José Miguel de la Rosa Cortina

Fiscal de Sala adscrito a la Sala de lo Civil del TS.
Doctor en Derecho

Los derechos de las personas con discapacidad: últimas tendencias

23 de mayo de 2019

The only disability in life is a bad attitude (Scott Hamilton)

Sumario

1. Introducción. 1.1. Nota histórica. 1.2. Marco normativo general. 1.3. El Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. 1.4. La cuestión terminológica 2. Derecho de sufragio. 3. Derecho a la libertad: internamientos psiquiátricos. 3.1. Evolución histórica. 3.2. Marco jurídico interno. 3.3. La Convención y la posición del Comité. 3.4. El problema de los centros residenciales para personas mayores. 3.5. Inspecciones de centros. 4. Derecho a la accesibilidad. 5. Protección de la imagen de las personas con discapacidad. 6. Modalidades de instituciones de protección de las personas con discapacidad. 6.1. Principios generales. 6.1.1. Derecho vigente. 6.1.2. Anteproyecto. 6.2. La tutela. 6.2.1. Régimen vigente. 6.2.2. La tutela en el Anteproyecto. 6.3. La curatela. 6.3.1. Régimen vigente. 6.3.2. Anteproyecto. 6.4. Rehabilitación y prórroga de la patria potestad. 6.4.1. Derecho vigente. 6.4.2. Anteproyecto. 6.5. Guarda de hecho. 6.5.1. Régimen vigente. 6.5.2. Anteproyecto. 6.6. Defensor Judicial. 6.7. Asistencia al pródigo. 6.8. Anulabilidad de contratos. 7. El derecho de autoprotección. 7.1. Ideas generales. 7.2. Autotutela. 7.2.1. Derecho vigente. 7.2.2. Anteproyecto. 7.3. Poderes preventivos. 7.3.1. Derecho vigente. 8. Capacidad para otorgar testamento. 8.1. Última jurisprudencia. 8.2. Regulación en el Anteproyecto. 9. Capacidad para contraer matrimonio. 10. Salud sexual. 10.1. Esterilizaciones. 10.2. Discapacidad e interrupción voluntaria del embarazo.

1. Introducción

1.1. Nota histórica

Los abusos y violaciones de los derechos de las personas con discapacidad han sido una constante histórica. La aplicación de tratamientos inhumanos también se ha repetido, dejando huella en la historia del arte, dando lugar incluso a un tema pictórico: la extracción de la piedra de la locura, representando una brutal operación quirúrgica en el cerebro, cultivado por pintores como El Bosco o Pieter Bruegel.

En la Edad Media la discapacidad era frecuentemente asociada a la posesión demoníaca, justificando actos de ejecuciones, malos tratos y privaciones de libertad[1].

La concepción del manicomio como institución total derivó con frecuencia en la segregación de las personas con enfermedades mentales y en no pocas ocasiones en malos tratos físicos hacia los mismos[2].

Sin necesidad de remontarnos a épocas lejanas, en los siglos XIX y XX –además de infaustas experiencias eugenésicas– se han aplicado tratamientos que ponen de relieve el escaso respeto por los derechos de las personas con discapacidad: la malarioterapia (introducción de sangre de pacientes afectados de paludismo), el absceso de fijación (inyección de aguarrás), el tratamiento de cardiazol (administración de alcanfor) o el coma insulínico[3].

[1] Ruiz Jiménez, Juana «Delimitación de los conceptos de discapacidad e incapacidad» El Derecho EDB 2005/89745

[2] Expone Pau cómo «la situación de las personas con alteraciones intelectuales ha sido vista por el Derecho, hasta tiempos recientes, como un problema que afectaba a la sociedad y que había que resolver drásticamente: sacándolas fuera de ella. La respuesta del Derecho ante la realidad de las alteraciones mentales era muy simple: la marginación de los locos, como tituló el Prof. Rodrigo Bercovitz una monografía de 1974» Pau, Antonio «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil» Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pags. 5 a 28

[3] Vid. Duro Sánchez, Alicia; Sánchez López, Laura; Núñez Rueda, Juan Manuel; Benito Delgado, Rocio; Almudena Celorio Fries, Gloria «Tratamientos en la psi-

El inicio del movimiento en favor de los derechos humanos de las personas discapacitadas suele situarse en el último tercio del pasado siglo XX, en el que fueron decisivas las iniciativas de la Organización de las Naciones Unidas[4].

