionarios, fiscales, jueces) se encuentran obligados a realizar esa labor de interpretación desde la perspectiva que les corresponde.

Se trata aquí de analizar someramente la actuación de los titulares de esas funciones (a los que se denomina como “operadores jurídicos”) a la luz de la Convención, y entre esas actuaciones la judicial que, necesariamente, ha de ajustarse a su contenido al formar parte del ordenamiento jurídico interno que el juez español se encuentra obligado a aplicar.

La determinación de los criterios de esta actuación cobra mayor importancia, si cabe, ante el incumplimiento por el Gobierno del plazo concedido en la citada Disposición Final (como por otro lado es lo habitual); este incumplimiento ha generado una situación provisional, indefinida y de duración incierta en la que, como más adelante veremos, es característica una cierta dosis de inseguridad jurídica en función de las posiciones que se han manifestado a la hora de interpretar la Convención y de determinar su relación de compatibilidad con la normativa interna anterior.

A los fines de esa determinación parece conveniente realizar, por un lado, un somero examen de la regulación y del régimen anterior a la Convención así como del contenido de ésta y de su significación; por otro lado, una comparación entre ambos regímenes a fin de establecer su grado de compatibilidad en función de las distintas opiniones vertidas, y, por último, tratar de averiguar cuáles pueden ser las líneas de la actuación judicial en la situación provisional actual con las herramientas disponibles, es decir, con el marco sustantivo y procesal actualmente vigente.

Este análisis puede invadir las materias propias de otras ponencias del Curso (en concreto la que ha precedido a la Mesa sobre “Aspectos contradictorios entre la Tutela, Curatela y un sistema de apoyos flexible”). Al contenido de esta ponencia me remito, que puede representar un punto de arranque o de inicio en orden al establecimiento de los criterios y orientaciones de la actuación judicial que, por otro lado, se encuentra presidida por la independencia propia (y esencial) de la función jurisdiccional. Esta actuación independiente, en la situación de inseguridad e incertidumbre aludida, puede ser trascendental a la hora de alumbrar unas soluciones adecuadas, pero también es posible que agrave la situación si se produce una diversidad de soluciones ante las distintas opciones que se presentan.

CAPACIDAD DE OBRAR Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO ANTERIOR A LA CONVENCIÓN.

En este régimen la personalidad, entendida como la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley, y la capacidad jurídica en cuanto aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, vienen a ser conceptos coincidentes o equivalentes y se reconocen en todo ser humano -persona- por el hecho mismo de su existencia como atributo propio de la dignidad que le es inherente, reconocida como tal en el art. 10 de la Constitución Española (CE).

Sin embargo, la capacidad de obrar, es decir, la aptitud para el ejercicio de los derechos de los que una persona es titular, puede verse eliminada, sustituida o restringida en función de determinadas circunstancias y, entre ellas, de *“las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí mismo”*, que, en tal caso y según el art. 200 del CC, integran *“causas de incapacitación”*.

La incapacitación es, por tanto, la respuesta y la solución que nuestro ordenamiento ha venido ofreciendo a las personas que padecen una enfermedad persistente que les impide el autogobierno, impedimento que se viene identificando con la falta de capacidad para decidir por afectar a las facultades de entender y querer.

Generalmente la incapacitación se considera como una medida de protección del discapacitado y de los terceros que se relacionan con él, y consiste en la declaración de una persona como incapaz y la privación –total o parcial- de su capacidad, que debe llevarse a cabo mediante sentencia (art. 199 CC) recaída en el procedimiento regulado al efecto en la Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC- (arts. 756 a 763)¹; tal resolución deberá determinar *“la extensión y límites”* de la incapacitación así como *“el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado”*, según establece el art. 756 de la LEC. Se suele entender que la sentencia tiene carácter constitutivo de la incapacitación y crea un nuevo estado civil.

En función del contenido de la sentencia, cabe una incapacitación total o absoluta, que supone la privación completa de la capacidad de obrar del discapacitado cuya voluntad queda anulada en la toma de decisiones sobre sus derechos o intereses, y una incapacitación parcial que limita la capacidad de obrar e impide realizar válidamente determinados actos fijados en la resolución.

A cada tipo de incapacitación corresponde un régimen protector: por un lado, la tutela para el supuesto de incapacitación total y para aquellos otros en los que así lo establezca la sentencia, que implica la designación de un tutor que representa al incapacitado (art. 267 del CC) y actúa en su nombre, sustituyendo su voluntad sin perjuicio de la necesidad de autorización judicial en los supuestos legalmente establecidos; por otro, la curatela para los casos de incapacitación parcial respecto de los actos que no puede realizar el incapacitado por sí solo, en los que se designa un curador que le asiste (art. 289 del CC) para su ejecución pero que no suplente su voluntad sino que la controla y refuerza dentro de los límites establecidos en la sentencia; finalmente y para el caso de conflicto de intereses entre el incapacitado y el tutor o curador, o cuando éstos no ejercen el cargo y hasta tanto se provea de nuevo sobre el mismo, la Ley contempla el nombramiento de un defensor judicial (art. 299 del CC).

Además de estas figuras y de la prórroga de la patria potestad respecto de los menores incapacitados, el CC contempla, a partir de la reforma llevada cabo en el año

¹ Martínez Pereda, José Manuel, define la incapacitación como *“el estado civil de privación o de limitación de la capacidad de obrar o de ejercicio, mediante una sentencia judicial y por causas establecidas en la Ley”*, en *Derecho de Familia*, Ed. SEPIN, Madrid, 2005, pág. 622.

1983, la guarda de hecho del incapaz no incapacitado con un régimen rudimentario como consecuencia de su inicial carácter provisional y transitorio hasta tanto se decreta la incapacitación y se constituye la tutela, si bien en su evolución posterior ha adquirido otra significación de mucha mayor relevancia; más aún a partir de la reciente reforma de la Ley de Registro Civil llevada a cabo con la Ley 1/2009 ya citada, en la que se contempla la anotación en este Registro de la existencia de un guardador de hecho. Por otro lado y con la reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil llevada a cabo por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, se introdujeron otras formas de autoprotección prospectiva respecto de la persona capaz que puede llegar a ser incapaz, en concreto, los poderes preventivos (art. 1732.3º del CC) y la designación de tutor con las disposiciones sobre persona y bienes prevista en el art. 223 del CC (la denominada autotutela).

Tal régimen de incapacitación y de protección tutelar responde en términos generales al denominado modelo “*médico o rehabilitador*” de tratamiento de las personas con discapacidad; al margen de otros más primitivos e inaceptables de pura exclusión, ese modelo junto con el denominado como “social” son los más modernos.

En esencia y como se ha señalado en la doctrina², en el primero de tales modelos (“médico o rehabilitador”) se considera que la deficiencia (física, mental, psíquica o sensorial) es determinante de la discapacidad e integra una característica específica de la persona que la padece y que la hace diferente del resto de los ciudadanos “*normales*”, diferencia que es preciso superar mediante la “*rehabilitación*” o “*normalización*” de la deficiencia como presupuesto previo de integración y con el fin de que la persona con discapacidad pueda ejercer sus derechos. En el ámbito de la capacidad, se reconoce a esas personas la capacidad jurídica, pero como quiera que no se ajustan al estándar –en cierto modo indefinido- de la normalidad por tales deficiencias, se les califica de incapaces y como mecanismo de normalización, se les niega, por un lado, la posibilidad de ejercitar sus derechos anulando o restringiendo su capacidad de obrar que, por otro lado, se transfiere a otra persona para que actúe en su nombre, sustituyendo su voluntad o completando su limitada capacidad. En este modelo, el régimen de sustitución se centra esencialmente en la protección de aspectos patrimoniales y, aunque afecta a las esferas políticas, civiles, ciudadanas y personales, descuida estas facetas, aunque permita la sustitución en relación con decisiones que afectan a los derechos personalísimos (esterilización, internamientos forzosos que afectan al derecho a la capacidad reproductiva, etc.).

