

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

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD

Índice de la Ponencia:

- I. Presentación y consideraciones previas.
- II. Fases de desarrollo de los derechos humanos.
- III. Modelos históricos del tratamiento de la discapacidad.
- IV. Protección y asistencia de las personas con discapacidad en el Derecho español.
- V. Evolución de los sistemas de protección en Derecho español.
- VI. La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su incidencia en el ordenamiento jurídico español.
- VII. La posición del Tribunal Supremo: la sentencia de la Sala 1ª de 29 de Abril de 2.009.
- VIII. El documento de trabajo del Ministerio de Justicia sobre reformas del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

I.- Presentación y consideraciones previas:

Al comenzar esta intervención, mis primeras palabras han de ser de agradecimiento a los organizadores de este curso por el honor que significa participar en él, sin otro mérito que ser Presidente de la Audiencia Provincial de Sevilla.

No soy un experto en materia de Discapacidad: por eso mi ponencia es más teórica que práctica, sin el aderezo de transparencias o protocolos.

Si hay una cuestión verdaderamente compleja, a la que cualquier jurista debe acercarse con una óptica multidisciplinar, es la de la Discapacidad. Para conocer y comprender su profunda y variada problemática social, jurídica y económica, es preciso partir de unos principios o presupuestos que nos conduzcan a entender mejor a la sociedad actual, una sociedad dinámica en constante evolución y desarrollo, que acepta e integra la diferencia de unas personas a las que no hace mucho tiempo ignoraba, temía y a veces despreciaba, y a las que en gran medida todavía hoy desconoce.

Desde la perspectiva comunitaria europea, en numerosas ocasiones la regulación de las Discapacidades se realiza a través de lo que se ha dado en llamar "leyes manifiesto": ampulosas y magníficas declaraciones que precisan, además de una voluntad política de ejecutarlas, una evaluación de las necesidades y una preparación eficiente y eficaz de los medios necesarios para atenderlas.

La demanda social ha ido siempre por delante de la respuesta jurídica, y ésta es necesaria pero insuficiente para atender adecuadamente las necesidades y exigencias de integración.

Si los derechos valen lo que valen sus garantías, la máxima garantía que la CE concede a los derechos de los discapacitados es la intervención judicial. El Juez, como elemento nuclear de garantía del discapacitado, está presente fundamentalmente en cuatro procedimientos: declaración de incapacidad, modificación o reintegración de la incapacidad declarada, adopción de medidas de protección del incapaz, e internamiento del incapaz.

II.- Fases de desarrollo de los derechos humanos:

El ámbito de la realidad social y jurídica que abarca la expresión “derechos de los discapacitados” es amplio en su extensión y complejo en su estructura. El término reciente “discapacidad” (recordemos que la CE habla de disminuidos) puede abarcar en su significado una notable diversidad de situaciones, más propensas al análisis casuístico que al estudio sistemático. El mundo de los discapacitados es heterogéneo, y su problemática diversa, lo que obliga a adoptar posiciones de cautela y prudencia en cualquier intento de aproximación y estudio, rechazando pretensiones simplificadoras que postulen soluciones globales e inmediatas. Esta cautela y prudencia aconsejan limitar nuestra atención básicamente al ámbito concreto de los discapacitados psíquicos.

Al tratar de los derechos humanos de las **personas con discapacidad (en adelante PCD)**, me parece oportuno hacer un breve recorrido en torno a las diversas formulaciones teóricas de los derechos humanos, que han tenido su expresión sistemática en los conocidos procesos de positivación, generalización, internacionalización y especificación de los derechos.

A) Sabido es que el surgimiento y desarrollo de unos mecanismos jurídicos precisos, que acabarán identificándose como “derechos fundamentales del ser humano”, inicia su andadura en el período histórico denominado “tránsito a la modernidad”, que arranca del siglo XV y alcanza su formulación escrita con las grandes revoluciones liberales de finales del siglo XVIII; y así la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que constituye la carta de naturaleza de la pujante filosofía liberal, asume la representación general de toda la humanidad, y proclama la existencia de una serie de derechos individuales, inherentes a todo ser humano, a los que el Derecho objetivo otorga protección mediante su plasmación escrita y garantía mediante la tutela judicial.

Nos situamos así en la primera de las fases de construcción de los derechos: **el proceso de positivación**, que obtiene el equilibrio teórico adecuado entre Valores morales, Poder político y Derecho positivo, y que ofrece al ser humano, por primera vez en la historia, unas garantías jurídicas, oponibles “erga omnes” y exigibles ante el poder público, que tienen su raíz generatriz en el propio concepto de la dignidad humana, y que presentan como primera nota definitoria su extensión universal a todos los individuos del género humano.