También el Consejo de Europa ha enarbolado la bandera de los derechos de las personas con discapacidad[5].

1.2. Marco normativo general

Este movimiento pro derechos de las personas con discapacidad tuvo su reflejo en la Constitución española de 1978 (en adelante, CE), cuyo art. 49 dispone que «los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los dere-

quiatría del siglo XX» http://www.codem.es/Adjuntos/CODEM/Documentos/Informaciones/Publico/

[4] Lo llevó a cabo a través de documentos tales como la Declaración de Derechos del Deficiente Mental, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por la Resolución 2856 de 20 de diciembre 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, el Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad (aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1982), los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad (Resolución 46/91 de 16 de diciembre de 1991) y las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993, Resolución 48/1996)

[5] Pueden citarse como documentos clave en la materia la Recomendación nº R[98]9, de 18 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la dependencia; Recomendación Rec (99)4, de 23 de febrero de 1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre los principios referentes a la protección legal de los adultos incapaces; Recomendación Rec(2004)10, de 22 de septiembre, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastorno mental; Recomendación Rec(2006)5, de 5 de abril, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidades en Europa 2006-2015; Recomendación CM/Rec(2009)6 sobre envejecimiento y discapacidad en el siglo XXI; Recomendación CM/Rec (2009) 11 de 9 de diciembre sobre los principios relativos a autorizaciones permanentes y las directivas anticipadas relacionadas con la incapacidad y la Recomendación CM/Rec(2014)2, de 19 de febrero, sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores.

chos que este título otorga a todos los ciudadanos»[6]. Esta norma debiera aplicarse a la luz de la denominada cláusula de transformación del art. 9.2 CE, conforme a la que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra 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, cultural y social»[7]. Del mismo modo, el art. 49 CE debe aplicarse desde el principio de igualdad conforme ha sido interpretado por el TC[8].

Estos preceptos tienen un enorme potencial como catalizadores de reformas en el tratamiento de la discapacidad, partiendo del mandato a los poderes públicos para que las personas con discapacidad disfruten de los derechos reconocidos en nuestra Carta Magna en igualdad.

[6] Este precepto se inspira en el art. 71 de la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976 que dispone que 1. Los ciudadanos portadores de deficiencia física o mental gozan plenamente de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en la Constitución, con excepción del ejercicio o del cumplimiento de aquellos para los cuales se hallen incapacitados.

2. El Estado se obliga a realizar una política nacional de prevención y de tratamiento, rehabilitación e integración de los ciudadanos portadores de deficiencia, y de apoyo a sus familias; a desarrollar una pedagogía que sensibilice a la sociedad en cuanto a los deberes de respeto y solidaridad para con ellos y a asumir la carga de la realización efectiva de sus derechos, sin perjuicio de los derechos y deberes de los padres o tutores.

3. El Estado apoya las organizaciones de ciudadanos portadores de deficiencia.

[7] Para GARRORENA GONZÁLEZ «la calificación "estado social" se configura como una cláusula de neto valor hermenéutico y, como tal, dirigida a vincular a autoridades y ciudadanos en la interpretación de la totalidad del ordenamiento jurídico, tanto a la hora de indagar el sentido del Derecho que ya existe cuanto en el momento de determinar el sentido que debe informar el Derecho que se produce» GARRORENA GONZÁLEZ, Àngel «El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho». Tecnos, 1984 pág. 101.

[8] STC nº 19/1989, de 31 de enero Pte.: Leguina Villa, Jesús: «la virtualidad del art. 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE. Más en concreto, la expresa prohibición de la discriminación por razón de sexo, no sólo entraña la interdicción de la desigualdad de trato injustificada, sino también la decisión constitucional de acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo. De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales […]»

El Legislador ha ido dando pasos para implementar este cambio. El Código Civil (en adelante, CC) en su redacción original asumió el modelo médico y la tutela de familia, siguiendo un esquema rígido en el que la incapacitación total y la tutela representativa eran la regla general. La preocupación de nuestro Derecho Civil en esta materia se centraba en la seguridad del tráfico jurídico y la protección del patrimonio, orillando los aspectos relativos a la protección de los derechos de la persona[9]. La Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma del CC dejó a un lado la división entre capacidad o incapacidad, permitiendo soluciones graduables y sustituyendo la tutela de familia por la de autoridad.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, introdujo nuevas medidas de protección patrimonial sin subordinarlas a la declaración de incapacidad y abrió las posibilidades a las medidas de autoprotección que permiten al individuo planificar por sí mismo su futuro al margen de las instituciones estatales.

