

CURSO: DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCION DE LA ONU
SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
Y SU APLICACIÓN POR LOS OPERADORES JURÍDICOS Y
SOCIALES: ESPECIAL REFERENCIA AL ARTÍCULO 12

LA CONVENCION DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

I. INTRODUCCIÓN: una nueva realidad política, legal y judicial

II. HACIA UNA NUEVA POLITICA DE DISCAPACIDAD

III. NUEVA LEGISLACIÓN SOBRE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

* 1er. Período temporal (Años 1982-3): ejes de la nueva visión de la discapacidad

* 2º período temporal (año 2003): renovar las políticas legislativas

* 3er. Período temporal (Año 2006):

- Desarrollo de nuevos sectores socioeconómicos
- El Derecho que viene
- Nueva concepción procedimiento de incapacitación (con o sin reforma legal)

IV. NIVEL APLICATIVO DE LA CONVENCION EN EL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL.

IV.1 Principios de actuación jurídica. El procedimiento de incapacitación.

IV.2 Instrumentos de materialización jurídica del derecho del interesado a administrar su persona y patrimonio libremente.

IV.2.A) La constitución de un patrimonio separado

IV.2.B) La auto-incapacitación

IV.2.C) La autotutela

IV.2.D) Los poderes preventivos

IV.2.E) Modificaciones del derecho de sucesiones

IV.2.F) Contrato de alimentos

IV.2.G) La hipoteca inversa

IV.2.H) El seguro privado de la dependencia

IV.2.I) Conclusión

I. INTRODUCCIÓN: una nueva realidad política, legal y judicial.

Cualquier observador, aunque sea lego en Derecho, tiene conocimiento de la gran cantidad de innovaciones políticas y legislativas en los últimos años y del sentido básico de tales reformas en materia de discapacidad, que adoptan un giro copernicano para situar la discapacidad allí donde le corresponde: en la esfera de los derechos humanos y la no discriminación.

La Convención refuerza el plano personal en su art. 12, proclamando el principio de igualdad ante la ley de las PCD ¹. Con razón se indica, que uno de los principales retos que supone su entrada en vigor es la correcta adaptación de las disposiciones que garantizan la igualdad de trato en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, considerando discriminatoria toda distinción que se base en la propia discapacidad. Estas disposiciones se encuentran recogidas, principalmente, en el citado artículo 12, cuyo marco legal contempla un cambio en el modelo a adoptar a la hora de regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, especialmente en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros. Mientras que el sistema tradicional tiende hacia un modelo de “sustitución” en la toma de decisiones, el modelo de derechos humanos en el que se fundamenta la Convención, se basa en la dignidad intrínseca de todas las personas y aboga por un modelo de “apoyo” en la toma de decisiones. Así, pues, el modelo y el rumbo parecen bastantes claros, aunque el camino se presenta largo y complicado.

De esta forma, se refuerzan importantes principios de actuación jurídica:

A) Se unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona.

¹ Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

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

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

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

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

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

B) A partir de ahí, se impone proporcionar mecanismos de apoyos adecuados y garantizar a la persona con discapacidad su plena capacidad de ejercicio para realizar cualquier acto o negocio jurídico.

C) Al mismo tiempo, se restringe y limita el instrumento de la incapacitación, cuando éste tenga por único objeto la anulación de la capacidad de obrar, otorgándosela a un tercero, de forma que la Convención rechaza un indiscriminado sistema tutelar sustitutivo o representativo de la persona con discapacidad, así como las situaciones de protección ilimitadas o prorrogadas, que cronifiquen o enquisten temporalmente la situación de anulación de la capacidad plena.

En consecuencia, la doctrina insiste que las tradicionales figuras de tutela, patria potestad prorrogada o rehabilitada, curatela, etc., deberían ir abriendo paso a instituciones nuevas como la “asistencia”, sin olvidar el reconocimiento de las situaciones de “guarda de hecho”, cuando no existan motivos que aconsejen acudir a un procedimiento de incapacitación.

D) Se robustece la capacidad de las personas con discapacidad, solas o con sus “apoyos”, para que puedan intervenir en todos los negocios jurídicos en igualdad de condiciones, al tiempo que controlar sus propios asuntos económicos en las distintas figuras jurídicas instauradas para su protección concreta.

De otro lado, la Convención no quiere olvidar la importancia del ámbito familiar, referencia obligada en los principios recogidos en el apartado x) del Preámbulo de la Convención y en el expreso artículo 23.

En definitiva, con los parámetros interpretativos anteriores, estamos ante una nueva política de discapacidad y, por derivación, una nueva realidad legal y judicial.

II. HACIA UNA NUEVA POLITICA DE DISCAPACIDAD.

Sin remontarnos más atrás, limitándonos al siglo XX, se aprecian dos modelos de intervención pública, que han dado origen a dos tipos de políticas públicas de discapacidad, a saber: el modelo médico o rehabilitador y el modelo social. No se trata de modelos puros, sin conexiones y superposiciones entre ellos, ni de modelos consecutivos, que se hayan turnado en el tiempo siendo sustituido uno por el otro, pero sí cabe aseverar que el modelo médico o rehabilitador ha sido el tradicional y vigente hasta hace unos veinte o treinta años, y que el modelo social ha comenzado a generalizarse de ese tiempo a esta parte, dándose los primeros pasos hacia un profundo cambio en la forma de entender la discapacidad, integrando, además, la perspectiva de los Derechos Humanos. En este sentido, la ratificación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad supone un avance fundamental.

La nueva política sobre discapacidad para suplir el déficit de ciudadanía que sufren todavía muchas personas con discapacidad, giraría en torno a estos grandes ejes o bases:

1º Situar la discapacidad allí donde le corresponde: en la esfera de los derechos humanos y la no discriminación. La persona con discapacidad como titular de

derechos. Para ello, hay que definir derechos, dotarlos de contenido material, hacerlos vinculantes y exigibles y universales y regular mecanismos eficaces y rápidos de protección y tutela que garanticen su ejecutividad.

2º Los derechos sociales de las personas con discapacidad. De los servicios sociales a los derechos sociales.

3º El nuevo paradigma de la accesibilidad universal: regular la accesibilidad como derecho y considerar la falta de accesibilidad de los entornos, productos y servicios a disposición del público como una discriminación contra las personas con discapacidad.

4º Las familias con personas con discapacidad. Establecer un sistema integral de protección social de las familias que tengan en su seno a personas con discapacidad. Ello obliga a que los Gobiernos destinen recursos a estas políticas sociales, en cumplimiento de los convenios internacionales más avanzados.

5º La sensibilización social se entiende como un elemento de suma importancia en el desarrollo de las personas con discapacidad.

III. NUEVA LEGISLACIÓN SOBRE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Una breve recapitulación histórica nos señala que el interés del Derecho moderno por la protección de las personas discapacitadas ha tenido su punto de arranque en el último tercio del pasado siglo XX, época marcada por los profundos cambios políticos y por el reconocimiento internacional de los derechos de las personas con discapacidad que efectuó la Organización de las Naciones Unidas, a través de cuatro importantes declaraciones jurídicas: Declaración de Derechos del Deficiente Mental de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1971, la Declaración de Derechos de los Minusválidos, aprobada por la Resolución 3447 de 9 de diciembre de 1975, la Declaración de los Derechos de las Personas Sordo-Ciegas de 1979, y la Declaración Sundberg de 1981.