Sin embargo, el titular de los derechos nacidos del proceso de positivación es todavía un ser humano abstracto e ideal, conceptuado como general pero empíricamente identificable con los integrantes de una clase social determinada: la burguesía; esta doble perspectiva de generalización abstracta y reducción práctica

se observa significativamente en el art. 1 de la Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia de 12 de Junio de 1776, al proclamar solemnemente que “ *Todos los hombres son por naturaleza libres e independientes, y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no se les puede privar o desposeer por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad, y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad*”.

B) La profundización en los valores de la dignidad del hombre y de la universalidad de sus derechos determinará el paso a una segunda fase de desarrollo, en la historia de los derechos humanos como proceso abierto hacia la no discriminación: el **proceso de generalización**, que pretende extender la titularidad y el disfrute efectivo de los derechos a personas y colectivos que no los tienen reconocidos o satisfechos.

El proceso de generalización de los derechos se manifiesta en todo el siglo XIX y principios del siglo XX, persigue la extensión real y efectiva en la titularidad y goce de los mismos, y se desarrolla en torno a dos postulados básicos: el paulatino reconocimiento del derecho de asociación primero política y después sindical, y la progresiva implantación del sufragio universal. Dentro de esta línea de igualdad efectiva, se produce la aparición de los derechos económicos y sociales, que operarán como presupuestos para el disfrute real de los derechos civiles y políticos.

Con el proceso de generalización se comienza a abandonar al tipo racional de hombre abstracto, y se inicia el camino hacia la realidad jurídica y social del ser humano concreto, situado en un tiempo histórico determinado y dentro de unas relaciones socio-económicas específicas (sobre las que proyecta sus aptitudes personales propias y particulares, entre las que figuran las que afectan a su capacidad de obrar con eficacia jurídica). La constatación de una discapacidad personal podrá, desde entonces, fundamentar una situación jurídica específica, desplazando las consideraciones de asistencia benéfica por las exigencias derivadas de la dignidad humana.

Aunque el avance ha sido claro en el terreno de la fundamentación teórica, la fase de garantía nominalista no permite realmente el disfrute efectivo de los derechos por todos los ciudadanos, y no articula mecanismos eficaces de tutela judicial para la eficiente protección de los derechos económicos y sociales, como instrumentos jurídicos idóneos del libre desarrollo de la personalidad de los más desfavorecidos económica y personalmente.

Para ello serán necesarias profundas reformas en la organización institucional del Poder político, y cambios sustanciales en la formulación de los fines del Estado, que no se producirán hasta la construcción jurídica y económica del Estado Social o Estado de Bienestar, dentro del constitucionalismo de entreguerras, que se consumará técnicamente tras la Segunda Guerra Mundial.

C) La tercera fase del desarrollo de los derechos, íntimamente relacionada con la coetánea de generalización, es el **proceso de internacionalización**, que profundiza en la universalidad de los derechos trascendiendo los marcos jurídicos estatales. Se trata de un proceso en vías de construcción, de difícil articulación ante la ausencia de un poder centralizado capaz de asegurar y garantizar respeto y aplicación, aunque los avances sean serios, firmes y seguramente irreversibles.

Este proceso de internacionalización se ha desarrollado con pretensiones de universalidad pero partiendo de aspectos particulares y concretos. Si exceptuamos la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, las Convenciones, Acuerdos, Declaraciones y Tratados internacionales tienen vocación universal pero carácter sectorial, lo que es especialmente predicable en el ámbito de la proclamación y garantía de los derechos de grupos y personas con algún tipo de discapacidad; así destacan, en el marco de Naciones Unidas, las Declaración de los derechos de los impedidos de 1975 y del retrasado mental de 1977.

D) La última de las fases del desarrollo de los derechos es el **proceso de especificación**, que pretende justificar la atribución y el reconocimiento de derechos específicos a personas y colectivos como exigencia de la diferenciación.

Uno de los elementos que marcan *la diferencia entre el Estado Liberal y el Estado Social o de Bienestar* es, precisamente, la distinta interpretación y aplicación del criterio de igualdad.

El Estado Liberal proclama la igualdad como equiparación, para obtener la universalidad en el disfrute de los derechos en el punto de partida, mediante la eliminación de privilegios jurídico-formales exorbitantes propios de la sociedad estamental. Ejemplo paradigmático de la técnica liberal es la equiparación formal de todos los ciudadanos en sus posibilidades iniciales para el acceso a cargos y funciones públicas “en condiciones de igualdad y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”. Sin embargo, la experiencia demuestra que la igualdad jurídico-formal, basada en fórmulas de equiparación, difícilmente produce efectos de homogeneización real, pues el efectivo ejercicio de los derechos suele depender no tanto de su posibilidad jurídica como de factores que condicionan la actividad del

sujeto como los de índole socioeconómica.