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, *de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad* trata la prevención de la discriminación directa e indirecta en contra de personas con discapacidad. Es una Ley que ya asume el modelo social de la discapacidad, reconociendo como principios la vida independiente y la normalización.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, *de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia* impulsa las garantías para que las personas con discapacidad puedan vivir con plenitud de derechos y participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural[10].

Debe también mencionarse el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*.

En la misma dirección, se promulga la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1999, de 22 de

[9] En este mismo sentido, vid. Anguita Ríos, Rosa María «Discapacidad y medidas legales. Un acercamiento a la realidad española» La Ley 15263/2011

[10] Esta Ley, expone Del Río Fernández, «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)» Río Fernández, Lorenzo Jesús del «La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y su aplicación en Derecho Privado» Cuadernos Digitales de Formación 31 - 2010

mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación sin exclusiones de las personas con discapacidad en esta institución.

Pero el punto de inflexión en el reconocimiento de los derechos en este ámbito es claramente la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006[11] y su Protocolo Facultativo[12]. A partir de su ratificación por el Reino de España y conforme a lo establecido los arts. 10, 96 CE, 1.5 CC y 28, 29, 30 y 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, *de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, forman parte del ordenamiento interno, sin perjuicio de la conveniencia de adaptar la normativa interna a los postulados de la Convención.

Como declara la STS nº 487/2014, de 30 de septiembre[13] «en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1.5 del Código Civil, las normas jurídicas contenidas en la Convención son de aplicación directa, y, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 10 de la Constitución Española los principios de la Convención deben ser aplicados para resolver los casos referentes a los derechos fundamentales y a las libertades».

El párrafo primero del art. 1 define el propósito de la Convención: *promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*.

Se define a los destinatarios de forma amplia. Conforme al párrafo segundo del art.1 de la Convención *las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*[14].

[11] El Instrumento de Ratificación por España fue publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 21 de abril de 2008, en vigor desde el 3 de mayo de 2008

[12] El Instrumento de Ratificación por España fue publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 22 de abril de 2008. Conforme al Protocolo facultativo los Estados Parte reconocen la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas.

[13] Pte.: Calvo Cabello, José Luis

[14] Como expone Muñoz Calvo «según esta definición, la discapacidad nacerá con independencia del reconocimiento administrativo del grado de discapacidad del individuo, o de que éste se halle incapacitado judicialmente y sometido a tutela o curatela (según la regulación todavía vigente contenida en nuestras leyes civiles), supuestos que

El art. 12.2 dispone que *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*.

El apartado tercero del art. 12 establece que *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*.

Estos preceptos imponen un cambio de paradigma radical: desaparece la tradicional escisión entre capacidad jurídica y capacidad de obrar[15], al menos formalmente[16].

implican, pero que no agotan, todos los posibles casos de concurrencia de esta circunstancia». MUÑOZ CALVO, Alberto «Tratamiento de la discapacidad en las nuevas reformas legislativas» CGPJ Cuadernos Digitales de Formación 36 - 2016

[15] El informe del Ministerio Fiscal en el procedimiento en el que se dictó la STS 282/2009, de 29 de abril es contundente: «la Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de esta necesaria «igualdad», proporcionándole los mecanismos de apoyos adecuados, asegura a la persona con discapacidad, su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar».

Para el Informe del CGPJ «la lectura de la Convención conduce –e impulsa al prelegislador en el texto proyectado- a la unificación bajo un mismo concepto de dos rasgos de la personalidad jurídica que hasta ahora han estado bien diferenciados: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, entendida esta última como la aptitud, no ya para ser titular de relaciones jurídicas, de derechos y obligaciones, sino para el ejercicio de dichos derechos y obligaciones, y, por tanto, para realizar actos y negocios jurídicos con plena eficacia».