A ese esquema se ajusta, en lo esencial, la regulación de la capacidad de obrar en el ordenamiento anterior a la Convención, en la que la incapacitación (la declaración de una persona como incapaz y la privación de su capacidad) integra el eje que vertebra el sistema, de manera que a la persona con discapacidad que pretende el ejercicio de sus derechos lo primero que se hace es declararla incapaz y privarle de la capacidad de obrar³; además y por lo general, de forma total o completa

² Cuenca Gómez, Patricia. *La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CDPD*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid. <http://www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comisión%20I/1-cuenca.pdf>. Seguimos este trabajo en lo que se refiere a la exposición de los modelos “médico o rehabilitador” y “social” en el tratamiento de las personas con discapacidad.

³ Cabello de Alba, Federico. *Instituciones tuitivas en el ordenamiento español a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ponencia presentada en el “Symposium on the legal capacity of persons with disabilities in light of the UN Convention on the rights of persons with disabilities (CRPD)”. Bruselas 4 de junio de 2009.

y para todo tipo de actos, pues la causa de incapacitación es general (la enfermedad permanente que impide el autogobierno) y se desconecta del motivo concreto por el que se solicita⁴ o para la ejecución del acto en particular que justifica su petición.

Por otro lado y si bien el régimen admite una cierta flexibilidad (sobre la extensión de la incapacitación en función del grado de discernimiento de la persona), lo cierto es que la incapacitación total representa en la práctica un porcentaje elevadísimo (del 95%, según se ha señalado recientemente⁵), y que, en caso de incapacitación parcial, se ha entendido habitualmente que se refiere a los actos de disposición de carácter patrimonial para cuya ejecución el curador debe asistir al incapacitado si bien con cierta desvirtuación de la figura, pues la asistencia de aquél se concibe como una intervención necesaria que integra un presupuesto de la validez del acto que, en otro caso, puede anularse (art. 293 del CC).

En realidad e incluso antes de la aprobación de la Convención, ya se había puesto de manifiesto la crisis de tal sistema en cuanto a su aceptación social⁶, pues se ha venido viendo con enorme desconfianza el proceso de incapacitación, al que únicamente se acude cuando existe la necesidad de realizar un concreto acto por un presunto o aparente incapaz. Por ello y según determinadas apreciaciones, de las personas con discapacidad necesitadas de tutela en nuestro estado solo se encuentran incapacitadas un 15%⁷, y ha adquirido una gran importancia y significación la guarda de hecho, acrecentada incluso con la admisión de su anotación en el Registro Civil establecida en la Ley 1/2009, ya citada.

Por otro lado y si bien el sistema parte de la base de la necesidad de la sentencia de incapacitación como única manera en la que puede desenvolverse y desarrollarse los derechos de la persona con discapacidad en este ámbito, la crisis e inutilidad y la desconfianza social en el sistema ha propiciado que se haya venido admitiendo y abriendo paso, incluso legalmente, la realidad de la persona incapaz no incapacitada respecto de la cual se admite en ocasiones la posibilidad de determinados efectos jurídicos en su esfera personal y patrimonial sin necesidad de la incapacitación.

LA CAPACIDAD DE OBRAR EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La Convención introduce un nuevo enfoque en el tratamiento de la capacidad de obrar de estos sujetos, que parte de una diferente concepción en la base de su planteamiento: contiene, ante todo, un concepto abierto y en cierta manera novedoso desde un punto de vista legal de las personas con discapacidad (art. 1, párrafo 2º); define la “*discriminación por motivos de discapacidad*” en su art. 2 (incluyendo en ella la denegación de “*ajustes razonables*” que igualmente define en el mismo precepto); proscribire todo tipo de discriminación así definida en su art. 5.2, y, en su art. 12, que se

⁴ Santos Urbaneja, Fernando. *Realidad actual de los procesos de incapacitación*. Ponencia presentada en “Jornadas Aequitas-Cej”, Madrid 9 y 10 de marzo de 2009.

⁵ Santos Urbaneja, Fernando. Op. cit.,

⁶ Segura Zurbano, José María. *La auto-incapacitación, la auto-tutela y los poderes preventivos de la incapacidad*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2005. Cita, en el mismo sentido a Martínez Díe y Prada Guaita.

⁷ Segura Zurbano, José María, Op. Cit., pág.

ocupa específicamente de la materia, reafirma el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad *“en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”*, imponiendo a los Estados la adopción de medidas para proporcionar a estas personas *“el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”*, con las *“salvaguardias”* oportunas.

La doctrina especializada es unánime al afirmar que, en la Convención, la discapacidad se considera como una cuestión de derechos humanos (o, lo que es lo mismo y en el plano interno por su inserción en nuestro ordenamiento, de derechos fundamentales en el sentido en que se recogen en la Constitución Española), también y sin duda en el plano de la capacidad jurídica y de obrar (pues, entre otras cosas, el mismo art. 12 que regula esta materia contiene una referencia expresa a tales derechos), encontrándose especialmente concernidos el derecho a la propia dignidad de la persona (art. 10 de la CE) y el derecho a la igualdad y no discriminación sancionado en el art. 14 de la misma Constitución, cuyo desconocimiento puede ser objeto de amparo constitucional (art. 53.2 CE).

En esta regulación es básico el concepto de persona con discapacidad del art. 1, párrafo 2º (es decir, *“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás”*), porque en este concepto la deficiencia, con ser un presupuesto de la discapacidad, no se configura como el elemento definidor único (ni siquiera el principal) y como característica de la persona que la hace diferente a las demás *“normales”*, sino que son las diversas barreras ajenas o extrañas a la propia persona y con las que debe interactuar, las que generan la discapacidad.

El matiz no deja de ser relevante si se pone en relación con la misma definición de *“discriminación por motivos de discapacidad”*, porque si se entiende que la deficiencia define por sí misma (o por sí sola) a la persona con discapacidad, el tratamiento diferente con relación a las personas *“normales”* que en determinados aspectos se puede establecer, no implica ninguna discriminación sino todo lo contrario, es decir, la solución reparadora necesaria para restablecer la desigualdad derivada de la deficiencia. En tal sentido y en lo que concierne a la materia de la que tratamos, la eliminación y privación total de la capacidad de obrar en la persona con discapacidad personal y su transferencia a un tercero para que actúe en su nombre, no supone ninguna discriminación sino, justamente, la solución a la discapacidad.

Por el contrario y si la deficiencia no implica ningún elemento diferenciador, sino que éste viene representado por las barreras con las que se debe interactuar, que son las que impiden la participación en la sociedad *“en igualdad de condiciones con las demás”*, la reparación reclama actuar sobre las barreras para su eliminación mediante los *“ajustes razonables”*, de manera que la exclusión o restricción por la simple deficiencia del goce o ejercicio de los derechos (y de la capacidad de obrar) implica una forma de discriminación *“por motivos de discapacidad”* según la definición de ésta en el art. 2.

Al margen de lo anterior, es el art. 12 de la Convención el que se ocupa específicamente de la materia bajo el enunciado de *“Igual reconocimiento como persona ante la Ley”*. El precepto establece lo siguiente:

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

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

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

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

Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

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

El núm. 2 de este precepto es básico y suscita el problema de si incluye dentro de la expresión *“capacidad jurídica”* la capacidad de obrar tal y como se concibe en nuestro ordenamiento, o bien se refiere exclusivamente a la faceta de la capacidad referente a la aptitud para ser titular o sujeto de derechos; la cuestión no deja de ser importante pues, en este segundo caso, la igualdad que dicho precepto proclama solo operaría sobre tal aspecto, con lo cual ninguna discriminación se podría advertir por el hecho de restringir o de eliminar la capacidad de obrar de las personas con discapacidad en este ámbito.