El Estado Social o de Bienestar (en el que la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos constituye una prioridad política) proclama la igualdad como diferenciación, para obtener la universalidad en el disfrute de los derechos en el punto de llegada: hay que dar trato desigual a los desiguales para alcanzar una relativa igualdad. Se persigue profundizar en la igualdad de los derechos, proporcionando elementos suplementarios, jurídicos o materiales, a aquellos colectivos, grupos o individuos, cuyas específicas condiciones sociales, económicas o personales, les impiden integrarse en paridad real con el resto de los componentes de la sociedad. En la aplicación de las técnicas de igualdad como diferenciación, cabe o bien articular líneas de acción política mediante la creación de organismos e instituciones de atención especializada o la formulación de mandatos de actuación diferenciada dirigidos a terceros, o bien configurar especiales derechos a favor de determinados grupos o sujetos. Ejemplo paradigmático de políticas de diferenciación (también llamadas de discriminación inversa) es el mandato legal a empresas con un cierto número de trabajadores para que reserven un porcentaje de sus puestos de trabajo a personas con algún tipo de minusvalía.

Esta fase (que Norberto Bobbio ha definido como proceso de especificación de los derechos) se caracteriza por la persecución de la universalidad de su disfrute en el punto de llegada, mediante la utilización del criterio de igualdad como diferenciación a través de la atribución y reconocimiento de derechos concretos a colectivos o grupos determinados.

Los factores relevantes para fundamentar una atribución diferenciada de derechos pueden derivar de una condición social o cultural general, o de una condición personal específica, que, a su vez puede presentarse en términos generales, por ser susceptible de afectar a todos los seres humanos en algún momento de su vida (así surgen los derechos del niño, del anciano o del enfermo), o puede plantearse en términos concretos, por centrarse en determinadas circunstancias que no se proyectan sobre la generalidad de los sujetos (así surgen los derechos de los discapacitados, y muy particularmente los derechos de los discapacitados psíquicos).

III.- Tratamiento de la discapacidad

La discapacidad es la consecuencia funcional de una deficiencia física, sensorial o psíquica permanente. En su tratamiento destacan tres modelos históricos

claramente diferenciados:

1.- **Modelo de la exclusión o marginación** (imperante en el siglo XIX): las PCD son innecesarias e ineptas. Se les considera desgraciadas (su vida carece de valor, y no merece la pena ser vivida), inútiles o inhábiles (porque no satisfacen ninguna necesidad social), y por ello prescindibles en el mercado laboral.

2.- **Modelo médico, medicalizado o de la rehabilitación** (dominante durante la primera mitad del siglo XX): las causas de la discapacidad son científicas; la discapacidad es fruto de una limitación o anomalía física, psíquica, mental o sensorial, ya sea originaria ya sobrevenida (=heridos en guerras, lesionados en accidentes laborales). Los discapacitados son tratados como pacientes.

Las PCD dejan de ser inútiles e innecesarias en la medida en que puedan ser tratadas, normalizadas y rehabilitadas para su integración en la sociedad. El esfuerzo de integración lo debe realizar la PCD.

La discapacidad es contemplada dentro de la legislación asistencial, sanitaria y de seguridad social, o como parte del Derecho Civil en relación con las instituciones de incapacidad y tutela.

3.- **Modelo social** (su nacimiento tiene lugar en los países anglosajones en los años 60):

Las causas de la discapacidad no son individuales sino predominantemente sociales.

La discapacidad es fruto de las limitaciones sociales para prestar servicios apropiados a las necesidades de las PCD.

Los inconvenientes y desventajas que las PCD encuentran en su desarrollo humano y profesional tienen su origen no de su inadecuación social, sino en lo inadecuado de los modelos sociales, es decir, en los obstáculos y condiciones limitativas que, en la sociedad -concebida con arreglo al patrón de la persona media-, dificultan la plena participación de estos ciudadanos. El esfuerzo de integración lo realiza la sociedad.

Una variante del modelo social es el **modelo de la diversidad funcional**, según el cual la PCD es un ser valioso en sí mismo por su propia diversidad.

IV.- Uno de los retos de los ordenamientos jurídicos reside en el establecimiento de cauces adecuados para proteger y asistir a las personas incapaces, las personas discapacitadas y las personas dependientes.

En el Derecho español, la **Constitución de 1978** aborda el tratamiento de las PCD desde dos perspectivas complementarias: a) como titulares de los mismos derechos fundamentales reconocidos a todas las personas; y b) como miembros de un colectivo que requiere una especial protección para el ejercicio de tales derechos.

El **art. 49 CE** reconoce a las PCD la titularidad de los derechos humanos, pero no establece la forma en que pueden ser ejercitados tales derechos, el amparo especial que las PCD requieren para lograr su equiparación real en derechos.