En España, fue promulgada la Constitución de 1978, cuyo artículo 49 recoge, por vez primera en un texto constitucional, un explícito mandato dirigido a los poderes públicos para que realicen “una política de revisión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”, quienes además habrán de recibir “la atención especializada que requieran”, así como el amparo especial para el disfrute de los derechos fundamentales y libertades públicas que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos.

Desde la CE y la LISMI (Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos), que se fundamentaba en el art. 49 CE y en los Instrumentos Internacionales en vigor, pasando por las LIONDAU (Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad) y LPPD (Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), hasta la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de diciembre de 2006 (con su correlato nacional por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en

situación de dependencia), han transcurrido treinta años y se han producido muchos cambios.

Un esquemático recorrido en el tiempo nos alumbra significativamente sobre momentos claves, que alumbran los cambios normativos más llamativos en materia de discapacidad:

* **1er. período temporal** (Años 1982-3): cambio sistema tutela, integración laboral y protección social y económica (modelo médico o rehabilitador).

* **2º período temporal** (Año 2003): cambio terminológico, profundización principio igualdad, importancia iniciativa privada.

* **3er. período temporal** (Años 2007-8): cambio judicial y social. Se actúa en un doble plano, judicial, incidiendo en la importancia de la casuística judicial sobre cada persona discapacitada, y social, pasando de los servicios sociales a los derechos sociales, en búsqueda de la mayor autonomía personal.

Con el inicio del tercer período llegamos a los 25 años de andadura legislativa (bodas de plata), por lo que esperamos que éste último no necesite de igual extensión para llegar a los 50 años de la discapacidad.

* **1er. Período temporal (Años 1982-3): ejes de la nueva visión de la discapacidad.**

Como se dijo hace un momento, la primera Ley estatal dedicada de manera específica a la defensa del colectivo discapacitado es la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI). Dicha norma, basada en el modelo médico de la discapacidad, estableció las bases normativas para regular cuestiones tan relevantes como la prevención, el diagnóstico y la valoración de las minusvalías, el sistema de prestaciones sociales y económicas, la rehabilitación, la inserción laboral, los servicios sociales y otros aspectos relacionados con la atención al disminuido. La LISMI, además, supuso el pistoletazo de salida a la hora de regular sectores esenciales en la protección de los discapacitados, afectando a muy diversos ámbitos: Empleo, Seguridad Social, Educación, Salud, Servicios Sociales, Movilidad y barreras arquitectónicas.

A este mismo período corresponde la reforma y cambio del sistema de tutela, operada por Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, estableciendo una regulación cuyas directrices fundamentales son:

1ª. Se abandona de raíz el sistema el sistema de tutela de familia (tutor, protutor y Consejo de familia) y se adscriben los órganos tuitivos de la persona a la autoridad o control del Juez (tutela judicial o de autoridad).

2ª. Además de la tutela y de la figura del defensor judicial, se introduce un nuevo órgano tuitivo de la persona: la curatela, vieja conocida desde los tiempos del Derecho Romano, que había sido rechazada conscientemente por el legislador del Código Civil.

No obstante, las fronteras entre la tutela y curatela quedan demasiado desdibujadas.

3ª. Necesidad de graduar e individualizar la discapacidad, introduciendo una nueva cultura jurídica. Las causas de incapacitación no son objeto de enumeración taxativa, sino que, genéricamente, se identifican con las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma (artículo 200).

4ª. Se permite, incluso, incapacitar a los menores de edad cuando se prevea razonablemente que la causa de incapacitación persistirá después de la mayoría de edad.

*** 2º período temporal (año 2003): renovar las políticas legislativas.**

No fue hasta el año 2003, declarado en el ámbito de la Comunidad Europea como el “Año Comunitario/Europeo de la Discapacidad”, cuando el legislador español decidió dar un renovado impulso a su política legislativa. Merecen destacarse especialmente tres leyes: la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (LPPD), la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU) y la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados. De esta forma, se habla de un trío de leyes que ha sentado los cimientos de una nueva regulación del fenómeno en España y busca adaptarse a los vientos de modernidad y progreso que corren con intensidad por la Comunidad Europea.

La Ley 51/2003, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (LIONDAU), es la primera ley en tratar de una forma global la prevención de la discriminación (directa e indirecta) en contra de personas con discapacidad. Está inspirada en el modelo social de la discapacidad, e incluye como principios: vida independiente, normalización, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas a favor de las personas con discapacidad.

La ley define las medidas contra la discriminación, las de acción positiva, las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación y las medidas para promover y defender la igualdad de oportunidades. Implica a la Administración y a la sociedad civil y tiene un ámbito de aplicación casi universal.

El primer cambio de importancia es terminológico. Mientras en la LISMI se habla de disminuidos o minusválidos y de deficiencias, la LIONDAU y la LPPD utilizan en general otros términos: discapacidad y discapacitados. Ya no se habla de minusválidos, únicamente se emplea la expresión grado de minusvalía. A esta variedad y uso intercambiable, se le ha puesto fin mediante Ley ², ya que la actual forma oficial es «persona/s con discapacidad».

En segundo lugar, la filosofía de la LISMI partía de que habían de ser los Poderes Públicos, tanto la Administración Central, como las Comunidades Autónomas o las

² Ley 39/2006, del 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a Personas en situación de Dependencia, disposición adicional octava.

Corporaciones Locales, los que se ocuparan de prestar los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos de los discapacitados, si bien este sector público debía amparar la iniciativa privada sin ánimo de lucro, colaborando en el desarrollo de sus actividades. Mientras tanto, la LIONDAU y la LPPD, sin olvidar el papel primordial que corresponde a la Administración central y a las Autonómicas en esta cuestión, ceden protagonismo a la iniciativa privada.

Por otra parte, con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (LPPD), se introducen significativas novedades que permiten al individuo adelantarse al Estado y planificar por sí mismo su futuro. Su objeto inmediato es regular la constitución de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma.

Ahora bien, la Ley abarca mayores campos. Destaca, en segundo lugar, la regulación de la autotutela, es decir, la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas. En tercer lugar, se introducen distintas modificaciones del derecho de sucesiones. Y, en fin, se introduce una regulación sucinta de los alimentos convencionales, es decir, de la obligación alimenticia surgida del pacto y no de la ley.

Después de la Ley 41/2003, posiblemente dictada sin percibir todos los caminos que abría, se puede decir que ha quedado profundamente modificado el sistema español, en consonancia con lo que venía ocurriendo en países de nuestro entorno, fortaleciendo la autonomía personal, excluida en principio de la fiscalización pública, reservada para graves anomalías o patologías, único supuesto en que habrá que dar entrada a la Administración de Justicia.

Es hora de colocar las decisiones en quien debe decidir, en el propio afectado, no en la familia ni en el Estado. Consciente de ello, el Derecho ha comenzado a crear instrumentos destinados a ofrecer soluciones a los retos planteados, en línea con el art. 12.4 de la Convención a efectos de asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respetan los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. El patrimonio protegido, los poderes preventivos, la autotutela, las instrucciones previas, el contrato de alimentos, la hipoteca inversa, el seguro privado de la dependencia, los planes de pensiones etc., son instrumentos legales que van a permitir al individuo adelantarse al Estado y planificar por sí mismo su futuro. Hoy en día, con unas previsiones adecuadas en materia de poderes preventivos y de autotutela, incluso sin tener que recurrir a la autoincapacitación, se puede hablar en este terreno de una amplia autonomía de la voluntad y autocomposición de intereses.

3er. Período temporal (Año 2006): Desarrollo nuevos sectores socioeconómicos. El Derecho que viene. Nueva concepción procedimiento de incapacitación (con o sin reforma legal).