No obstante se ha mantenido con firmeza⁸ que la “*capacidad jurídica*” a la que alude ese apartado de la Convención engloba tanto su aspecto “*estático*”, referido a la aptitud para ser titular de derechos (capacidad jurídica en sentido estricto), como el “*dinámico*” que concierne al ejercicio de esos derechos (la capacidad de obrar). Así es, sin duda, porque el texto distingue entre personalidad jurídica y capacidad jurídica, conceptos que, pese a que es posible en nuestro ordenamiento establecer alguna diferencia sutil entre ambos, son idénticos o, al menos, equivalentes⁹ en lo que es su contenido esencial e inseparable, de manera que la alusión en el precepto a la personalidad evoca la capacidad jurídica en sentido estricto, mientras que la referencia a ésta comprende sin duda la capacidad de obrar en el sentido en que se utiliza en el ordenamiento jurídico español. Es decir, la distinción en el precepto entre personalidad jurídica y capacidad jurídica es equivalente a la que se hace en nuestro ordenamiento entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Por ello cuando en su núm. 3 se refiere a los “*apoyos*” para el “*ejercicio*” de la capacidad jurídica no está aludiendo a un concepto diferente de ésta, sino a lo que es el desarrollo inherente a la misma e incluido en su propio concepto.

Sobre esta base, el tratamiento de las personas con discapacidad en la Convención resulta novedoso. Como ya se ha señalado, es la falta de aptitud para decidir de la persona el elemento que configura la deficiencia en este ámbito, es decir, la ausencia de la “*habilidad*” necesaria para comprender la situación y las consecuencias de los propios actos¹⁰. La respuesta de nuestro ordenamiento en tal situación ha sido, como hemos visto, la incapacitación del discapacitado, es decir, la declaración de su incapacidad y, como regla general, la privación total de su capacidad de obrar.

Frente a esto, la solución que establece la Convención es por el contrario, reconocer la capacidad jurídica en toda su extensión “*en igualdad de condiciones con los demás*” y ofrecer las medidas de apoyo (como ajustes razonables) que le permitan el acceso al ejercicio de esa capacidad de obrar; de suerte que la forma de ejercitar ésta, en igualdad de condiciones, “*exige, dados los obstáculos naturales que tienen para ello, la adopción de medidas de apoyo que la hagan efectivas, el ‘acceso al apoyo que puedan necesitar’*”; en definitiva y frente a la solución clásica de privar de capacidad al sujeto, la de la Convención estriba en suministrarle las medidas de apoyo que le permitan actuar¹¹, medidas que representan los ajustes necesarios para la accesibilidad universal.

De esa forma el tratamiento de la Convención al ejercicio de capacidad jurídica se ajusta al denominado modelo “social” frente al “médico” o rehabilitador al que ya se ha aludido. En aquél, el centro del problema se traslada del individuo a la sociedad, de manera que las causas que dan origen a la incapacidad no se consideran personales (al menos no principalmente personales) sino preponderantemente sociales; por ello no son las limitaciones individuales ocasionadas por las deficiencias las que discapacitan, sino las limitaciones de una sociedad que no tiene en cuenta las

⁸ Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit.

⁹ Martínez Pereda, José Manuel. Op. cit. pág. 619

¹⁰ Rueda Díaz de Rábago, Manuel María. Ponencia presentada en las jornadas de la Fundación Aequitas en Las Palmas de Gran Canaria los días 8 y 9 de octubre de 2009. www.aequitas.org/?do=filetools.getDocument&id=2724

¹¹ Rueda Díaz de Rábago, Manuel María. La guarda de hecho, Op. Cit.

personas con discapacidad estableciendo barreras que las excluyen y discriminan, y que justamente hay que superar y eliminar. En realidad la sociedad no se divide en “capaces” e “incapaces”, ni la capacidad es un concepto binario, sino que se compone de sujetos con capacidades diversas que pueden encontrarse en diferentes situaciones y necesitar niveles de ayuda o asistencia distintos para adoptar decisiones, que, en ocasiones excepcionales pueden consistir en acciones de sustitución, pero que deben realizarse desde la perspectiva de los apoyos y ser coherentes con las personas, sus preferencias, valores y deseos, de manera que la decisión se tome “para ella, no por ella”¹².

La regulación de la Convención se ajusta, en lo esencial, al esquema de este modelo en función de sus disposiciones que tienen el contenido y la significación ya señalada; en efecto, toma en consideración a las personas con discapacidad desde la perspectiva preponderante de las barreras, sienta el principio de la no discriminación por razón de discapacidad y reconoce en “igualdad de condiciones con los demás” la capacidad jurídica y de obrar a todas las personas con discapacidad, para cuyo ejercicio es necesario prestarle los apoyos necesarios como ajustes razonables, con las salvaguardias precisas para que se respeten su voluntad y preferencias, se eviten los conflictos de intereses y se impidan las influencias indebidas.

¹²Cuenca Gómez, Patricia. Op. Cit. Señala que el modelo “social” rechaza la ideología de la normalización, pues la idea de la normalidad no es neutra, sino que es algo impuesto por quienes responden a los parámetros físicos al estereotipo culturalmente dominante que genera barreras y limitaciones a las personas que no encajan en el estándar. Por ello y en relación con la capacidad jurídica el modelo social la contempla como una construcción social que históricamente ha servido para excluir a determinados colectivos, entre ellos a las personas con discapacidad; ha privilegiado ciertos tipos de capacidad; considera que la idea de la normalidad no es más que un mito y el concepto de capacidad se contempla de forma “gradual” y “relativa” y no como concepto binario, de manera que la sociedad no se divide en capaces e incapaces, sino que está formada por sujetos con capacidades diversas que “pueden encontrarse en diferentes situaciones” y necesitar niveles de ayuda o asistencia distintos para adoptar decisiones.

Desde la perspectiva de este modelo, las personas con discapacidad son titulares de los mismos derechos y, además, deben poder ejercerlos en condiciones de igualdad, por lo que deben tener reconocida plena capacidad jurídica, sin que se les pueda privar de la misma y ser sustituidas por un tercero en la toma de decisiones cuando no consigan superar las deficiencias, sino que es la construcción social la que debe adaptarse a estas personas (son los derechos los que tienen que adaptarse a la persona y no las personas a los derechos), adaptación que, en este modelo, se realiza a través de la accesibilidad universal y los ajustes –apoyos individualizados- razonables, también en el campo de la capacidad jurídica. El reconocimiento de la igualdad en este ámbito impone la eliminación o erradicación de las barreras que impiden o dificultan la toma de decisiones, sin que se trate ya de transferir a un tercero este poder de decisión, sino de poner a disposición de estas personas los ajustes necesarios –que pueden consistir en el apoyo de un tercero- para que puedan tomar sus decisiones.

Cabe por tanto la participación de un tercero como apoyo que interviene en la esfera de la autonomía de la persona, pero no se trata de la sustitución propia del modelo médico, sino de una promoción y apoyo a la autonomía, de manera que la intervención del tercero no se hace en función de los rasgos y evaluación de las capacidades de la persona, sino de la situación en la que éste se encuentra, sin que se trate de sustituir la decisión, sino de ayudar a decidir, de acompañar a la decisión y de decidir con la persona y para la persona. No se trata, por otro lado, de negar la evidencia de que en algunas situaciones la necesidad del apoyo será muy intensa consistiendo en la práctica en una “acción de sustitución”, pero esta acción debe realizarse desde la perspectiva de los apoyos y ser coherente con la persona, sus preferencias, valores y deseos, de manera que la decisión se tome “para ella, no por ella”.

COMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN DE LA CONVENCIÓN CON EL SISTEMA ANTERIOR: POSTURAS AL RESPECTO.