Dicho precepto contiene dos mandatos complementarios:

El 1º se enmarca en el modelo del Estado Social y Democrático (art. 1.1), y entronca con el principio de igualdad material (art. 9.2), al decir que los poderes públicos pondrán en marcha una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los Disminuidos (expresión estigmatizante, propia del modelo medicalizado o rehabilitador, y sustituible por PCD) físicos, psíquicos y sensoriales, a los que prestarán la atención especializada que requieran. Se ha dicho, y con razón, que, cuando la enfermedad enciende la razón, la asistencia médica puede ser suficiente; pero, cuando la enfermedad apaga, debilita o nubla la razón, la asistencia debe ser integral y comprensiva de la protección médica, personal y jurídica.

El 2º se enmarca en el Estado de Derecho, y conecta con el principio de igualdad y de no discriminación (art. 14), al indicar que los poderes públicos ampararán especialmente a las PCD para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos (en consecuencia, la discapacidad no puede obstaculizar ni impedir la plena titularidad y el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales).

El art. 49 CE ha de complementarse con otros preceptos como los arts. **1.1** ((que proclama el Estado Social o del Bienestar), **9.2** ((que atribuye a los poderes públicos

promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integren sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural)), **10.1** ((que proclama como fundamento del orden público y la paz social la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, y el respeto a la ley y a los derechos de los demás)) y **14** ((que consagra el principio de igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación por cualquier circunstancia personal)). Sólo son inteligentes las sociedades justas, sólo son justas las sociedades que integran en ellas a todas las personas sin discriminación alguna y con independencia de sus aptitudes y facultades.

La interpretación conjunta de dichos preceptos constitucionales permite abordar el fenómeno de la discapacidad desde la perspectiva del modelo social.

España ha adoptado, en el desarrollo del art. 49 CE, medidas en los ámbitos del Derecho Civil y del Bienestar social, en el sentido de proteger a quienes por sus características personales pueden sufrir limitaciones en su integración social.

En la protección jurídica de los discapacitados **inciden una pluralidad de leyes**: la **LECivil 1/2000**, al regular el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (art. 763); la **Ley 41/2002**, de 14 de Noviembre, sobre regulación de la autonomía del paciente y del consentimiento informado por representación.

Pero, en nuestro Derecho, la evolución del tratamiento de la discapacidad hacia un modelo social se produce **a finales de 2003** (efemérides europea de la discapacidad) mediante la promulgación de tres leyes esenciales: la **Ley 41/2003**, de 18 de Noviembre, sobre Protección Patrimonial de la PCD; la **Ley 51/2003**, de 2 de Diciembre, sobre Igualdad de oportunidades, No discriminación, y Accesibilidad universal de las PCD (esta última Ley supone que la sociedad tiene que integrar a las PCD como exigencia de dignidad y de derechos humanos; es la primera que ofrece un concepto de PCD al otorgar tal consideración a las personas a quienes se haya reconocido un grado de minusvalía psíquica igual o superior al 33%; y la **Ley 53/2003**, de 10 de Diciembre, sobre empleo público de discapacitados.

A partir de 2003 (año comunitario de la Discapacidad), se ha producido una renovación del marco regulador del fenómeno de la Discapacidad, reforzando la protección jurídica de las PCD, mediante la incorporación de nuevos enfoques, tendencias y principios a su política legislativa, orientados a la supresión de obstáculos y conductas discriminatorias, a la igualdad de oportunidades y plena accesibilidad de una minoría social heterogénea y en notoria situación de vulnerabilidad, que supera los 3,5 millones en España (58% de mujeres, 32,2% mayores de 64 años). –En Europa, son 50 millones, el 19% de la población; y en el mundo, 600 millones de

personas-.

También merecen ser citadas la **Ley 39/2006**, de 14 de Diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia –recordemos que el sistema nacional de Dependencia es el cuarto pilar del Estado del Bienestar, junto con la salud, la educación y las pensiones--, en cuya Disposición Adicional 8ª se indica que todas las referencias en textos normativos a minusválidos o personas con minusvalías se entienden referidas a PCD; la **Ley 1/2009**, de 25 de Marzo, de reforma del Registro Civil -a cuya Disposición Final 1ª después aludiremos-; y la **Ley 41/2007**, de 7 de Diciembre, sobre hipoteca vitalicia o inversa, y seguro de dependencia.

La creciente relevancia social y política de la Discapacidad ha tenido una proyección en el ámbito del Derecho, hasta el punto de que comienza a hablarse de un Derecho de la Discapacidad como disciplina jurídica emergente y dotada de identidad propia.