En este sentido se ha escrito que «desaparece la clásica distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, y el sistema pasa a pivotar en torno a los apoyos que pueda precisar la persona con discapacidad para conducirse en la sociedad como lo haría cualquier otra. No se trata, pues, de sustituir o representar a la persona con discapacidad en la toma de decisiones, sino -antes al contrario- de asistir a la misma en ese proceso, con el absoluto respeto a su autonomía, a su voluntad y a sus deseos, gustos y preferencias». RUBIO RAMOS, María Rosa «El Ministerio Fiscal y la Constitución en su actuación en materia de protección de las personas con discapacidad» 40 años de Constitución Española. Perspectivas desde el Ministerio Fiscal Revista del Ministerio Fiscal, año 2018, número especial pag. 257

[16] En realidad, esta eliminación del concepto capacidad de obrar no es plena, como acertadamente explica PEREÑA VICENTE «La transformación…» op cit: «si bien es cierto que la idea clásica de la doctrina española sobre la capacidad de obrar no existe con esta denominación en otros ordenamientos jurídicos, el concepto si existe con otro nombre. Su equivalente es el ejercicio de la capacidad jurídica y, como tal, se consagra en el párrafo 3 del artículo 12 de la Convención, que no mezcla ambos aspectos: la capacidad jurídica (párrafo 2), que es lo mismo que en nuestro ordenamiento jurídico, la titularidad, y respecto de la cual no se pueden adoptar medidas, y el ejercicio de la capacidad jurídica al que nosotros hemos denominado tradicionalmente capacidad de obrar, para el

El art. 12 de la Convención supone el abandono del llamado «modelo médico o rehabilitador» que usualmente abocaba a una limitación excesiva de la capacidad de obrar de las personas con deficiencias sustituyéndoles en la toma de las decisiones. El nuevo modelo social supone partir de las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos superando su consideración de sujetos de tratamiento y protección social[17] de modo que estas personas han de disponer de los apoyos o de la asistencia necesaria para la toma de decisiones concretas, sin privarles de su capacidad de forma absoluta.

El consenso en la materia se refuerza por la Resolución del Consejo de la Unión Europea y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativa a un nuevo marco europeo de la discapacidad, en la que se apoya la aplicación efectiva de la Convención de la ONU por parte de los Estados miembros y de las Instituciones de la Unión Europea[18].

Como se ha expuesto, este modelo de derechos humanos «implica la utilización de los principios de la dignidad humana y de la vida humana digna como fundamento, la visibilidad como estrategia, y el Derecho Antidiscriminatorio como respuesta legal»[19].

que exige que se adopten las medidas pertinentes para prestar el apoyo que necesiten en el mismo a las personas con discapacidad».

En esta línea, para PAU op cit «las personas con discapacidad tienen, naturalmente, plena capacidad jurídica. Pero pueden tener alguna dificultad para el ejercicio de esa capacidad jurídica: lo que tradicionalmente se ha llamado la capacidad de obrar».

[17] El modelo médico considera la discapacidad exclusivamente como un problema de la persona, directamente ocasionado por una enfermedad, trauma o condición de la salud, que requiere cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. En consecuencia, las políticas deben tender a «normalizar» a las personas en la medida de lo posible, y de ese modo ayudar a que las mismas sean integradas en la sociedad.

En esta línea, para RODRÍGUEZ ESCUDERO «la protección de las personas discapacitadas se hizo en el Derecho Español de acuerdo con el modelo médico, entonces vigente, no sólo en la Constitución Española sino en las restantes leyes. La integración de la discapacidad en los derechos humanos es consecuencia del cambio de modelo experimentado, el modelo social, uno de cuyos presupuestos fundamentales radica en que las causas que originan la discapacidad no son individuales, sino que son preponderantemente sociales. El modelo social que adoptó la Convención de Nueva York, es el resultado de un largo camino en el reconocimiento de los derechos de los discapacitados». RODRÍGUEZ ESCUDERO, Victoria «La incapacitación y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida» Diario La Ley 15280/2011

[18] Diario de la Unión Europea de fecha 20 de noviembre de 2010

[19] DE ASIS, R.; BARIFFI, F., y PALACIOS, A., «Principios éticos y fundamentos jurídicos», «Tratado sobre Discapacidad», directores DE LORENZO, R., y PÉREZ BUENO, C., Aranzadi, 2007, pág. 106.

Los principios contenidos en la Convención se constituyen en poderosa herramienta hermenéutica del Derecho interno: en este sentido revisten especial relevancia el respeto a la dignidad, el respeto y la promoción de la autonomía individual, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas, la igualdad de oportunidades y la accesibilidad[20]. En palabras del TS «al enfermo psíquico se le debe proporcionar un sistema de protección, no de exclusión» [21].

Este nuevo enfoque impulsado por la Convención inspira el art. 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea conforme al que «la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad» [22].