Cristaliza en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, con su correlato nacional en normativa de autonomía personal. La **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 tiene una importancia en sí misma, como ejemplo paradigmático a seguir, un gran valor simbólico a nivel internacional, ya que se convierte en el primer Tratado sobre Derechos Humanos del siglo XXI y pone los derechos de las personas con discapacidad al mismo nivel que los más importantes Tratados aprobados por Naciones Unidas (p.ej., sobre Derechos Humanos o sobre Derechos de la Infancia). Seguir su estela exigía la gestación de una ley social en materia de dependencia, una “Ley de Autonomía Personal”, dirigida a garantizar la máxima autonomía posible en la vida diaria de las personas con alguna discapacidad. A nivel nacional, tenemos la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, **de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia**, que trata de desarrollar el cuarto pilar del Estado del Bienestar, de forma que asistimos al alumbramiento de la herramienta que servirá de base para el futuro Sistema Nacional de Atención a la Dependencia, que tendrá un funcionamiento similar a lo que hoy es la sanidad, la educación y las pensiones, las tres patas del llamado Estado del bienestar y que pronto parece que serán cuatro (la protección social).

Con independencia de lo anterior, no podemos olvidar un expreso período intermedio, donde se ponen en marcha las principales normas jurídicas dictadas en años sucesivos. Se trata de una destacable batería de medidas destinadas a aumentar el nivel de protección jurídica de los discapacitados. En líneas generales, podemos hablar de un conjunto legislativo en sintonía con el renovado marco legal de la discapacidad, por cuanto que estas nuevas normas se inspiran y apoyan en los principios y directrices introducidos por las Leyes especiales del año 2003, en particular la LIONDAU.

Las novedades pueden calificarse como normas de desarrollo y aplicación de aquellos principios a campos o sectores concretos de enorme importancia socioeconómica, en los que el ciudadano con discapacidad se encuentra en una posición débil o menos favorable respecto del resto de la población, por lo que precisa un grado de protección especial, más intenso y singularizado. Así, el mercado laboral en general y el empleo público en particular, los nuevos servicios de publicidad, comunicación y televisión, la circulación y la seguridad vial, la asistencia legal ante los Juzgados y Tribunales de Justicia y el establecimiento de un régimen de igualdad de oportunidades y no discriminación, el sector inmobiliario, la legislación electoral, el ámbito educacional y la corresponsabilidad familiar, lengua de signos, espacios públicos y edificaciones, régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.

Al final de esta exposición, como hemos hablado del Derecho que viene, deviene obligado citar la **Ley 41/2007, de 7 de diciembre**, de regulación del mercado hipotecario, de la hipoteca inversa y del seguro de dependencia y la **Ley 1/2009, de 25 de marzo** ³.

³ Solucionará la actual dispersión de los asientos e introduce un principio de coordinación informativa entre las distintas Secciones del Registro Civil, así como entre los distintos Registros Civiles del territorio

IV. NIVEL APLICATIVO DE LA CONVENCION EN EL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL.

IV.1 Principios de actuación jurídica. El procedimiento de incapacitación.

Los distintos medios que arbitra nuestro ordenamiento jurídico para guarda de las personas pasan necesariamente por un procedimiento judicial de incapacitación que presenta las siguientes características:

1ª Ha de constatar la realidad de la falta de aptitudes para gobernarse, con todas las garantías para la persona con discapacidad, señalando el ámbito concreto en el que se aprecia. Corolario de lo anterior es la necesidad de oír a la persona con discapacidad, siempre que tenga capacidad natural suficiente para ello, e incluso respetar su actuación por sí solo en cuanto ello no entrañe riesgos.

Se impone, al respecto, la necesidad de singularizar la incapacitación, ante las escasas resoluciones judiciales en este sentido.

2ª Posteriormente, ha de establecer la institución de guarda adecuada a las necesidades de la persona concreta, fijando además en cada caso los límites de la intervención de dicha institución. Asimismo nombrará a la persona física o jurídica que desempeñará esos cargos tutelares.

Las instituciones de guarda previstas en nuestros textos legales son: patria potestad, prorrogada o rehabilitada, tutela y curatela. Con dudas sobre su verdadera naturaleza, si institución o mera situación que se da en la práctica frecuentemente, se incluye también la guarda de hecho. Todas estas figuras de guarda constituyen el mejor y más completo instrumento de protección para las personas que lo necesiten y para aquellas más próximas de su entorno que pueden colaborar para conseguir su mejor integración social.

3ª Se inscribirá en el Registro civil (art. 88 y ss LRC) la nueva situación de la persona.

4ª Control periódico de la situación de la persona incapacitada, de tal modo que, si desapareciera la deficiencia, se instaría un nuevo procedimiento judicial (ahora en sentido inverso y con las mismas garantías) para poder devolverle la capacidad de actuar por sí sola, y si aún permaneciendo la incapacidad, cambiase el grado de la

nacional. Igualmente, la coordinación se extiende a las relaciones entre el Registro Civil y los Registros de la Propiedad y Mercantiles que reflejen esas situaciones de incapacidad y constitución de patrimonios protegidos y el Notariado, que autoriza los documentos públicos en que se recogen disposiciones referentes a esta cuestión.

Además, se establece la necesaria publicidad a través del Registro Civil, no sólo de los nombramientos de administradores o representantes legales de estas personas sino, incluso, de la propia constitución y contenido de dichos patrimonios. En esa misma línea, se impone a los Notarios la obligación de comunicar al Ministerio Fiscal la constitución de un patrimonio protegido y se legitima al Fiscal para obtener información de organismos públicos en relación con el ejercicio de la tutela o guarda de hecho.

Por otra parte, mejora distintos aspectos del régimen jurídico del patrimonio protegido, como son la comunicación de su constitución al Ministerio Fiscal para los fines de control, la determinación del domicilio en función de cual se debe fijar la competencia del Ministerio Fiscal, la aclaración del concepto de acto de disposición de determinados bienes integrados en los patrimonios protegidos.

Finalmente, se insta al Gobierno a llevar a cabo una revisión en profundidad de la actual regulación tributaria de los patrimonios protegidos.

misma, se instaría dicho nuevo procedimiento que persigue realizar los cambios precisos en la institución de guarda para adaptarla a la nueva situación determinada por esa nueva mayor o menor capacidad del sujeto.

5º Para articular esta protección hay que partir siempre de los principios de presunción de capacidad de los sujetos y la protección del interés prioritario de la persona con incapacidad. En la práctica esto significará evitar la sobreprotección y adecuar con precisión la institución jurídica que resulte más acilatada a las circunstancias y necesidades concretas de cada persona discapacitada.

Llegados a este punto aparece esencial confrontar tal filosofía normativa con el artículo 12.4 Convención ⁴, bajo la rúbrica “igual reconocimiento como persona ante la ley”, a efectos de valorar su trascendencia en el tema que nos ocupa y posicionarse ante el dilema cambio leyes/cambio de actitudes personales: ¿se impone, como necesidad imperiosa, una reforma legislativa o debemos reclamar e insistir en un cambio de actitudes personales para mejor aplicación de las leyes? ¿no habrá llegado el tiempo de la justicia, que sigue con la hora cambiada?.