A la vista de lo expuesto, se puede obtener la conclusión de que el sistema regulado en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil presenta diferencias notables con el introducido por la Convención sobre todo en lo que es la base sustantiva de la solución, pues si en ésta se reconoce la capacidad jurídica y de obrar de las personas incapacitadas en toda su extensión y en igualdad de condiciones (sin perjuicio de los apoyos necesario y de las salvaguardias precisas), en aquél el núcleo de la respuesta reside en la declaración de incapacidad y en la privación total o parcial de la capacidad de obrar.

Ahora bien, aunque se parta de esta premisa (y de que la Convención ha introducido innovaciones que hacen precisa una reforma de nuestro ordenamiento) se han producido manifestaciones y posturas muy diferentes sobre el grado de compatibilidad entre un sistema y otro, sobre la repercusión o impacto de la Convención en las normas anteriores y sobre la amplitud de la reforma legal necesaria para la adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención en esta materia.

Esas diferentes posturas se pueden resumir en dos. Una (defendida por determinada doctrina especializada, Fundaciones y Entidades representativas de personas con discapacidad –en concreto, la Fundación Aequitas y el CERMI [Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad]¹³- así como por la Fiscalía del Tribunal Supremo) mantiene que el régimen de la Convención viene a ser en gran parte incompatible con el sistema anterior (sobre todo en lo que se refiere al mecanismo de la sustitución en la decisión); por ello considera urgente una reforma profunda del ordenamiento en la materia que tenga en cuenta los principios básicos de aquélla, erradique la incapacitación como base del sistema, reconozca la capacidad de obrar en toda su extensión de las personas con discapacidad y establezca un adecuado y flexible régimen de apoyos y salvaguardas en función de las diferentes situaciones en que se pueden encontrar. Mientras esta reforma se produce, propugna la aplicación de la curatela, reinterpretada a la luz de los criterios de la Convención, como mecanismo que en su regulación actual ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo o asistencia para la toma de decisiones, con base en el principio del superior interés de la persona con discapacidad y con pleno respeto a sus preferencias, a la que se debe acudir para permitir adecuadamente el ejercicio la capacidad de obrar por las personas con discapacidad.

¹³ Informe aprobado por el Comité Ejecutivo Estatal el día 27 de mayo de 2010.se puede consultar en la página www.sindromedown.net/adjuntos/cEnlacesDescargas/504_1_derechos.pdf

La otra postura, con diversos matices o facetas, defiende o bien la plena compatibilidad del ordenamiento español con los principios de la Convención aunque sean precisas algunas modificaciones puntuales o de tipo metodológico; o bien y sobre la base de la afirmación teórica de algunos de sus principio la necesidad de acometer algunas reformas que no excluyen la base del sistema anterior –la incapacitación–; o bien la ausencia de contradicción esencial entre la Convención y el ordenamiento español si éste se interpreta de una determinada forma, sin perjuicio de las reformas que deban acometerse y hasta tanto estas se produzcan.

Se viene a mantener esta posición, en el primero de sus aspectos, por el Gobierno de la Nación en el Primer Informe sobre medidas adoptadas en cumplimiento de la Convención, presentado el 5 de mayo de 2010 al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 35 de la misma Convención), y, en su segundo sentido, por el Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación de la Convención de la ONU, aprobado el 30 de marzo de 2010 por el Consejo de Ministros; finalmente, la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de abril de 2009 viene a asumir la tercera faceta apuntada de esta postura.

Así, el Primer Informe de 5 de mayo de 2010¹⁴ afirma la *plena compatibilidad* del ordenamiento jurídico con los principios del art. 12 de la Convención e incluso mantiene que el sistema de salvaguardas (para garantizar la voluntad y preferencia de las personas discapacitadas así como la inexistencia de influencias indebidas) subyace en nuestra legislación y tiene reflejo en el art. 216 del CC (al exigir que las funciones tutelares se ejerzan en beneficio del tutelado y bajo la salvaguarda de la autoridad judicial) y en el art. 268 del CC (que obliga al tutor a ejercer su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica); considera además que las reformas proyectadas solo introducirán “*modificaciones puntuales, básicamente para adaptación de la terminología*”.

El Informe aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de marzo de 2010¹⁵ es menos terminante en cuanto a sus premisas, pues parte de la base de que es “*necesario reemplazar el tradicional modelo de sustitución en la toma de decisiones por un modelo de apoyo a la toma de decisiones*”, pero sin embargo admite la posibilidad de “*anular el ejercicio de la capacidad jurídica*” que implica una forma de incapacitación total.

¹⁴ Se puede consultar en la página web <http://www.feafes.com/NR/rdonlyres/0BD08F14-4B25-4AAA-A796-2CA8D22B7CA1/34388/PrimerinformecumplimientoConvencionInternacionalDer.pdf>

¹⁵ Se puede consultar en la página web <http://el-observatorio.org/2010/04/informe-sobre-las-medidas-necesarias-para-la-adaptacion-de-la-legislacion-a-la-convencion-de-la-onu-consejo-de-ministros-30-de-marzo-2010/>

También el Tribunal Supremo, en la sentencia ya citada, ha mantenido que la normativa sobre la incapacitación, interpretada en determinada forma y de acuerdo con lo señalado también por el Tribunal Constitucional, es conforme con la Convención. Dicha resolución recoge extensamente los argumentos defendidos por el Ministerio Fiscal (en el sentido antes expuesto) en el recurso de casación que resuelve, pero no los acepta, y sostiene que la incapacitación entendida solo como forma de protección no es contraria a los principios de la Convención, ni discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias.

Esas dos posiciones introducen, en la situación provisional actual, una cierta inseguridad jurídica en función de las discrepancias sobre la compatibilidad de la Convención con las normas anteriores y la posible contradicción entre aquella y éstas (y su derogación, en su caso), de modo que la aplicación de todo el conjunto normativo no deja de presentar alguna dificultad y variados problemas.

Ciertamente, la necesidad de la reforma para establecer un sistema de apoyos parece que no se discute y se encuentra unánimemente aceptada, con independencia de su extensión, profundidad y significado, sobre lo que sí pueden existir diferencias; como se ha señalado, el plazo conferido al Gobierno ha sido incumplido y lo que sabemos (punto 65 del Primer Informe ya citado) es que se está trabajando para la redacción de un anteproyecto de modificación de los Títulos IX y X del Libro I del CC y del Capítulo II del Título I del Libro IV de la LEC, pero sobre modificaciones *“puntuales, básicamente para la adaptación de la terminología”*. Desde luego y si esto es así, manteniéndose el sistema tradicional en lo que son sus principios y bases esenciales, no parece que la reforma ayudará a superar la crisis en la que ya se encontraba y la desconfianza social que generaba antes de la ratificación por España de la Convención. Por otro lado, como el Anteproyecto no se redacte con alguna celeridad y se apruebe por el Gobierno para su remisión a las Cortes, existe el riesgo del agotamiento de la legislatura, lo que puede representar un nuevo retraso de la reforma alargándose la situación provisional.

En estas circunstancias la aplicación del sistema actual representa una cuestión compleja que requiere de una ardua actividad; naturalmente la sentencia citada del Tribunal Supremo (ya citada en otras resoluciones de alguna Audiencia Provincial, como por ejemplo por la sentencia de la de Navarra de 11 de marzo de 2010) puede suponer una referencia importante en virtud de lo dispuesto en el art. 1.6 del CC, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de una sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera con una finalidad clara de crear doctrina.

Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial requiere de una cierta consolidación (así lo señala también el art. 1.6 citado) y su fuerza o eficacia, con el significado que tradicionalmente se le viene otorgando, reclama al menos dos sentencias en el mismo sentido; por otro lado, dicha resolución no ha dejado de recibir algunas críticas, aunque parece difícil que se produzca un cambio de criterio.