También las últimas reformas de nuestro ordenamiento van decididamente encaminadas a implementar los principios de la Convención[23].

1.3. El Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad

La Disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo otorgó al Gobierno el plazo de seis meses para remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, «que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar», para su adaptación a las previsiones de la Convención.

[20] Vid. en esta línea, Rodríguez Escudero, Victoria «La incapacitación y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida» Diario La Ley 15280/2011.

[21] STS 282/2009, de 29 de abril.

[22] DOCE C 364/3. El art. 25 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que «la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural».

[23] Así se ha escrito que «el legislador español se preocupa de integrar plenamente en la sociedad a las personas con algún tipo de deficiencia, así como de hacer efectivo el goce, ejercicio y defensa de sus derechos, eliminando las barreras y proporcionando los apoyos necesarios al efecto, pues son precisamente la existencia de dichas barreras y la carencia de dichos apoyos los detonantes de la existencia de la discapacidad y de sus consecuencias discriminatorias» Muñoz Calvo, Alberto «Tratamiento de la discapacidad en las nuevas reformas legislativas» CGPJ Cuadernos Digitales de Formación 36 - 2016.

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, *de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* dio al Gobierno en su Disposición adicional séptima el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de aquella Ley para remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención, «en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida».

Como se ha escrito «vivimos tiempos de confusión sobre el modelo de protección jurídica de las personas con discapacidad, trastorno o anomalía psíquica. Existe un derecho viejo que no acaba de irse y un derecho nuevo que no acaba de llegar»[24].

En efecto, la necesaria adaptación de nuestro Derecho al art. 12 del Convenio ha ido postponiéndose y sigue sin llegar a buen puerto.

La necesidad de la reforma ha sido subrayada por el órgano encargado del seguimiento de la Convención, el Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, que en sus observaciones a los tres Informes presentados hasta la fecha por el Estado Español ante el mismo nos ha reprochado el retraso en aplicar una nueva legislación que «regule el alcance y la interpretación del artículo 12»; y, de otro, ha recomendado al Estado Español que «revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona».

En la pasada Legislatura llegó a iniciar su andadura el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad[25], que trata de sustituir el tradicional modelo de incapacitación y nombramiento de tutor por la instauración de un sistema de apoyos, adaptado a las circunstancias específicas de la persona con discapacidad en relación con el acto o negocio concreto que se ha de realizar y dando especial consideración a conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto es clara cuando previene al final de su apartado tercero lo siguiente: «desde el punto de vista

[24] Santos Urbaneja, Fernando «Dictámenes sobre conceptos jurídicos y cuestiones relativas a las personas con discapacidad psíquica» CEJ, 2017

[25] El Consejo de Ministros lo informó en primera vuelta en fecha 21 de septiembre de 2018

procedimental, cumple señalar que el procedimiento de provisión de apoyos sólo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean éstos personales, patrimoniales o políticos».

El Anteproyecto, radical en la concepción, sustituye los vigentes arts. 199 y 200 CC, por un nuevo art. 248 que prevé en lugar de la constitución de tutela «las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad».

En el presente trabajo expondremos los puntos principales de los Informes al Anteproyecto de Ley del Consejo Fiscal de 17 de octubre de 2018 (en adelante, el Informe del CF), del Consejo General del Poder Judicial de 29 de noviembre de 2018 (en adelante, el Informe del CGPJ) y del Consejo Económico y Social, Dictamen 5 2018 de 24 de octubre de 2018 (en adelante, Dictamen del CES).

Como se recoge en el Informe del CF «el texto del art. 12 de la Convención exige un replanteamiento de la regulación del «proceso sobre la capacidad»[26] y de las figuras de tutor, curador, patria potestad prorrogada, defensor judicial o guarda de hecho, debiendo ser armonizadas con ese principio de capacidad igual para todos… Parece claro que este precepto no tiene traducción adecuada en nuestro Derecho vigente, si bien puede constatarse que la Legislación y la practica ha ido, incluso antes de la Convención, evolucionando hacia un sistema adaptado a las necesidades de protección de las personas más vulnerables por razón de su situación de discapacidad, con el objeto de procurarles la atención especializada y el amparo necesario para el disfrute de sus derechos fundamentales.»