En esta polémica no podemos dejar de reflexionar sobre la famosa STS 29-04-2009 y comentar algunas reflexiones sobre la Convención y la regulación española de la incapacitación, para posicionarnos sobre si el instituto de la incapacitación es conforme a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Recordemos, de partida, que en Derecho español las medidas de protección de las personas con discapacidad no se articulan exclusivamente en torno al instituto de la incapacitación; ésta se configura sólo como la institución a través de la cual se hará frente a las necesidades de aquellas personas que, a causa de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismos; esto es, para aquellos casos en los que ha de procurarse apoyo y protección para poder actuar válidamente en el ejercicio de sus derechos. Pero, junto a las normas que regulan la incapacitación, en Derecho español se han dictado otras normas jurídicas dirigidas a hacer frente a las necesidades de las personas con discapacidad en otros aspectos o facetas y que, en atención a su específica finalidad, podrán beneficiar a este colectivo con independencia de que la deficiencia que les afecta haya podido o no influir en su capacidad de obrar.

⁴ 12.2 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.

12.4 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 ... 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 Tribunal Supremo parte de una serie de premisas inobjetables, entre otras:

A) No puede admitirse el argumento de que la incapacitación, como institución, pueda constituir una violación del principio de igualdad, consagrado en el art. 14 de la Constitución, al tratar de forma distinta a los que tiene capacidad para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones, no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encontraría en que el término de comparación es diferente; en el caso concreto, al enfermo psíquico se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Por ello, en principio, el Código Civil no es contrario a la Convención, porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificada, dada la necesidad de protección de la persona, por su falta de entendimiento y voluntad, concluyendo que la persona sigue teniendo la condición de persona y que, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección.

B) El instituto de la incapacitación no es contrario a los valores de la Convención, aun cuando podamos propugnar que en ocasiones sea necesario establecer un sistema protector que sustituya al declarado incapaz para protegerle, al igual que ocurre en otros ordenamientos jurídicos que también han suscrito la Convención.

Partiendo de las anteriores premisas, la cuestión es determinar si cumple la institución de la tutela con las exigencias impuestas por la Convención (en opinión del Fiscal habría que dar una respuesta negativa), lo que exige tratar distintos interrogantes.

1º Dejamos al margen cuestiones terminológicas, tan sensibles en esta materia, conforme a las cuales quizá la denominación que se otorga en el Código Civil español a este instituto no sería la más apropiada⁵.

2º Se ha de responder, esencialmente, a la cuestión de si es válido un mecanismo de apoyo a los discapacitados en el ejercicio de su capacidad jurídica que incluya la representación para realizar actos con trascendencia jurídica.

Inicialmente podemos afirmar que el Derecho español cumple con la Convención y garantiza la protección de las personas con discapacidad, exigiendo que cualquier limitación a su capacidad de obrar venga precedida de un procedimiento judicial en el que, con las garantías necesarias, se acredite que concurre causa para ello y se adopte un régimen de protección y guarda adaptado a las necesidades del caso. Ello no obstante, a la vista del art. 12 de la Convención, podríamos preguntarnos si se hace necesaria la adaptación o modificación de las normas que regulan el procedimiento de incapacitación, además de si ésta es la adecuada y conveniente. El precepto señalado nos indica que las medidas en apoyo de las personas con discapacidad deben adaptarse a la situación específica de la persona. Dentro de esta situación específica de la persona, atendiendo a la gravedad de la enfermedad o deficiencia que le afecte,

⁵ Realidad con la que también coincide el legislador, como se aprecia en la Disposición Final Segunda de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, donde se dice que en la reforma de los procesos de incapacitación judicial éstos pasarán a denominarse "Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar".

el instituto de la tutela puede ser adecuado y la atribución al tutor de la representación de la persona con discapacidad puede ser necesaria.

Ahora bien, cuestión distinta es la de determinar si el nombramiento del tutor supone no una medida de apoyo, sino una medida de sustitución en el ejercicio de su capacidad. En ese sentido, la regulación legal de la tutela en Derecho español permite considerar que el nombramiento de tutor no debe suponer la plena y total anulación de la capacidad de obrar de la persona, de forma que se puede dar cumplimiento a la exigencia de la Convención de potenciar lo que se ha venido denominando capacidad residual del discapacitado.

En efecto, el art. 267 CC nos dice claramente que el tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación. Por tanto, la persona sometida a tutela no tiene por que ver anulada completamente su capacidad de obrar, puesto que podrá realizar por sí sola aquellos actos que la Ley le permite o que establezca la sentencia de incapacitación. De esta forma, la cuestión no es tanto el nombramiento de tutor o el sometimiento de la persona a tutela, sino la exigencia de que las sentencias que declaren la incapacitación sean precisas y que la Ley se ocupe de establecer medidas concretas dirigidas a procurar hacer efectiva la capacidad residual del discapacitado.

Una vez acordado que la incapacitación judicial es conforme a los valores de la Convención, hay que insistir en que el sistema de protección no debe ser rígido, no debe ser estándar, sino que debe adaptarse a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada, constituyendo una situación revisable, según la evolución de la causa que haya dado lugar a tomar la medida de protección ⁶.

3º En tercer lugar, de acuerdo a la Convención es necesaria la adaptación de las medidas a la situación específica de la persona, exigencia que ya viene impuesta por el Derecho español. Ahora bien, el Texto Convencional señala que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica han de respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

En Derecho español, una muestra de la necesidad de respeto a la voluntad del discapacitado la encontramos en el art. 223 del Código Civil, referido a la llamada "autotutela", figura jurídica que después examinaremos con mayor detenimiento. Por lo tanto, en esta primera etapa podríamos entender que nuestro ordenamiento es respetuoso con la voluntad de la persona, no sólo en cuanto al nombramiento de tutor,

⁶ En este sentido, con cita de la doctrina contenida en la STC 174/2002, de 9 de octubre, señala el Tribunal Supremo que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que propone: 1º que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección (esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC), 2º la incapacitación no es una medida discriminatoria, porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.

sino también en relación a cualquier otra medida que el disponente hubiere considerado procedente en previsión de una futura incapacitación.

4º Sin embargo, para aquellos casos en los que la persona no haya previsto nada en relación a una posible incapacitación, no existe en Derecho español norma alguna relativa a la necesidad de actuación en el ejercicio del régimen de guarda conforme a las preferencias del incapacitado; tampoco norma alguna que establezca de forma general que, con independencia de cuál sea el mecanismo de protección o de "apoyo" adoptado (tutela, curatela, patria potestad prorrogada, etc.), siempre que se pueda se tengan en cuenta los deseos y las opiniones de las personas incapacitadas. Además, se echa en falta un precepto que establezca que, siempre que la persona afectada tenga suficiente capacidad de entendimiento para expresar deseos y opiniones y éstos no redunden objetivamente en su perjuicio, éstos deberán ser respetados. De lege ferenda, esta norma debería incluir la necesidad de oír a la persona, siempre que ello sea posible, cuando se han de adoptar medidas de especial trascendencia en el ejercicio de sus derechos. Es cierto que ello no será posible en algunos casos, pero sí en otros y no cabe duda de que con esta medida se estará potenciando su eventual "capacidad residual".

5º Por último, de forma especial el art. 12 de la Convención recoge la necesidad de que las medidas adoptadas en relación a la capacidad de obrar de la persona con discapacidad estén sujetas a exámenes periódicos. En este punto, el cumplimiento de esta norma internacional requiere una revisión de la normativa española relativa a la incapacitación. Es cierto que en Derecho español se regula el proceso para la reintegración de la capacidad, siendo muy importante el papel que se atribuye al Ministerio Fiscal para la protección de los derechos de la persona incapacitada; sin embargo, se deberían regular legislativamente con una mayor precisión las medidas para el control periódico de la situación de la persona, a efectos de adaptar las soluciones acordadas a sus necesidades reales.