En cualquier caso hay que insistir en que los derechos fundamentales, y el ordenamiento jurídico, deben interpretarse conforme a los tratados internacionales ratificados por España, y algunos criterios utilizados por la sentencia mencionada, incluso los de la sentencia del Tribunal Constitucional que cita, son anteriores a la ratificación de la Convención y en ésta se proclama de manera terminante el reconocimiento de la capacidad de obrar en “*igualdad de condiciones con los demás*”.

Quizá puede encontrarse alguna dificultad a la hora de explicar el sistema de la plena capacidad de las personas con discapacidad en este ámbito; es decir, y si la discapacidad se deriva de la falta o de la ausencia de la habilidad para discernir y decidir (autogobernarse) necesaria para el ejercicio de los derechos, no se comprende muy bien cómo puede desarrollarse la capacidad (el ejercicio de los derechos) por la propia persona si carece de la aptitud o habilidad necesaria para ello, como no sea a través de una medida (llámese “apoyo” o de cualquier otra forma), que necesariamente debe partir de la supresión de la actuación correspondiente por el discapacitado (que carece de la aptitud para realizarla) y en la sustitución por un tercero de la habilidad de la que carece (de su poder de decisión y, en definitiva, de su voluntad), aunque sea con todos los mecanismos de control –salvaguardias- que se quieran.

No obstante y como se ha tratado de explicar, la discapacidad no proviene de la deficiencia con ser presupuesto de ella, sino de las barreras que representan un impedimento en función de esa deficiencia de diversa índole, de modo que no se trata de determinar o establecer de modo general la capacidad como una ausencia de la habilidad de decidir, calificando o graduando la capacidad (o en realidad la incapacidad), sino de analizar la situación individualizada de la persona que tiene la deficiencia para determinar el grado de apoyo que necesita en orden al desarrollo de su capacidad en cada caso y de la actuación concreta. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo mencionada recoge una expresión afortunada del Ministerio Fiscal que mantenía que “*ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta*”, y ello en función de las decisiones que deba adoptar.

En realidad, se trata de suministrar a las personas con discapacidad los apoyos que se puedan utilizar para que puedan ejercitar sus derechos en la forma

que, dentro de sus posibilidades, prefieran (promoción) y, a su vez, establecer las medidas que sean necesarias para protegerlas frente a quien ejerce el apoyo (protección)¹⁶, sobre la base de la diversidad de situaciones en las que se pueden encontrar y los actos concretos que reclama el ejercicio de sus derechos¹⁷.

En tal sentido se han hecho algunas propuestas interesantes y dignas de mención como por ejemplo las llevadas a cabo por un grupo de expertos bajo el auspicio de la Fundación Aequitas y la formulada por el CERMI.

En la primera y en concordancia con la Convención, se parte del reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad que *“la podrá ejercer por sí misma”* con los apoyos *“en la medida e intensidad que, en cada caso, resulten necesarios”*, instando la supresión del procedimiento de incapacitación y su sustitución por el de *“adecuación de la capacidad jurídica de obrar”* (o de *“provisión de apoyos para la toma de decisiones”*), que sin embargo no configurarán una representación legal y permanente; por otro lado, insiste en que la discapacidad no es un estado civil, ni se decreta ni se modifica ni se inscribe en los registros públicos, al margen de que se inscriban las disposiciones sobre los apoyos y las reglas de autoprotección de la propia persona; alude a que la persona con discapacidad tiene derecho a que su propio consentimiento sea imperfecto y necesite ser asistido y completado mediante el apoyo de terceros; y este apoyo, siempre que no suplante ni sustituya el consentimiento propio de la persona, no tiene más límites que la influencia indebida y el conflicto de intereses, aunque determinadas actuaciones (contraer matrimonio, hacer testamento, otorgar poderes generales, testificar sobre hechos percibidos, etc.) requieren de un criterio propio suficiente por parte de la persona titular; por lo demás, propugna el establecimiento de apoyos informales o provisionales, y de otros obligatorios o forzosos a establecer judicialmente.

En la del CERMI¹⁸ se defiende la sustitución del proceso de incapacitación por otro denominado como de *“provisión de apoyos para la toma de decisiones”*, atribuido a la jurisdicción civil y bajo los principios de la jurisdicción voluntaria, en el que

¹⁶ Rueda Díaz de Rábago... op. Cit.

¹⁷ Este modelo de apoyos en la toma de decisiones, según señala Cuenca Gómez en su trabajo citado, en el que deben participar las organizaciones representativas de las personas con discapacidad “habría de estar basado en los siguientes principios: -*Gradualidad*: su implantación debería ser paulatina, por lo que durante un período debería convivir con el sistema de sustitución. -*Complejidad*: no se trata de “reemplazar el nombre de tutela o curatela en las legislaciones nacionales”, sino de crear y promover la creación de figuras de apoyo y dotarla de status legal; adaptar o reemplazar otras instituciones legales (poderes preventivos, instrucciones previas), crear protocolos que favorezcan la prevención de ciertas situaciones; desarrollar una acción política que garantice la capacitación de las personas con discapacidad y de las personas de apoyo, establecer recursos financieros. -*Diversidad*: el sistema de apoyos debe adaptarse a las diversas situaciones personales y sociales. -*Respetuosos con los deseos y con la voluntad de las personas*: también en la propia elección de los mecanismos o personas de apoyos. -*Abierto*: a todas las personas que puedan tener dificultades para ejercer la capacidad jurídica y no solo a las personas con discapacidad. -*Presidido por los derechos*: debe orientarse a favorecer al máximo el ejercicio de los derechos por parte de las personas apoyadas y ser plenamente respetuoso con los mismos.

¹⁸ Se contiene en el Informe aprobado por su Comité Ejecutivo Estatal el día 27 de mayo de 2019, ya citado y que se puede consultar en la página web también citada.

predominaría el principio de la intervención mínima y con la participación del Ministerio Fiscal así como de otras entidades. Tal procedimiento debe culminar en una resolución que determine el “Repertorio Individual de Apoyos” fijados para una persona determinada, con la designación de un Gestor de Apoyos como responsable directo de acompañar y asistir activamente a la persona apoyada para que ésta pueda adoptar con la máxima autonomía sus propias decisiones. Además se debe configurar un elenco de apoyos diferenciados, debidamente graduados por su intensidad que podrían ir de un nivel mínimo a otro máximo pasando por los de nivel medio y reforzado, con el establecimiento de las salvaguardas oportunas, apuntando incluso la posibilidad de otorgar una centralidad al Ministerio Fiscal en lo relativo al seguimiento y supervisión de las situaciones de apoyo.

LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD Y LOS PROCESOS ACTUALES: CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN.

En la actual situación provisional, la actuación judicial suscita algunas dudas y no deja de plantear alguna complejidad; como es sabido, la función jurisdiccional se encuentra sujeta de forma terminante al principio de legalidad (“al imperio de la ley” como expresivamente señala el art. 117.1 de la CE), del que no es posible sustraerse y que, a su vez, es garantía de su independencia que también es característica esencial de esa actuación; el juez, por tanto y según el diseño constitucional del Estado, ni puede inventarse la ley ni puede improvisar un procedimiento legal inexistente, pero lo que sí puede hacer, en la esencia de su función jurisdiccional, es interpretar con plena independencia la ley (también en la forma y con los criterios establecidos legalmente) y aplicarla en los términos resultantes.

En este concreto ámbito y seguramente por la inoperancia del sistema tradicional, se ha llegado a plantear la desjudicialización del régimen, trasladando a otros entes o instituciones, administrativas o de otro carácter, la competencia en la materia. Esta posibilidad, sin embargo, aparece como remota si se parte de la base de que nos encontramos ante una materia que concierne a los derechos fundamentales de la persona, lo que reclama sin duda la garantía de la intervención judicial.