V.- Veamos la evolución experimentada en nuestro Derecho patrio por los sistemas de protección de las PCD:

1.- **Tutela de Familia** (Código Civil): el ejercicio de las funciones tutelares y su control se encomendaba a la familia más cercana, a través de las figuras del tutor, el protutor y el consejo de familia

2.- **Tutela de Autoridad** (ley 13/1983, de 24 de Octubre, promulgada tras la CE de 1978): el ejercicio de las funciones tutelares sigue siendo familiar, pero su control se encomienda al Juez y al Fiscal. Se instaura un sistema proteccionista, que, abandonando la alternativa capacidad-incapacidad, permitía adaptarse a las necesidades de protección del destinatario de la medida; la incapacitación constituye una medida de protección, frente a las limitaciones existenciales del ser humano con discapacidad, que, paradójicamente, priva al sujeto protegido de su capacidad de obrar. -El resultado del nuevo sistema fue insatisfactorio, pues la intervención judicial ha sido más formal que real, y el control ha sido materialmente imposible ni siquiera con los Juzgados especializados-.

3.- **Autoprotección** (ley 41/2003, de 18 de Noviembre, de protección patrimonial de PCD): Introduce nuevos mecanismos de protección sin incapacitación, para PCD que estén afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, o física igual o superior al 65%. En este nuevo sistema no debe decidir ni la familia ni el

Estado, sino el propio afectado. La planificación de su futuro la puede llevar a cabo el propio individuo a través de figuras de autoprotección, que confieren un mayor ámbito de actuación a la voluntad del propio interesado, y se separan del sistema de autoridad basado en la intervención judicial.

El rígido esquema de la tutela como medida protectora, que exige la previa incapacitación (declarada en proceso judicial contradictorio y pleno de garantías, regulado en los arts. 756 a 762 LECivil), impide a una persona organizar su propia asistencia personal y patrimonial cuando es plenamente capaz, o instar su propia incapacitación cuando detecte los primeros síntomas de una enfermedad degenerativa (alzheimer, demencia senil) que suele desembocar en una pérdida de su capacidad de autogobierno.

Así, se introduce la autotutela (arts. 223 y 234 del Código Civil), entendida como la posibilidad que tiene una persona con capacidad de obrar suficiente de adoptar en documento notarial las disposiciones, personales o patrimoniales, que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, incluida la designación de tutor.

Se autorizan los poderes preventivos (art. 1732 CC), entendidos como la posibilidad de otorgar poderes que no se extingan por la incapacitación sobrevenida del mandante; constituye un mecanismo que evita la incapacitación judicial, y produce efectos similares a la tutela en el ámbito patrimonial, obviando la garantista intervención judicial.

Se regula la figura del patrimonio protegido, a favor de quien tenga la condición de discapacitado, con independencia de que esté o no incapacitado judicialmente. Se trata de un patrimonio separado o de destino, fiscalmente privilegiado, y vinculado a la satisfacción de las necesidades vitales de las PCD.

Cabría añadir otras figuras como la autoincapacitación (art. 757 LECivil) que legitima al presunto incapaz para instar su propia incapacitación, y el contrato de alimentos (regulado en sede de los contratos aleatorios).

En el marco de un sistema de tutela de autoridad, atemperado por las figuras de autoprotección, las dos instituciones tuitivas más características son la tutela y la curatela --además del defensor judicial (en caso de conflicto de intereses), la guarda de hecho (figura alegal e insegura, de configuración provisional y transitoria, similar a la gestión de negocios ajenos sin mandato) y la patria potestad prorrogada

(para menores incapacitados antes de la mayoría de edad)--.

La tutela es un mecanismo de sustitución del incapacitado por el tutor – representante legal y administrador del patrimonio- cuando así lo establezca la sentencia de incapacitación.

La curatela es un mecanismo de apoyo o asistencia del incapacitado en atención a su grado de discernimiento, aunque en la práctica funciona como una tutela limitada a aspectos concretos de índole patrimonial.

En definitiva, cuando una PCD precisa de apoyo o asistencia puntual para un acto concreto de relevancia jurídica, sólo puede obtenerla a través de una institución que exige la previa incapacitación, que supone “*de facto*” la sustitución, y que tiene alcance general.

Tutela y curatela se caracterizan: a) por su vinculación a la exigencia de previa incapacitación (las PCD, que precisan de apoyo o asistencia como medio de ejercitar su capacidad de obrar, necesariamente han de verse privadas de ella mediante la incapacitación); b) por implicar normalmente la sustitución en la toma de decisiones; c) por su carácter general para todos los ámbitos jurídicos (excepto los personalísimos), sin que se conciban para actos concretos y puntuales.

La práctica judicial ha creado dos grados de incapacitación: la absoluta o total, determinante de la tutela, que supone la privación de la capacidad de obrar en la esfera personal y patrimonial, que comporta la muerte civil, y que puede incluso impedir el ejercicio de derechos fundamentales; y la relativa o parcial, determinante de la curatela, que supone la asistencia del curador en la realización de la generalidad de los actos de disposición de carácter patrimonial.