En cualquier caso, de lege data, debemos centrarnos todavía en el derecho aplicable. Así, el artículo 210 CC establece que *«la sentencia que declare la incapacitación, determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado»*. De otro lado, a efectos de modificación del alcance de la incapacitación declarada, el artículo 212 CC establece que *«la sentencia recaída en un procedimiento de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida»*.

Tan clara premisa legal, incluso sin reforma normativa por el momento, permite hablar de que caminamos hacia una nueva concepción del procedimiento de incapacitación. La resolución judicial habría de referirse, en la forma más completa posible, a los siguientes particulares:

1º) Extensión y límites de la revisión de la capacidad del interesado, con referencia expresa a los actos que en el futuro podría realizar por sí sólo y a aquellos otros para los que necesitaría la intervención, por sustitución o complemento de su capacidad,

del cargo tutelar. La graduación de la incapacitación en la sentencia es imprescindible; caso de no contenerla, consideramos que las partes deben impugnar la resolución.

2º) Régimen de guarda legal al que quedaría sometido el interesado, así como la persona o entidad designada para el desempeño del cargo tutelar, las pautas esenciales a las que tendría que ajustarse el ejercicio del cargo y el régimen de rendición de cuentas.

3º) Plazo a partir del cual habría de procederse a la apertura de nuevo expediente para revisar la capacidad, si la discapacidad del interesado pudiera decrecer o desaparecer en el futuro, permitiendo la reintegración de la capacidad (en ejecución de sentencia) y, en su caso, la modificación del alcance de la incapacitación declarada.

IV.2 Instrumentos de materialización jurídica del derecho del interesado a administrar su persona y patrimonio libremente.

Estamos asistiendo en los últimos años al nacimiento de un nuevo modelo "la autotutela". Es hora de colocar las decisiones en quien debe decidir, en el propio afectado, no en la familia ni en el Estado. Consciente de ello, el Derecho ha comenzado a crear instrumentos destinados a ofrecer soluciones a los retos planteados, en línea con el art. 12, párrafos 4 y 5, de la Convención a efectos de asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respetan los derechos, voluntad y preferencias, al tiempo que permite controlar sus propios asuntos económicos a través de las distintas figuras jurídicas de protección. El patrimonio protegido, los poderes preventivos, la autotutela, las instrucciones previas, el contrato de alimentos y el derecho de habitación, la hipoteca inversa, el seguro privado de la dependencia, los planes de pensiones etc., son instrumentos legales que van a permitir al individuo adelantarse al Estado y planificar por sí mismo su futuro.

En este contexto, en consonancia con las reformas de los países de nuestro entorno, surge la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (LPPD), verdadero cajón de sastre en materia de Derecho privado y de familia, a la que se suman la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de regulación del mercado hipotecario, de la hipoteca inversa y del seguro de dependencia, y la Ley 1/2009, de Reforma del Registro Civil, para reforzar las medidas de protección personal y patrimonial de las personas con discapacidad.

Después de la Ley 41/2003, posiblemente dictada sin percibir todos los caminos que abría, se puede decir que ha quedado profundamente modificado el sistema español, en consonancia con lo que venía ocurriendo en países de nuestro entorno, fortaleciendo la autonomía personal, excluida en principio de la fiscalización pública, reservada para las anomalías o graves patologías que se detecten, únicos supuestos en que habrá que dar entrada a Jueces y Fiscales. Hoy en día, con unas previsiones adecuadas en materia de poderes preventivos y de autotutela, incluso sin tener que recurrir a la autoincapacitación, se puede hablar en este terreno de una amplia autonomía de la voluntad y autocomposición de intereses.

IV.2.A) La constitución de un patrimonio separado.

Instaura una nueva filosofía: se puede ser discapacitado sin tener que ser judicialmente incapacitado. Hasta hace pocos años la declaración de incapacidad se presentaba como el único tratamiento jurídico para las situaciones de discapacidad psíquica. Hoy la realidad es muy distinta. Afortunadamente en los últimos años se abre paso la mayor utilización de instituciones jurídicas (guarda de hecho, medidas judiciales de protección en caso de urgencia, etc.) que pueden prestar amparo sin tener que acudir a remedios extremos como la declaración judicial de incapacidad, que debe reservarse para aquellos casos en que sea estrictamente necesaria. Es ilustrativo al respecto el art. 762-1 LEC: *«cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación»*, que debe impulsar al Fiscal a evaluar cada caso y juzgar la procedencia o no de instar la declaración de incapacidad.

En esta línea, encontramos en el actual sistema de protección español lo que se denomina medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables, en base a la Ley 41/2003 que regula, como su propio nombre indica, diversas medidas de protección en el ámbito patrimonial, pero tales medidas no están dirigidas exclusivamente a las personas con discapacidad en las que no concurren los requisitos necesarios para que proceda su incapacitación judicial, a las que el Tribunal Supremo denomina literalmente: "discapacitados no incapacitables", sino que en el conjunto de medidas reguladas en esta norma encontramos algunas que podrán servir de instrumento para la solución de los problemas de personas con discapacidad, tanto incapacitadas judicialmente como no incapacitadas judicialmente, pero con un grado de minusvalía que justifique el acceso a las medidas de protección reguladas.

El objeto inmediato de esta ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma (art. 1).

Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico (arts. 5-7).

Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.

Beneficiarios de este patrimonio pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía, y ello con independencia de que concurren o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el art. 200 del Código Civil y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas (art. 2).

Esta constitución del patrimonio corresponde a la propia persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria del mismo o, en caso de que ésta no tenga capacidad de

obrar suficiente, a sus padres, tutores o curadores de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar regulados por nuestro ordenamiento jurídico, o bien a su guardador de hecho, en el caso de personas con discapacidad psíquica (art. 3).

La constitución requiere, inexcusablemente, de una aportación originaria de bienes y derechos, si bien una vez constituido el patrimonio cualquier persona con interés legítimo puede realizar aportaciones a dicho patrimonio, previéndose incluso la posibilidad de que tanto las aportaciones simultáneas a la constitución del patrimonio protegido como las posteriores puedan hacerse a pesar de la oposición de los padres, tutores o curadores, cuando así lo estime el juez por convenir al beneficiario del patrimonio. En todo caso, las aportaciones de terceros deberán realizarse siempre a título gratuito (art. 4).

IV.2.B) La auto-incapacitación

La reforma normativa destaca también porque se legitima al presunto incapaz a promover su propia incapacidad, modificándose, por tanto, el art. 757.1 LECivil: *"la declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz"*.

Introduce este precepto entre las personas que pueden pedir la incapacitación al propio incapaz, tal vez para eludir el problema de configurarse la tutela exclusivamente como un proceso contencioso "contra el incapaz", queriendo resolver la polémica sobre la confusión entre incapacitación y tutela. Recordemos que la imposibilidad de pedir la auto-incapacitación motivó el no reconocimiento de la auto-tutela; parece que ahora, al reconocer la posibilidad de la auto-tutela, haya habido que reconocer también la posibilidad de la auto-incapacitación.

Sin embargo, se trata de opciones diferentes: yo puedo regular mi auto-tutela siendo plenamente capaz, e incluso es lo más deseable, estableciendo que la tutela que diseño entrará en vigor en el caso de que alguna vez sea incapaz.

Por otra parte, esta posibilidad de auto-incapacitación, totalmente separada de la autotutela, implica el reconocimiento de un cierto grado de capacidad, que por supuesto deberá ser luego fijada en la correspondiente sentencia judicial, pero tal iniciativa de auto-incapacitación parece que se compadece mal con la posibilidad de la regulación del régimen de la incapacidad.