Al margen de ello, de lo que se trata es de establecer los criterios de aplicación en la situación actual para conciliar la regulación inserta en la Convención con el régimen anterior hasta tanto se produce la reforma anunciada, teniendo en cuenta que aquella forma parte del ordenamiento jurídico español, que ha entrado en vigor con los efectos derogatorios que le son característicos y que, en definitiva, es directamente aplicable. Ciertamente, no se puede soslayar que el sistema de apoyos introducido en la Convención no es “autoejecutable” al requerir la intervención de los poderes

públicos¹⁹, pero tampoco se puede eludir que la entrada en vigor de la Convención reclama, necesariamente, la adaptación por vía interpretativa de la normativa interna a su contenido en todo aquello contrario a ella, debiendo ser interpretada esa normativa conforme con su tenor y colmando las lagunas con el mismo texto del Tratado.

Sobre esta base se han formulado algunas propuestas que van desde el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, a otras muy razonables, realizadas por otros componentes de esta Mesa y que en parte coinciden con las se mantienen en una de las posturas ya analizadas. Así, FEDERICO CABELLO DE ALBA²⁰ ha advertido que las instituciones vigentes pueden ser eficaces con el “*objeto de proteger a personas que, por su propia discapacidad o patología, queden absolutamente impedidos para el ejercicio de su capacidad jurídica*”, mientras que en los demás casos, las instituciones tuitivas deben de quedar desvinculadas de la incapacitación, arbitrando medidas de asistencia y apoyo con alcance puntual (es decir, para actuaciones concretas) de carácter flexible además y abiertas a la intervención de la persona afectada, sobre la base fundamental del respeto a su voluntad y preferencias, a través fundamentalmente de la figura de la curatela.

Por su parte, FERNANDO SANTOS URBANEJA²¹ ha propuesto que mientras se hacen las reformas oportunas (en el sentido de establecer un procedimiento de autorización de actos y negocios jurídicos concretos, que no constituya a la persona en un estado de incapacidad, reservando el procedimiento de la declaración genérica de incapacidad para aquellos casos en los que el presunto incapaz es titular de muchos intereses que obligaría a acudir al Juzgado con frecuencia) se acuda a instituciones judiciales de protección ajenas a la incapacitación, en concreto, a las medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el art. 216.2, en relación con el art. 158, ambos del CC, a las medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el art. 762 de la LEC y al reconocimiento judicial de la Guarda de Hecho.

Estas propuestas pueden servir, sin duda, de orientación para conciliar la normativa actual con la introducida por la Convención en orden a su aplicación. Partiendo de ellas, podemos hacer un breve análisis sobre la posibilidad del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, apuntada en la doctrina; y sobre la interpretación del marco procesal actual de la capacidad, representado por el procedimiento de incapacitación, el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares del art. 762 de la LEC y el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

¹⁹ Cuenca Gómez, Patricia, op. cit. Por otro lado y en este sentido, la Convención impone a los Estados, tal y como alegaba el Ministerio Fiscal en el recurso en el que se dictó la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, la obligación de respetar, la obligación de proteger y la obligación de actuar, de manera que deben de tomar las medidas oportunas de orden legislativo, administrativo, presupuestario, judicial y de cualquier otra índole, que sean necesarias para el ejercicio de todos sus derechos.

²⁰ *Instituciones tuitivas en el ordenamiento español...*, ya citada,

²¹ *Realidad actual de los procesos de incapacitación*, citada anteriormente

i. Cuestión de inconstitucionalidad.

Se trata de una posibilidad apuntada en la doctrina²² al comentar la sentencia del Tribunal Supremo ya citada de 29 de marzo de 2009, en la que se ha sosteniendo que la Sala “*debería haber declarado contrario a la Convención –y haber planteado la consecuente cuestión de inconstitucionalidad-, la incapacitación por aplicación directa del art. 12.2 de la Convención*”. El planteamiento de tal cuestión es una facultad atribuida a todos los órganos judiciales en el ejercicio de la función jurisdiccional, de modo que cualquier Juzgado o Audiencia que conozca de un procedimiento de este tipo podría plantear la cuestión.

Sin embargo, la incapacitación, en los términos contemplados en los artículos 199 y 200 del CC (que serían los preceptos objeto de la cuestión) no plantean una duda estricta de constitucionalidad (que en todo caso sería sobrevenida a raíz de la Convención, pues su conformidad anterior con la Constitución ya había sido reconocida de una u otra forma por la sentencia del Tribunal Constitucional 144/2002, de 9 de octubre), sino de derogación de una norma por otra posterior al ser contraria e incompatible con ella, y esa derogación puede ser apreciada por los tribunales sin necesidad del planteamiento de tal cuestión; en caso de laguna, se puede acudir en el propio ejercicio de la función jurisdiccional a las técnicas propias para su remedio, colmando el vacío con el propio texto de la Convención e interpretando el ordenamiento conforme a los criterios recogidos en ella.

Otra cosa es que la incapacitación, en los términos declarados en una concreta resolución judicial, al ir en contra de la previsión específica del art. 12.2 de la Convención (el reconocimiento de la capacidad jurídica “*en igualdad de condiciones con los demás*”), pueda representar una discriminación por razón de la discapacidad proscrita en su art. 5 que, además, debe orientar la interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas, y, entre ellos, el derecho a la igualdad previsto en el art. 14 de la CE, que es susceptible de amparo constitucional. Por tanto, en caso de que la incapacitación pretendida y decretada haya supuesto tal discriminación y sea contraria a este precepto constitucional (interpretado de acuerdo con la Convención), la infracción habría que atribuirle a la sentencia por no entender derogados los preceptos ni interpretarlos conforme a los criterios de ésta, de manera que el mecanismo de reparación adecuado sería, más que la cuestión de constitucionalidad, el recurso de amparo.

²² Cuenca Gómez, Pilar, op. Cit.

No obstante, si la reforma anunciada, una vez aprobada y publicada, incluye preceptos en contradicción con los de la Convención, en la medida en que representan el canon de referencia para la interpretación de las libertades públicas y los derechos fundamentales (lo que implica la introducción de su concepto de discriminación por razón de discapacidad en el marco o ámbito del derecho fundamental a la igualdad del art. 14 de la CE), tendría ya justificación el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad respecto de los nuevos preceptos.

ii. El marco procesal: los procedimientos sobre la capacidad.

El Libro IV de la LEC que trata de los procesos especial, regula en su Título primero los procesos *sobre capacidad*, filiación, matrimonio y menores, y dedica el Capítulo II a los procesos *sobre la capacidad de las personas*; dentro del mismo contempla el procedimiento de incapacitación, las medidas cautelares y el último precepto de ese capítulo lo dedica el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. En lo que aquí interesa, hay que referirse al procedimiento de incapacitación y al de la adopción de medidas cautelares, así como el procedimiento de jurisdicción voluntaria adecuado para la decisión de peticiones relacionadas las disposiciones del CC en materia de capacidad.

i'. El procedimiento de incapacitación.

Las normas del CC sobre la incapacitación pueden ser difícilmente compatibles con la Convención, como hemos visto, y siendo esas normas la base material o sustantiva del proceso de incapacitación, lo mismo ocurre con este procedimiento en cuanto que tiene como objeto constituir el estado de incapacitación y la privación de la capacidad de obrar.

El propio legislador es consciente de ello y ya ha ordenado una reforma legal del procedimiento y su sustitución por otro que se denomine de "*modificación de la capacidad*". Tampoco esta denominación es muy afortunada y ha sido criticada en la doctrina (que ha propuesto otras denominaciones), pero al menos evoca la idea de que la capacidad de obrar se mantiene y no se elimina ni se restringe aunque se "modifique" en su actuación; en realidad y en el sistema de la Convención, no se produce tal modificación sino una forma específica de su desarrollo o ejercicio a través de las medidas de apoyo, como ajustes razonables, con las salvaguardas oportunas.

No parece, pues, que el procedimiento de incapacitación puede mantenerse con el significado anterior a la Convención y con la base sustantiva que tenía de

fundamento, sino que debe adaptarse, en su aplicación actual y hasta tanto se lleva a cabo la modificación, a los criterios de éstas.