VI.- Nos situamos en el 13 de Diciembre de 2006. La Asamblea General de Naciones Unidas aprueba **la Convención Internacional sobre los Derechos de las PCD**, que fue ratificada por España en Instrumento de 23 de Noviembre de 2007, publicado en el BOE el 21 de Abril de 2008, entrando en vigor el 3 de Mayo de 2008, fecha a partir de la cual pasa a formar parte integrante del ordenamiento jurídico interno (arts. 96.1 CE, y 1.5 del CC).

Dicha Convención consta de un Preámbulo y 50 artículos, y representa la

culminación de un largo proceso evolutivo hacia la consideración social y jurídica de la discapacidad; es el marco orientador de las agendas políticas nacionales e internacionales, y trata la Discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Las PCD no son objeto de políticas asistenciales, benéficas o caritativas, sino sujetos con igualdad de derechos humanos, de manera que las desventajas sociales deben eliminarse no como consecuencia de la buena voluntad de los Gobiernos, sino porque violan el goce y ejercicio de tales derechos.

Aborda el fenómeno de la Discapacidad desde la óptica del modelo social, y se orienta a garantizar a las PCD el goce y ejercicio de sus derechos, sin discriminación y en igualdad de oportunidades.

En su **art. 1** proclama como objetivo básico “promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las PCD, y procurar el respeto de su dignidad inherente”. La finalidad principal no es tanto el reconocimiento de nuevos derechos específicos referidos en exclusiva a las PCD, como la identificación en los derechos de los que son titulares todos los seres humanos, de necesidades extraordinarias que deben ser garantizadas para que las PCD, dada la situación en que se encuentran, puedan disfrutar de ellos en condiciones de igualdad con los demás, y de ámbitos en los que la protección de tales derechos debe reforzarse. No crea, pues, derechos, sino que los garantiza, imponiendo obligaciones a los Estados-parte (144 son los países signatarios; se han producido ya 78 ratificaciones), prohibiendo toda discriminación a las PCD, y promoviendo un cambio en la actitud social hacia ellas.

En el Preámbulo y en el articulado de la Convención queda reflejada la filosofía del modelo social de la discapacidad, y en especial en la **concepción de la discapacidad y la capacidad**.

Discapacidad es un concepto que evoluciona (un estado temporal de la persona, siempre sujeto a revisión tanto en la deficiencia como en el sistema de apoyo), que incluye (art.1.2) a quienes tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, y que resulta de la interacción entre dichas personas y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás. En definitiva, según el modelo social, **la discapacidad es el resultado de la interacción de la diversidad funcional con distintas barreras sociales**.

No reconoce nuevos derechos, sino que, en su **art. 2**, enumera un amplio elenco de derechos ya reconocidos universalmente a todas las personas, abordando

las especialidades que su aplicación y reconocimiento puede plantear en relación con las PCD; en definitiva, asegura la no discriminación en el ejercicio efectivo de los derechos humanos y la adopción de ajustes razonables (entendiendo por tales las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieren en un caso particular, y que garanticen a las PCD el goce o ejercicio de derechos humanos en igualdad de condiciones con las demás personas).

Con respecto a **la capacidad jurídica**, son posibles dos enfoques: el tradicional, ajustado al sistema de sustitución en la toma de decisiones, que diferencia capacidad jurídica (como aptitud para ser titular de derechos y deberes) y capacidad de obrar o de ejercicio (como aptitud para realizar válidamente actos con eficacia jurídica), y que perpetúa la tutela; y el novedoso, acomodado al modelo social, que adopta el sistema de apoyo o asistencia en la toma de decisiones, y que obliga a buscar otras figuras basadas en medidas de complemento frente al representante-tutor.

Este último es el elegido por la Convención, de manera que, en aquellas situaciones en que una PCD necesita el apoyo de un tercero para ejercer su capacidad jurídica, no procede restringir la capacidad de obrar sino potenciar la capacidad residual.

En efecto, el **art. 12** de la Convención cambia el modelo de sustitución o representación por otro de apoyo o asistencia en la toma de decisiones (tanto en lo que se refiere a cuestiones de índole patrimonial como al ejercicio de derechos fundamentales), y restringe la incapacitación como instrumento de anulación de la capacidad de obrar, de suerte que la persona sólo puede verse privada de ésta en la medida en que sea necesario para su protección. La Convención se inspira en el modelo social y el sistema de complemento o apoyo, aunque deja la determinación y el alcance del apoyo o asistencia a la regulación propia del Derecho interno.

La Convención (inspirada en el modelo social y en el principio de no discriminación) se opone a la incapacitación inspirada en el modelo médico-rehabilitador: la discapacidad por sí misma no puede ser motivo para limitar o restringir la capacidad de ejercitar libremente los derechos fundamentales. La protección de las PCD debe efectuarse mediante instituciones de apoyo o asistencia, no de sustitución.