En definitiva, parece un supuesto extraño y poco frecuente en la práctica cotidiana, que, cuando surja, debe ser examinado con esmerada atención.

Así, no puede condicionar las previsiones tomadas por la propia persona para el caso de incapacidad, en relación con la auto-tutela y con los poderes preventivos, sobre todo si han sido tomadas con anterioridad a tal momento y hay un juicio de capacidad, por ejemplo notarial, del momento en que se adoptaron. Como pueden ser válidas las previsiones hechas cuando se solicita la auto-incapacitación si la misma incapacidad no es aprobada por el Juez, en el caso de una posterior real incapacidad.

Y, en fin, pueden ser tenidas en cuenta sus previsiones para la incapacidad si afectan a áreas en las que no es incapacitado cuando la solicita.

IV.2.C) La autotutela.

Destaca, en tercer lugar, la regulación de la autotutela, es decir, la posibilidad que tiene una persona de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas.

Efectivamente, si ya los padres pueden adoptar las medidas que consideren oportunas respecto de la persona y bienes de sus hijos menores o incapacitados, no se ven obstáculos para que esta misma posibilidad corresponda a una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí mismo, para el caso de ser incapacitado.

Esta autotutela se regula introduciendo unos cambios mínimos en el Código Civil consistentes en habilitar a las personas capaces para adoptar las disposiciones que considere oportunas en previsión de su propia incapacitación, en alterar el orden de delación de la tutela, prefiriendo como tutor en primer lugar al designado por el propio tutelado, si bien sin modificar la facultad genérica que corresponde al juez de alterar el orden de delación cuando así convenga al interés del incapacitado (pero siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación), y, en fin, garantizar que el juez que estuviera conociendo de la constitución de la tutela pueda conocer la eventual existencia de disposiciones relativas a la misma, sean de los padres, sean del propio incapaz.

El art. 223 del Código civil ha pasado a decir: *"Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados."*

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor."

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado."

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo."

Y el art. 234 del mismo Código, igualmente reformado, dice que *"para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del art. 223"*.

Interesa destacar la amplitud con la que se establece el posible contenido del documento público notarial en que se designa el tutor. Efectivamente, este documento público, además de designar el tutor, puede:

- Establecer órganos de fiscalización de la tutela.
- Designar las personas que hayan de integrar estos órganos.
- Ordenar disposiciones sobre la persona o bienes del tutelado.

Hasta ahora toda esta problemática se refería a las disposiciones de los padres respecto de lo que podían prever en relación con la tutela de sus hijos. Pero ahora hablamos de que, si lo pueden hacer para sus hijos más lo podrán hacer para ellos, y entonces podemos repetir las conclusiones, más afianzadamente, que para aquel caso se decían. Así, podemos distinguir:

A) En el ámbito patrimonial, el autotutelado podrá "establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes".

Tal disposición plantea el problema de mayor interés práctico, saber en qué medida podrá limitar la intervención judicial, porque el art. 232 del mismo Código dice que "la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal". ¿Podrá el autotutelado otorgar facultades al tutor para que pueda vender bienes, incluso inmuebles, si lo cree conveniente (como es el caso de que se debe trasladar al incapaz a una residencia y sea preciso vender su vivienda para pagar los gastos) sin necesitar de la autorización judicial que exige el art. 271.2º?

La contestación afirmativa lleva a decir a la doctrina que el mandato del art. 232 "no es rigurosamente imperativo", al tiempo que sostienen que el autotutelado no se encuentra en situación de reducir los casos que enumera el art. 271 CC. para los que el tutor necesita autorización, aunque podrá cambiar el órgano que deba otorgarlos, ya que el hecho de que sea la autoridad judicial la prevista en el Código Civil no es una cuestión de "orden público", como demuestra el que otras legislaciones, como el Derecho aragonés y el catalán, así lo consienten. Es decir, podrá señalar las personas, diferentes del tutor, que deben conceder las autorizaciones a que se refiere el art. 271 CC: los abuelos, los hermanos, "los parientes más próximos", o una Fundación de tipo tutelar.

Sin embargo, Pereña Vicente ⁷ comenta que a día de hoy no parece admisible esta posibilidad porque la autotutela se ha introducido en nuestro Código realizando cambios mínimos que no alteran el sistema de tutela de autoridad y porque las normas que exigen la autorización judicial para ciertos actos son imperativas y no pueden verse afectadas por la autonomía de la voluntad. Este efecto se puede lograr nombrando un apoderado, cuestión esta a la que nos referiremos con posterioridad.

B) En el ámbito personal, el que nombre a su tutor podrá dar instrucciones a la persona que designe como tal en el ámbito personal, estableciendo, por ejemplo, los auxilios religiosos que pretenda recibir pese a su incapacidad. Ahora bien, se pueden establecer también las instrucciones, reglas o normas que se estime oportuno, ¿qué

⁷ Monserrat Pereña Vicente: "Dependencia e Incapacidad". Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008

ocurrirá si el interesado ha manifestado expresamente su voluntad de no ingresar en una residencia y en el Programa de Atención Individual solicitado por el tutor la única alternativa propuesta por los servicios sociales es, precisamente, esa?

La mera enunciación de posibles campos de actuación hace pensar que lo dispuesto en el art. 271 CC, cuando enumera todo aquello que el tutor no puede hacer sin autorización judicial, queda supeditado a lo que haya establecido el propio incapaz al designar su sistema tutelar, máxime después de lo que luego expondremos en materia de "poderes preventivos", si bien la única excepción posible es la del número 1 de dicho artículo, de forma que se necesitará autorización judicial siempre "para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental".

IV.2.D) Los poderes preventivos.

Complemento de esta regulación de la autotutela es la reforma del art. 1732 CC, con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevenida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación, y ello sin perjuicio de que dicha extinción pueda ser acordada por el juez en el momento de constitución de la tutela sobre el mandante o, en un momento posterior, a instancia del tutor.

Muchas son las dudas que surgen por lo sucinto de la reforma, con posible quiebra de la seguridad jurídica: ¿quién puede otorgar un apoderamiento preventivo?, ¿qué condiciones y requisitos de capacidad debe reunir el apoderado?, ¿qué mecanismos de control de la gestión del apoderado existen?, ¿es el mejor modo de proteger al incapacitado?

1º Forma del apoderamiento

Teniendo en cuenta la reforma de mínimos que lleva a cabo la Ley 41/2003, nada establece sobre la forma de estos poderes, por lo que, de nuevo, tenemos que recurrir al régimen del apoderamiento, en el que la regla general es la libertad de forma.

No deja de sorprender que el legislador no se haya tomado la molestia de exigir escritura pública para el otorgamiento de este tipo de poderes, salvaguardando alguno de sus inconvenientes, ya que el notario realiza un juicio de capacidad, pero, además, asesora al poderdante sobre la trascendencia del acto que lleva a cabo.

La aplicación del artículo 1.280 CC. puede, en parte, paliar este problema al exigir documento público para algunos poderes, aunque, como los apoderamientos preventivos pueden referirse a todo tipo de poderes, no siempre será aplicable este precepto. Es decir, que en la configuración que hace el legislador de los poderes preventivos, en realidad estos no son más que un poder ordinario, sea general o especial, expreso o no, en el que se añade la "coletilla", si se nos permite la expresión, de que continuará a pesar de la incapacitación del mandante, o empezará, precisamente, cuando éste sea incapaz.