Según el Informe del CGPJ el Anteproyecto «supone la consagración de la discapacidad no como una limitación excluyente, sino como

[26] En este sentido se ha mantenido que «para proteger no hace falta declarar a la persona incapaz, vulnerando así su dignidad inherente, basta con adoptar la medida que parte, sin duda, de la necesidad de asistir o representar a la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica y de la constatación en el proceso de su pertinencia y adecuación al interés de la persona con discapacidad. La necesidad de protección, desde el punto de vista jurídico, no es otra que la necesidad de ser representado o asistido en el ejercicio de los derechos cuya titularidad corresponde a la persona con discapacidad.» GUILARTE MARTÍN CALERO, Cristina «Capacidad jurídica y capacidad de obrar: el sistema español a la luz de la Convención de Nueva York» Cuadernos Digitales de Formación 13 – 2016 CGPJ, 2016.

una realidad que requiere del tratamiento normativo adecuado para lograr la definitiva y plena participación e inclusión social de las personas con discapacidad, por más que tal cosa requiera un esfuerzo por parte de todas las instituciones y poderes públicos, de los operadores jurídicos, de los intérpretes y aplicadores del ordenamiento jurídico, y, en fin, de la sociedad en su conjunto».

Para el Dictamen del CES el Anteproyecto «supone una iniciativa razonable de adaptación a los principios y las obligaciones de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, por lo que la reforma le merece una valoración positiva en términos generales», añadiendo que «el nuevo paradigma que impulsa la CDPD, que cabe resumir en la consideración de las personas con discapacidad como sujetos activos plenamente titulares de derechos y no como simples sujetos pasivos necesitados de tutela y protección, debía proyectarse también dentro de nuestro ordenamiento».

Los tres informes realizan una valoración del Anteproyecto globalmente positiva. Sin duda se trata de un texto técnico y riguroso, seguramente consecuencia de haber sido elaborado en el seno de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación.

El Anteproyecto modifica el Código Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Sólo en relación con el Código Civil el Anteproyecto modifica más de ciento cincuenta artículos, afectando a una pluralidad de materias[27].

Sin embargo, el Anteproyecto no contempla el impacto de la reforma en la Legislación Notarial, pese a que es evidente que va a afectar y mucho a los fedatarios públicos. En este sentido, el Informe del CGPJ considera que «no ha de desdeñarse el efecto que el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad tendrá en la legislación notarial, principalmente en la regulación del otorgamiento de las escrituras públicas en las que se prevean el régimen y las medidas de apoyo para una futura situación de discapacidad, de los poderes preventivos y de las escrituras públicas de constitución y configuración de la autocu-

[27] Con razón se ha considerado que el «nuevo modelo constituye un auténtico tsunami que afecta a todo el ordenamiento jurídico, de suerte que prácticamente ninguna norma que implique ejercicio de derechos por parte de sujetos privados va a quedar inmune a la necesidad de adaptación». García Rubio, María Paz «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil» Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pags.173 a 197.

ratela; pero también en la regulación del juicio de capacidad del otorgante afectado por una discapacidad, en la constatación de la concurrencia del supuesto que activa las medidas de apoyo predispuestas por el otorgante, y, en fin, en el juicio de capacidad y en la forma de otorgamiento de las disposiciones de última voluntad de las personas con discapacidad, entre otros extremos. Se echa en falta, por lo tanto, siquiera la previsión, mediante la correspondiente disposición final, de la reforma de la legislación notarial en la medida en que venga exigida por el nuevo sistema de apoyos de las personas con discapacidad».

Es también de interés la propuesta de modificación del CC elaborada por la Asociación de profesores de Derecho Civil en mayo de 2017[28].

El Comité de Bioética de España en su informe de 20 de diciembre de 2017 también ha propuesto una modificación las instituciones de protección a los discapacitados, eliminando el proceso de incapacitación y la tutela.

1.4. La cuestión terminológica

Los términos que se seleccionan para denominar a estas personas en los textos legislativos y en la práctica judicial y administrativa no es una cuestión menor. Teorías como las del etiquetaje (*labelling approach*) y de la profecía autocumplida (*self fulfilling prophecy*) lo vienen a confirmar. La propia identidad y el comportamiento de las personas puede ser determinada o influida por los términos utilizados para denominarlas[29]. Sin incurrir en las hipérboles medievales, *nomina sunt numina* (los nombres son dioses), qué duda cabe que la selección de los términos en este ámbito es de gran importancia[30].