El art. 10.2 de la Constitución vincula la interpretación de los derechos y libertades reconocidos en la misma a los tratados sobre la materia ratificados por España, de manera que los tratados sobre derechos tienen rango constitucional.

La incorporación formal de la Convención al Derecho interno produce un relevante impacto en el ordenamiento jurídico español, obligando a la adaptación y modificación de numerosas normas para alcanzar la efectividad de los derechos que los Poderes públicos han de garantizar. Impone no sólo la adecuación, revisión y en su caso reforma, del Derecho positivo preexistente, sino también la interpretación y aplicación conforme a los principios de igualdad y de protección de las PCD.

España **habrá de revisar y reformar** las instituciones de protección para adaptarlas a los postulados de la Convención de 2006; en este sentido la Disposición Final 1ª de la Ley 1/2009, ordena al Gobierno que en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor en Junio de 2009, remita a las Cortes un proyecto de ley de reforma de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse de procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención de 13 de Diciembre de 2006.

Se ha sostenido en el documentado Informe, fechado en Diciembre de 2008, elaborado por el **Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III**, que, cuando una PCD precise la ayuda de terceros por falta de voluntad, LO RECOMENDABLE sería bien establecer un mecanismo que permita analizar la situación caso a caso, ponderando las circunstancias y necesidades concretas de la persona afectada, bien reconstruir su voluntad con intervención de especialistas y del Ministerio Fiscal.

De cara al futuro, habría que cambiar el modelo actual, y sustituir la incapacitación por medidas basadas en el sistema de apoyo o asistencia.

Mientras tanto, habría que:

---configurar la **curatela** como mecanismo básico para articular medidas de apoyo a fin de que las PCD puedan ejercer su capacidad de obrar; graduable, flexible (o mixto apoyo-sustitución) y abierto en función de las necesidades concretas y las circunstancias de cada caso; y restringido a actuaciones de carácter patrimonial (no a derechos fundamentales); también debería potenciarse la intervención del curatelado en su constitución y funcionamiento de modo similar a la autotutela y a los poderes preventivos, y permitirse su aplicación a casos puntuales.

---reservar la **tutela** (que implica sustituir la PCD por un tercero que actúa

como su representante) para aquellas tomas de decisión en que no sea posible conocer la voluntad de la PCD en relación con actos de carácter patrimonial.

VII.- La Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 29 de Abril de 2009, se ha pronunciado sobre la compatibilidad entre el sistema de protección de las PCD, plasmado en el Código Civil (con las modificaciones introducidas en 1983 y 2003) e interpretado a la luz de los principios constitucionales, y el sistema recogido en la Convención de 2006.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 11 de Noviembre de 2002 confirmó la dictada el 9 de Julio de 2002 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3, que había declarado la incapacidad absoluta y permanente de Dª Victoria, designándole un tutor para sus bienes y a dos de sus hijas como tutoras de su persona.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo dictó sentencia el 15 de Julio de 2005, declarando la nulidad de la sentencia, sin entrar a resolver la casación, para la práctica de pruebas preceptivas.

La Audiencia dictó nueva sentencia el 20 de Marzo de 2006. La incapacitada, apoderada por dos de sus hijos, recurrió en casación, negando que careciera de capacidad para cuidar de su persona y bienes. El Ministerio Fiscal, que solicitó la estimación del recurso de casación, entendía que la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz y de su derecho a la igualdad, en cuanto le priva de la capacidad de obrar y le discrimina respecto de las personas capaces; consideraba que el principal problema no era que se hubieran o no cumplido los requisitos para la procedencia de la incapacitación de la demandada, sino si la interpretación de los arts. 199 y 200 del Código Civil eran o no concordantes con la Convención de Nueva York.

El Tribunal Supremo, en ponencia de la Magistrada Encarnación Roca, antes de examinar los motivos del recurso, establece las que denomina “**reglas interpretativas**” para compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad, con el art. 12 de la Convención de 2006 y con el Código Civil a partir de la reforma de 1983.

Entiende que el problema central reside en determinar si, como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención, ha de considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las

PCD.

Recuerda la finalidad primordial que persigue la Convención (promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad de los derechos fundamentales por las PCD), y **menciona** las iniciativas tomadas en Derecho español para protegerlas.

Alude a la diferencia entre dependientes (que necesitan asistencia para actividades cotidianas, pero no requieren una sustitución de la capacidad), los discapacitados (que pueden necesitar el complemento de su capacidad), y los incapaces (que requieren un complemento por falta de facultades de querer y conocer).

Proclama que una medida como la incapacitación sólo tiene justificación en relación a la protección de la persona (SSTS de 16 de Septiembre de 1999 y de 14 de Julio de 2004).