El tema de la forma presenta otro aspecto relacionado con la publicidad de estos poderes. Así como la tutela se inscribe en el Registro Civil y, acorde con esto, el

artículo 223 establece que el notario autorizante de un documento público de autotutela debe comunicar de oficio su otorgamiento al Registro Civil para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado, para los poderes preventivos nada estaba previsto hasta la reciente reforma del Registro Civil en cuya normativa se añade un nuevo artículo 46 ter, en virtud de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, con la siguiente redacción: *"En todo caso el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante"*.

2º Continuación del mandato o iniciación del mismo.

El mandato-poder subsiste si así lo hubiese dispuesto el mandante o poderdante, pero el precepto distingue entre "su continuación" o que se "hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante", "apreciado conforme a lo dispuesto por éste".

El punto de partida, que no debemos olvidar, es que la regla general sigue siendo que el poder se extingue por la incapacidad sobrevenida, tanto del mandatario/apoderado como del mandante/poderdante y sólo cuando se haya previsto expresamente que no será así, estaremos ante un poder preventivo. Éste, de acuerdo con lo que establece el artículo 1.732, puede ser de dos tipos: continuado y preventivo propiamente dicho o ad cautelam.

El apoderamiento continuado es aquel que en su otorgamiento incorpora la previsión expresa de que no se extinga a pesar de una eventual incapacidad del poderdante. Se trata, por tanto, de un poder que desde el primer momento despliega todos sus efectos, que, en principio, no se ven alterados por la pérdida de capacidad del poderdante.

El apoderamiento preventivo o ad cautelam es aquel que se otorga en previsión de una futura pérdida de capacidad, por lo que el poder no producirá efectos hasta que se produzca esa pérdida de capacidad, que vendría a ser algo así como la condición suspensiva de cuyo cumplimiento depende que el poder despliegue o no sus efectos.

Es decir, que estamos ante dos modalidades diferentes de apoderamiento: uno puro y otro sometido a condición. Es precisamente este último el que va a plantear mayores problemas, dada la imprecisa redacción que el legislador ha dado al artículo 1.732. En principio, la continuación de un poder que ya existía y que estaba siendo ejercido por el apoderado, no ofrece mayores dificultades. Pero el caso contrario, el poder que nace precisamente del hecho mismo de la incapacidad, sí que ofrece más problemas.

El más llamativo, sin duda, es determinar el momento de arranque del poder: el poder empieza a tener vigencia cuando el poderdante es incapaz, y no antes, y tal incapacidad ha de ser apreciada "conforme a lo dispuesto por éste". Estamos, claramente, ante un supuesto diferente de la incapacidad judicialmente declarada, pero ¿a qué sistemas puede agarrarse el poderdante, que pretende mantener administración y disposición de sus bienes hasta el final de su vida capaz?

Muchos son los interrogantes que surgen: ¿podrá establecerse en el poder su eficacia a partir del momento en que el poderdante cumpla una determinada edad, a partir de la cual se puede presumir un cierto deterioro de las facultades mentales?, ¿la apreciación de la incapacidad ha de basarse en criterios objetivos o puede tratarse de una apreciación puramente subjetiva? Realmente complicado si nos atenemos a la redacción del precepto.

Los profesionales aconsejan dos caminos: o la remisión al dictamen de un médico previamente designado, o la decisión de personas de su confianza, a modo de Consejo de Familia o de amigos del poderdante. Mucho más claro y más respetuoso con la seguridad jurídica, el sistema francés establece que el mandato de protección futura sólo producirá efecto cuando se establezca que el mandante no puede cuidar de sus intereses, para lo que el mandatario debe entregar al Secretario judicial el mandato y un certificado médico en el que se acredite tal extremo; una vez visado el mandato por el Secretario, éste lo devuelve al mandatario y comienza a producir efectos.

A la vista de la literalidad del artículo 1.732, es posible que el poder no esté vinculado a una verdadera situación de incapacidad del poderdante. En principio, no hay problema si esa es su voluntad. El problema puede surgir si quiere o pretende revocar el poder. Con el sistema consagrado, una vez que el poder produce efectos, éste sólo podrá ser revocado por el Juez al constituirse el órgano tutelar o, posteriormente a instancia del tutor. Si no existe una verdadera incapacidad, o ésta existe pero el poderdante se encuentra en un intervalo lúcido, ¿podrá revocar el poder que él mismo otorgó en previsión de una incapacidad apreciada según su criterio, cuando ésta ya ha sido constatada y el poder está desplegando sus efectos?

3° Alcance del poder.

Ninguna limitación establece este precepto sobre cuáles pueden ser los límites de las facultades concedidas al apoderado, y fijémonos en que aquí no estamos en principio ante una persona judicialmente incapacitada, sino incapaz de hecho, y no estamos tampoco, al menos inicialmente, ante un caso de tutela al que aplicar el art. 232 del Código Civil sobre control por el Ministerio Fiscal.

Se entiende, por ello, que las facultades concedidas al apoderado pueden ser amplísimas, incluidas las mencionadas en el art. 271 del Código Civil, salvo por razones de orden público, las que afectan a la propia personalidad o libertad del mandante, como sería su internamiento en un establecimiento público. Y podrían incluir también todas las que prevé la legislación sobre "voluntades anticipadas" o, más popularmente "testamento vital", en los aspectos sanitarios.

4° Extinción del poder.

Hay que distinguir varios supuestos:

a) Que no se dicte sentencia de incapacitación ni, por consiguiente, se constituya la tutela. En tal caso, no podrá revocarse el poder, incluido el Ministerio Fiscal, salvo acción judicial si se observa o se denuncia la mala gestión del apoderado.

b) Que, en el caso de delación de la tutela, pero con previsiones del propio poderdante sobre su tutela (la auto-tutela examinada), incluso nombrando tutor al propio apoderado y dándole las mismas facultades que a éste, o incluso estableciendo en la previsión de auto-tutela que se respete el poder concedido, no parece que se pueda revocar el poder "por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar".

c) Y que, en el caso de revocación por "posterior instancia del tutor", no cabe duda de que así podrá hacerse, pero tal revocación no será automática por la sola pretensión del tutor nombrado, máxime si no había sido propuesto por el propio incapaz, sino que la resolución judicial de extinción del poder deberá estar fundada en los perjuicios que al incapaz está ocasionando la actividad del apoderado.

5º Pluralidad de poderdantes o apoderados

Nada impide que el poder pueda darse por dos o más personas a un solo apoderado o a varios y, al contrario, que exista un solo poderdante y varios apoderados.

Será relativamente frecuente que, por ejemplo, un matrimonio conceda un poder a uno de sus hijos para gestionar el patrimonio común o ganancial, disponiendo su continuación a pesar de la incapacidad, o bien que éste comience, precisamente, cuando ésta se produce.

En el primer supuesto, cuando estamos ante un apoderamiento continuado, la duda que surge es si uno solo de ellos podrá revocar el poder cuando el otro haya perdido la capacidad o si, por el contrario, será necesaria la intervención del Juez, al no poder ya revocarlo ambos.

En el segundo supuesto, cuando se trata de un apoderamiento preventivo, este puede estar organizado de modo que sea necesaria la incapacidad de los dos poderdantes para que el poder produzca efectos o bien, que el apoderado representará a aquel que haya perdido la capacidad, en cuyo caso, concurrirá con el otro poderdante, capaz, para los actos que exijan, por ejemplo en el ámbito de la sociedad de gananciales, el consentimiento de ambos.

Respecto a la pluralidad de apoderados, estos podrán ser designados simultánea o sucesivamente y, en el primer caso, deberá establecerse si cada uno de ellos tiene un ámbito de actuación o si todos tienen el mismo y, en tal caso si el poder es mancomunado o solidario.