Conforme a tales criterios la incapacitación, como elemento determinante de un nuevo estado civil del incapaz que anula el ejercicio de sus derechos, pierde su sentido, pues la capacidad se mantiene incólume y lo que hay que hacer es suministrar los apoyos necesarios para permitir que la persona discapacitada ejercite el derecho del que es titular y que pretende hacer valer. Por tanto, lo que es un estado permanente de privación o restricción –la incapacitación, sin perjuicio de su revisión– que afecta e influye a toda actuación del incapaz, se transforma en una situación normalizada de la persona con discapacidad que únicamente requiere de apoyos respecto de determinados actos que lo precisen. Como se ha señalado²³, frente a la incapacitación que es “*extensa*”, el sistema de apoyos es “*restringido*” y referido “*sólo a aquellos actos concretos respecto de los que se establezcan*”.

No se trataría, por tanto, de declarar la incapacitación, constituyendo a la persona discapacitada en un nuevo estado civil, privando o restringiendo su capacidad civil, sino de evaluar y determinar la situación en la que se encuentra para permitirle el ejercicio de capacidad mediante las medidas adecuadas a través de las figuras tuitivas que sean idóneas.

Desde luego es absolutamente necesario erradicar todo tipo de práctica que sobre la base de cualquier etiología discapacitante, genere de forma automática una resolución de incapacitación genérica total o parcial. Si ya en el sistema anterior esa forma de actuación era discutible, en el actual es completamente inadmisibile. En la práctica actual y si bien se sigue manteniendo la declaración formal de incapacitación (total o parcial), se acude en ocasiones a la evaluación de la situación en la que se encuentra la persona con discapacidad para poder establecer un régimen protector adecuado a la misma e incluso se cita la Convención como base normativa de la decisión.²⁴

²³ Rueda Díaz de Rábago, op. Cit.

²⁴ Una buena práctica ajustada a estos criterios se sigue en el Juzgado de Santa Cruz de Tenerife que tiene atribuidas las competencias exclusivas en la materia cuya aplicación, por las peculiaridades de la población de esta Ciudad con gran número de residentes extranjeros respecto de los que rige su ley nacional, presente una cierta complejidad; no deja de ser frecuente la aplicación de la ley alemana por la importancia de la colonia de esta nacionalidad radicada en la Isla, ley que precisamente garantiza los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad y su derecho a la autodeterminación, bajo el principio “de necesidad” y a través de la figura del “asistente”, que solo se impone cuando sea estrictamente necesario, es decir, cuando no sea posible proteger de otro modo sus intereses y sin necesidad de incapacitación previa. Se pueden citar las sentencias de dicho Juzgado de 20 de enero del presente año, que modifica una declaración de incapacidad anterior de una persona con trastorno bipolar y con diversos ingresos hospitalarios, aludiendo expresamente a la Convención y a sus postulados en orden a la adopción “de medidas de apoyo o asistencia en la toma de decisiones, en lugar de sustitución en la toma de decisiones”, sobre cuya base designa a un curador con la prevención expresa de que “*no suplirá la voluntad de su hermana, sino que la encauzará y complementará, no suponiendo la curatela la asunción de la representación..., sino su asistencia y protección en los actos referidos*”. En términos similares se pronuncia la sentencia del mismo Juzgado de 11 de diciembre de 2008, en el que la curatela se difiere, con base en el art. 242 del CC, a una Fundación Tutelar; la sentencia de 18 de enero de 2006 aplica la ley alemana y nombra un asistente con base en ella; la de 19 de febrero de 2010 que hace un completo análisis de la situación

Por otro lado, ya se ha señalado que el Informe aprobado por el Consejo de Ministros, reconoce que la Convención hace necesario reemplazar el tradicional modelo de sustitución en la toma de decisiones por un modelo de apoyo en la toma de decisiones. Si esto es así y la Convención es directamente aplicable, el procedimiento de incapacitación y su adaptación a ésta, exige que vaya encaminado al modelo que éste propugna, confiriendo a los nombramientos del tutor y del curador la significación que le corresponda en el marco global de los apoyos que aquella establece, encaminado a una evaluación de la situación en la que se encuentra la persona para determinar tales medidas, más que a la privación o restricción de la capacidad.

Bajo esta consideración y sobre la base de que el modelo que introduce la Convención no excluye de raíz y para determinados supuestos, los apoyos que consistan en acciones de sustitución en aquellas situaciones en las que la necesidad de tales apoyos sea muy intensa, cabe la posibilidad de mantener el procedimiento para esos supuestos con el nombramiento de un tutor pero con la significación señalada. Por lo demás y generalmente, se deberá acudir a la curatela, en el sentido apuntado por el Ministerio Fiscal en el recurso de casación ya mencionado, como el mecanismo a través del cual se deben articular las medidas precisas para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar.

Se trata, en definitiva, de conferir a esas figuras el significado que le corresponde según el nuevo modelo de apoyos y bajo los principios que le son propios (de gradualidad, complejidad, diversidad, respeto a la voluntad y deseos de la persona, con carácter abierto y orientada al favorecimiento de la persona con discapacidad²⁵), determinando la forma de asistencia que precise la persona con discapacidad en función de la situación particularizada en la que se encuentre el sujeto (y ponderando, como señala también uno de los informes mencionados, *lo que hace ordinariamente la persona con discapacidad, lo que necesite hacer y lo que no puede hacer por sí misma*).

ii'. El procedimiento "cautelar" del art. 762 de la LEC.

Como se ha señalado, frente a la incapacitación que es "*extensa*", el sistema de apoyos es "*restringido*" y referido "*sólo a aquellos actos concretos respecto de los*

en la que se encuentra la persona (con enfermedad de Alzheimer y antecedentes de tres ictus isquémicos) y establece un detallado régimen, con la designación de dos tutores estableciendo los actos que deben realizar, con la prevención del respeto a la voluntad de la persona en una serie de aspectos. En términos similares se pronuncia la sentencia de 12 de febrero de 2010 que nombra curador a la Comisión Tutelar del Mayor Legalmente Incapacitado, adoptando medidas muy concretas en determinados aspectos (la limpieza del hogar ante la negativa de la persona a permitir la entrada en el mismo).

²⁵ Vide la nota anterior núm.17, en la que se explican tales principios según la doctrina citada.

que se establezcan". Pues bien, tal precepto se remite al proceso cautelar y confiere al tribunal la posibilidad de adoptar "*las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio*". Como se ve, los términos en cuanto al contenido de las medidas son amplísimos, como amplias son las facultades del juez para decidir, de manera que ofrece una vía procesal idónea para la adopción de cualquier medida de protección y, considerándola como tal, para la adopción de cualquier medida de apoyo para la ejecución de un acto que se vea necesitado de realizar la persona con discapacidad.

El procedimiento es especialmente idóneo a estos efectos por razón de su sus presupuestos, de su carácter y de su fin, de manera que adaptado a los criterios de la Convención, puede ser herramienta muy valiosa, como ha apuntado FERNANDO SANTOS URBANEJA que lo considera adecuado para una serie de actuaciones (autorizaciones para intervención quirúrgica urgente, habilitaciones a familiares o guardadores para formular denuncias, renunciar una herencia deficitaria, realizar una gestión urgente...).

En realidad, las medidas previstas en dicho precepto no tienen de "cautelares" más que su enunciado, pues carecen de un propio y genuino carácter cautelar aunque se remita al procedimiento cautelar para su adopción; en efecto, no pretenden garantizar la efectividad de una sentencia futura de naturaleza constitutiva –la de incapacitación–, ni siquiera de los aspectos de ésta que se encontrarían necesitados de ejecución, sino de proteger los intereses de cualquier tipo del presunto incapaz, y tampoco están sujetas a los presupuestos propios de las medidas cautelares (peligro de la demora procesal, apariencia de la procedencia del derecho reclamado y prestación de caución); es decir, más que una naturaleza precautoria o cautelar de un sentencia futura, tiene un carácter protector de los intereses del presunto incapaz al margen o con independencia del procedimiento de incapacitación, que ni es un presupuesto para su adopción ni necesariamente tendrían que abocar en él.