A criterio del TS, no es argumento para considerar que la incapacitación es contraria a los principios de la Convención el que pueda constituir una violación del principio de igualdad en sentido formal (Art. 14 CE), al tratar de forma distinta a quienes tienen capacidad para regir su persona y sus bienes que a quienes por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismos. Una PCD psíquica, consecuente con su estado psicológico permanente, sigue teniendo capacidad jurídica, y sólo mediante una sentencia puede ser privada de su capacidad de obrar en la medida en que sea necesaria para su protección.

Analiza someramente el Derecho Comparado (esto es, la legislación de países de nuestro entorno cultural y firmantes de la Convención: CC de Quebec; CC italiano, reformado en 2004, que contempla la incapacitación y la “amministrazione di sostegno”; CC francés, que diferencia la tutela y la “sauvegarde de justice”; y BGB alemán reformado en 1999), y llega a la **conclusión** siguiente: *aunque con distintas denominaciones, los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno establecen sistemas protectores que sustituyen al declarado incapaz para protegerle, y, aunque con intensidad variable, siempre prevén, en aquellos ámbitos en los que se establezca la medida protectora, cauces de asistencia o de sustitución del incapaz, diferenciando grados de protección similares a los recogidos en el CC español.*

Finalmente, **declara** que el sistema de protección debe ser no rígido o estándar, sino flexible o acomodado a las conveniencias y necesidades de protección

de la persona afectada, y además revisable en atención a la evolución de la causa motivadora de la medida de protección.

La incapacitación total sólo debe adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección del discapacitado mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida que siempre será revisable. *“Sólo esta interpretación hace adecuada (compatible) la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1º Que tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales, y que la incapacitación es sólo una forma de protección; 2º Que la incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias; las facultades intelectivas y volitivas del incapacitado 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”; 3º Que únicamente en los casos de falta de capacidad total y permanente debe tomarse la medida protectora más drástica, que implica la representación.*

Al final, se trata de una cuestión presupuestaria o de recursos económicos.

VIII.- A la hora de elaborar un texto prelegislativo sobre “Modificación judicial de la capacidad”, concurren **dos posturas divergentes**: o cambiarlo todo de raíz (CERMI), o partir de la normativa actual y modificarla en la medida necesaria para adaptarla a los postulados de la Convención (Foro Justicia y Discapacidad, Ministerio de Justicia).

Existe **un documento de trabajo del Ministerio de Justicia** (que podría titularse primer borrador de Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil, en materia de incapacitación e instituciones tutelares, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de procesos sobre capacidad), encaminado a dar cumplimiento al art. 12 de la Convención y a la Disposición Final 1ª de la ley 1/2009.

El objetivo perseguido es proporcionar a las PCD medidas de apoyo que, de acuerdo con sus circunstancias y necesidades concretas, puedan precisar para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Ello implica:

1. Restringir la incapacitación a situaciones en las que no es posible conocer la voluntad de la persona con una discapacidad persistente que le impide el autogobierno.

2. Crear un marco legal flexible para que la sentencia establezca la medida de apoyo proporcionada y adecuada a las individuales circunstancias y necesidades de la persona.

3. Articular medidas de apoyo que aseguren el respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, se apliquen durante el plazo más corto posible, y estén sujetas a exámenes periódicos por parte del órgano judicial.

*Las principales **modificaciones del Código Civil** serían, según el indicado*

borrador, las siguientes:

a. La sentencia sobre modificación de la capacidad deberá:

---concretar las áreas personales y patrimoniales afectadas.

---detallar las medidas de apoyo en relación con tales áreas, para que la modificación de la capacidad sea la estrictamente necesaria para proteger los intereses de la persona afectada.

---en caso de tutela, limitar la representación del tutor a los actos que se establezca, sin extenderla a actos de ejercicio de derechos de la personalidad.

---en caso de curatela, precisar los actos personales o patrimoniales que necesitan la intervención del curador.

b. El tutor debe elaborar un plan de gestión y administración.

c. Para constituir la tutela, es preciso dar audiencia previa a la persona propuesta como tutor.

d. Para la preferencia en el nombramiento de tutor, se equipara el cónyuge al conviviente no cónyuge.

Las principales **modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil** serían, según el borrador en cuestión, las siguientes:

a. La demanda sobre modificación de la capacidad debe especificar el motivo de su interposición, esto es, la necesidad concreta que la desencadena.

b. El procedimiento debe ser más detallado y exhaustivo.

c. La sentencia sobre modificación de la capacidad determinará:

--- los actos que la persona con capacidad limitada no puede realizar por sí sola.

--- la figura de apoyo y protección más adecuada, sometida a exámenes periódicos en sede judicial.

--- la duración de la medida si es temporal la causa impositiva del autogobierno (pudiendo implantarse la curatela temporal, si es temporal la imposibilidad).

d. Se contempla la autorización judicial para el tratamiento ambulatorio no voluntario por razón de trastorno psíquico.