6º Conclusión.

A la vista de todo lo expuesto, Pereña Vicente concluye que los poderes preventivos no son el mejor instrumento de protección de los incapaces o

incapacitados, porque no quedan protegidos ni de sus propios actos, ni frente a los abusos de poder de aquel en quien confiaron pero a quien ya no pueden controlarlo ⁸.

IV.2.E) Modificaciones del derecho de sucesiones:

a) Se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida, entendiendo por tales los alimentos regulados por el título VI del libro I del Código Civil, y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos.

b) Se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. En este caso, a diferencia de otros regulados en la ley, como se aclara a través de una nueva disposición adicional del Código Civil, se exige que concurra la incapacitación judicial del beneficiado, y no la minusvalía de éste en el grado establecido en el art. 2.2 de la ley.

c) Se reforma el art. 822 del Código Civil, dando una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad mediante un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto del derecho de habitación, si bien con la cautela de que el derecho de habitación legado o donado será intransmisible.

Además, este mismo precepto concede al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante, si bien a salvo de cualquier disposición testamentaria de éste sobre el derecho de habitación.

d) Se reforma el art. 831 del Código Civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí.

⁸ La configuración que hace el legislador de estos poderes preventivos pone en peligro algunos de los pilares de nuestro sistema: la seguridad jurídica, la propia protección del incapacitado y el respeto a su voluntad. Por eso, mientras no exista una regulación más completa y garantista, tanto de los intereses del incapaz como de la seguridad del tráfico jurídico, estos poderes deben ser un instrumento accesorio, que resuelva una cuestión puntual de gestión patrimonial, pero de ningún modo el sustitutivo de la tutela. Mejoremos, perfeccionemos y agilicemos el procedimiento de incapacitación para evitar que se huya de la misma, pero no dejemos que el sistema descanse en un mal ajustado poder cuyo régimen jurídico no se concibió para la protección de los incapacitados sino más bien para agilizar el tráfico jurídico. Y, si no, regulemos una nueva especie de mandato preventivo, en el que se conjuguen en perfecto equilibrio y armonía todos los intereses en juego.

e) Se introduce un nuevo párrafo al art. 1041 del Código Civil a fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, entendiendo por éstos cualquier disposición patrimonial para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad.

IV.2.F) Contrato de alimentos.

Finalmente, se introduce una regulación sucinta de los alimentos convencionales, es decir, de la obligación alimenticia surgida del pacto y no de la ley (a diferencia de los alimentos entre parientes regulados por los arts. 142 y ss. de dicho cuerpo legal), dando nueva redacción a los artículos 1791 a 1797 del Código Civil, dentro del título XII del libro IV del Código Civil dedicado a los contratos aleatorios, estableciendo que *“por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos”*.

La regulación de este contrato, frecuentemente celebrado en la práctica y examinado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos, y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista.

Su utilidad resulta especialmente patente en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad, a través de una estipulación a favor de tercero del art. 1257 del Código Civil.

Lo cierto es que ya se venía haciendo a través del denominado "contrato de vitalicio" o de la donación modal, asumiendo en este caso el donatario la carga de prestar alimentos en determinadas condiciones a cambio del patrimonio (generalmente un inmueble) recibido.

El problema fundamental es el control de la regularidad de la prestación por parte del obligado a prestar los alimentos. Cuando el contrato se formaliza directamente entre el interesado que transmite el capital y el que lo recibe y se obliga a prestar los alimentos en las condiciones pactadas, hay que partir de que una de las partes actúa sobre la base de su desvalimiento actual o futuro y, aunque la ley ofrece posibilidades de exigir el cumplimiento o resolver el contrato en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso, puede que el alimentista llegue a situación en que no se encuentre en condiciones de reclamar nada o que la situación de abuso o deterioro no llegue a ser advertida. Por ello, la doctrina considera muy conveniente establecer en estos contratos una supervisión o control externo (persona de confianza del alimentista, institución, etc.).

Finalmente, desde el punto de vista tributario, el tratamiento fiscal de estas operaciones resulta demasiado gravoso, lo que hace poco atractiva su utilización.

IV.2.G) La hipoteca inversa.

Ha sido introducida por Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de regulación del mercado hipotecario, de la hipoteca inversa y del seguro de dependencia, que la concibe como un préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituye la vivienda habitual del solicitante.

* Es una fórmula para complementar los ingresos transformando en dinero el hogar a través de un crédito con garantía hipotecaria: a) sin necesidad de venderlo, b) conservando la propiedad y c) sin que los herederos pierdan sus derechos.

* Beneficiarios de la hipoteca inversa:

1. Personas mayores de 65 años.

2. Personas afectadas de dependencia (dependientes severos o gran dependientes).

* El importe de la renta se calcula en función de: a) la edad del titular más joven, b) el valor de la vivienda y c) si elige una renta de por vida (vitalicia) o durante unos años determinados (temporal).

Si se opta por la segunda, el importe de la renta mensual será más elevado.

* Liquidación:

Mientras viva uno de los titulares de la pensión hipotecaria no se pide la devolución de la deuda. Tanto el dinero que va cobrando como los intereses generados se acumulan en el saldo del crédito.

En caso de defunción de uno de los titulares, el otro continua cobrando la renta. La liquidan los herederos que pueden decidir: a) quedarse la vivienda, pagando la deuda con sus ahorros o bien constituyendo una hipoteca y pagar poco a poco la deuda acumulada, b) vender la vivienda, quedándose con el dinero sobrante una vez pagada la deuda.

IV.2.H) El seguro privado de la dependencia.

Se refiere al mismo la Disposición adicional segunda de la Ley 41/2007 y supone un complemento económico destinado a atender a personas dependientes, al tiempo que complementa las prestaciones públicas que recoge la Ley de dependencia.

* ¿Cómo se instrumenta el Seguro?: A) A través del contrato de seguro con Entidades aseguradoras o Mutualidades de previsión social. Se puede articular a través de pólizas individuales o colectivas. B) Contratando un plan de pensiones con entidades financieras.

* Fiscalidad: Se le da el mismo tratamiento en el IRPF que a los planes de pensiones y a los planes de previsión aseguradores: A) Exención hasta 10.000,00 euros y 12.500,00 euros si eres mayor de 50 años, B) Las cantidades se cobran como renta del trabajo y tributan al tipo que corresponda según las rentas del beneficiario.

IV.2.I) Conclusión

Hemos analizado los principales instrumentos que se pueden enmarcar en el concepto general de "autotutela", reveladores de mecanismos de materialización jurídica de la mejor protección personal y patrimonial de las personas con discapacidad, sobre la base del derecho del interesado a establecer indicaciones expresas de voluntad sobre la forma en que le gustaría que se hiciera, incluso con mecanismos de anticipación a procesos de pérdida de la capacidad jurídica de obrar.

Hay que reconocer que su uso no se revela, en principio, masivo, lógico al tratarse de una legislación nueva, no suficientemente difundida y con problemas de aplicación práctica. En cualquier caso, serán de gran interés en España con una pirámide poblacional donde la tercera edad cuenta con elevados niveles de presencia, que se prevé se vean incrementados de forma notable en los años venideros (en 2020 la población española será la más envejecida del mundo), cobrando gran relevancia las enfermedades propias de edades avanzadas, que llevan aparejados procesos neurodegenerativos o de irreversible disminución de las capacidades cognitivas y volitivas. Por extensión, son también de gran trascendencia todas las medidas que se adopten para hacer frente a esta problemática desde todos los ámbitos, institucional, económicamente, sostenible y humanamente.