Es decir, ni requieren necesariamente para su eficacia de un proceso de incapacitación pendiente ni uno futuro; puede ser que tal proceso se plantee, pero si no se promueve no produce ello como consecuencia la caducidad, la pérdida de eficacia o su alzamiento de las medidas adoptadas sino que persisten con todos sus efectos. Así se desprenden del último párrafo de su núm. 1, ya que adoptadas las medidas por el tribunal competente, éste pondrá "*el hecho*" en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, "*si lo estima conveniente*", la incapacitación; es decir, el Ministerio Pública habrá de promover la incapacitación en función de la conveniencia del incapaz (y no existirá si la protección se ha obtenido a través de la medida), pero si no se insta no por ello las medidas de protección quedan sin efecto.

Se trata, en definitiva, de un procedimiento de protección provisional similar al que se contempla en otros derechos extranjeros de nuestro entorno (como el *référé* del ordenamiento francés), o a los interdictos de retener y recobrar la posesión en nuestro ordenamiento, que otorgan una protección o tutela sumaria de determinados derechos e intereses.

Bajo esas características, la cuestión más importante es determinar el ámbito del procedimiento y el tipo de medidas que pueden adoptarse en su seno; pero si no hay más límites que la protección, puede ser el adecuado para adoptar cualquier medida de apoyo y complemento que permita el ejercicio de la capacidad de obrar referido también a cualquier tipo de actos en concreto, incluso a través de la guarda de hecho como figura susceptible ya de publicidad registral con lo que ello comporta; por tanto y con esa base, se puede ampliar el contenido del procedimiento para la adopción de medidas relacionadas con la administración de las personas con discapacidad, pudiendo ser en numerosos casos una sustitución adecuada del procedimiento de incapacitación que, como se ha señalado, debe interpretarse en relación con los criterios de la Convención.

Hay que tener en cuenta, a estos efectos y por otro lado, que el art. 46 bis de la Ley de Registro Civil, introducido con la reforma de la Ley 1/2009, alude a la extensión por duplicado de las inscripciones marginales de la Sección I sobre las modificaciones judiciales de capacidad, así como las inscripciones de la Sección IV sobre constitución y modificación de organismos tutelares, y sobre las “*medidas judiciales sobre guarda o administración de presuntos incapaces*”; se trata, por tanto, de medidas ajenas al procedimiento de incapacitación (referidas a “presuntos incapaces”) sobre la guarda y administración (términos que obviamente deberán interpretarse en sentido amplio), que habrán de adoptarse a través de este procedimiento que, en definitiva es el adecuado para este tipo de medidas que bien pueden referirse a actos o negocios concretos.

ii'. La jurisdicción voluntaria.

La Disposición Adicional de la Ley de 1983 establecía que las peticiones relacionadas con los preceptos modificados del CC se resolverían a través de los expedientes de jurisdicción voluntaria, y, en el mismo sentido, la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del menor señalaba que *Disposición adicional tercera* que, con excepción de las declaraciones de incapacitación y de prodigalidad, las demás actuaciones judiciales previstas en los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil se ajustarán al procedimiento previsto para la jurisdicción voluntaria, con las particularidades que señala (en síntesis, actuación de oficio del Juez y del Ministerio Fiscal, no necesidad de la intervención de Abogado y

Procurador, y resolución de la oposición en el mismo procedimiento sin convertirlo en contencioso). El precepto no ha sido derogado por la LEC y se encuentra en vigor, aunque sí se ha visto afectado precisamente respecto de las medidas del art. 762 de esta Ley cuyo antecedente viene representado por el art. 203.2 del CC, al que sí deroga.

Sobre esta base, la jurisdicción voluntaria es la adecuada para la adopción de las medidas contempladas en el art. 216, en relación con el art. 158, ambos del CC, que permite adoptar cualquier tipo de medida a fin de apartar al presunto incapaz de un peligro o evitarles perjuicios.

Medidas que además pueden articularse a través de la guarda de hecho que se regula en los arts. 304 y ss. del CC, pues todas las actuaciones judiciales en relación con esa figura se deben ajustar a este procedimiento por incluirse esos preceptos en el ámbito de aplicación de la mencionada Disposición. Y toda esa actuación presupone la constatación y el reconocimiento de su existencia que, como ha ya señalado SANTOS URBANEJA, puede declararse y se ha declarado en la práctica judicial y en determinados casos, a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria²⁶, lo que puede encontrar su apoyo legal en la mencionada Disposición Adicional.

Por otro lado, la guarda de hecho ha obtenido mayor importancia como consecuencia de la reforma de la Ley de Registro Civil introducida por la Ley 1/2009, que ha modificado el art. 38, cuyo apartado 8º permite ya, aunque sea a los meros efectos informativos, la anotación en el Registro Civil de la existencia de la guarda de hecho así como *las medidas de control y vigilancia adoptadas respecto... del presunto incapaz*.

Antes de dicha reforma se había admitido la constatación de la guarda de hecho en expedientes de jurisdicción voluntaria en determinados supuestos y a los efectos específicos señalados en la resolución judicial de su reconocimiento, pero no se había establecido un sistema de publicidad o, si se quiere, de información como el que representa la anotación señalada, aunque en determinada doctrina se había apuntado la posibilidad de acreditar su existencia mediante otros instrumentos (acta notarial de notoriedad, o la misma resolución judicial en expediente de jurisdicción voluntaria²⁷). Ahora, pues, puede obtenerse esa información a través de dicha anotación, con todas las consecuencias que conlleva.

²⁶ Fernando Santos Urbaneja, Op. Cit.

²⁷ Rueda Díaz de Rábago, Op. Cit. No obstante considera que el acta de notoriedad no es un título lo suficientemente seguro para el tráfico jurídico económico, sin perjuicio de que pueda legitimar para determinadas actuaciones en interés de la persona con discapacidad que no integren un negocio jurídico, como por ejemplo promover una declaración de herederos a su favor.

El artículo citado permite la anotación de su existencia a instancia del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, pero no establece cuál es en concreto el título de la anotación. Naturalmente es preciso la necesaria justificación del hecho, y puede plantearse la cuestión de si es suficiente la mera declaración ante el Encargado por parte de quien se autoerige como guardador, pues en ocasiones varias personas que simultáneamente se titulan como tal guardador (por ejemplo varios hermanos de la persona con discapacidad).

El Reglamento de Registro Civil regula las diversas formas a través de las cuales pueden acceder, con esos efectos informativos, los distintos hechos que son susceptibles de anotación (así por ejemplo, el mandamiento judicial para anotar la pendencia del procedimiento de incapacitación, el documento extranjero) pero el Reglamento no ha sido modificado. No obstante el art. 149 de este reglamento señala que supletoriamente serán de aplicación a las anotaciones las reglas de las inscripciones y, respecto de éstas, el art. 81 del Reglamento señala que el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe, de manera que habrá que acudir a este tipo de titulación, entre la que se encuentra el reconocimiento del guardador en expediente de jurisdicción voluntaria.

Partiendo, pues, de la significación actual de la guarda de hecho y de la posibilidad de su publicidad, puede representar una figura de importancia para obtener, por medio también de la jurisdicción voluntaria, las medidas de asistencia que precisen la persona con discapacidad para el ejercicio de sus derechos y que reclamen una actuación judicial. Naturalmente, el problema fundamental con respecto de la guarda de hecho es la de sus facultades que, una vez reconocida su existencia, serán las que expresamente establezcan la resolución judicial sobre la base de los criterios ya mencionados.