[28] http://www.derechocivil.net

[29] Se ha considerado que «si bien la terminología no es determinante de lo real, dado que la sustancia no depende de su denominación sino de su naturaleza, como se reconoce por una pacífica jurisprudencia, no podemos negar que sí es un elemento a tener en cuenta para evitar la discriminación. No obstante, habrá que huir de una terminología equívoca o engorrosa, tan en uso hoy día» Dolz Lago, Manuel-Jesús, «El nuevo paradigma de la discapacidad, de la tutela al apoyo» Diario La Ley, Nº 9413, Sección Tribuna, 13 de Mayo de 2019, Wolters Kluwer.

[30] Como se ha defendido «el lenguaje no es ideológicamente nuetro, sino que tiene un gran poder persuasivo porque proyecta y define la imagen pública de las personas con discapacidad, de modo que puede ser empleado para acentuar la discriminación o favorecer la inclusión» Álvarez García, Hector «La dimensión constitucional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad» en VVAA «Discapacidad intelectual y capacidad de obrar», Tirant Lo Blanch, 2019 pag. 24.

Por ello, debe prestarse especial atención a la terminología a utilizar[31].

En las Partidas, en las que se enumeraban las alteraciones mentales que restringían la personalidad, se aludía al «loco furioso, desmemoriado, salido de memoria, sin memoria, sin seso, fuera de seso, que se levanta durmiendo e toma armas para ferir»[32].

Pese al incontestable avance que supuso la previsión del art. 49 CE, la terminología utilizada ha sido considerada inadecuada, al referirse a los «disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales»[33].

La reforma de 1983 cambió las denominaciones de locos y dementes por las «enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

El Real Decreto 348/1986, de 10 febrero, sustituye los términos «subnormalidad y subnormal» contenido en las disposiciones reglamentarias vigentes, y la disposición adicional octava de la citada Ley 39/2006, sustituyó las referencias en los textos normativos a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», por «personas con discapacidad»[34].

La Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria* se refiere a personas con capacidad modificada judicialmente (en lugar de personas incapaces), denominación que no contentó a nadie[35].

La denominación de la Convención, como personas con discapacidad, es la que ha sido asumida, si bien plantea también problemas desde el punto de vista de su potencialidad delimitadora[36].

[31] En este sentido se ha escrito que «hoy en día debemos hablar de diversidad, de normalidad de la diferencia, ciudadanía plural, verdadera igualdad de oportunidades y no de incapaces, sino de personas con una diversidad funcional» Campo Izquierdo, Ángel Luis «Los procesos judiciales de capacidad a la luz de la Convencion de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad» La Ley 1201/2014.

[32] Partida 7º, título I, ley IX.

[33] No obstante, algunos autores la consideran correcta y armónica con la definición contenida en el art. 1.2 de la Convención. Ver en este sentido Escarpín Ipiens, José Antonio «La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad» Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pags.85 a 119.

[34] Dolz Lago, op cit.

[35] En este sentido se ha considerado que «no es que ya no puedan utilizarse términos como los de incapacitado o proceso de incapacitación, sino que resultaría igualmente incorrecto hablar de procesos de modificación de la capacidad de obrar de la persona o de capacidad modificada judicialmente, como ha hecho, sin ir más lejos, la Ley 15/2015 de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. El planteamiento es claro: la capacidad se tiene por el hecho de ser persona y, por ello, ni se puede restringir ni se puede modificar». García Rubio, María Paz «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio» Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pags.29 a 60.

[36] Como ha expuesto Guilarte Martín Calero op cit «la Convención se aplica a todas las personas con discapacidad, sea la deficiencia física, mental, intelectual o sen-

El art. 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad* (TRLGD), siguiendo a la Convención, incorpora una definición amplia de la discapacidad[37].

Debe siempre tenerse presente que la discapacidad en general es mucho más amplia que la discapacidad en sentido civil, que se aplicaría sólo a las personas con limitaciones para actuar autónomamente en el tráfico jurídico.

El Informe del CGPJ constata como en el Anteproyecto desaparecen los términos «incapaz» e «incapacitación» del acervo jurídico.

sorial y, sin embargo, desde el punto de vista civil, la deficiencia sólo es relevante si afecta a la capacidad de autogobierno, entendida ésta como la idoneidad de la persona para administrar sus intereses (STS 14 de julio de 2004); se trata, por tanto, de un ámbito más reducido en el que se incluye, normalmente, la discapacidad mental e intelectual».

En esta misma línea Del Río Fernández, op cit ha subrayado 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 mismas; 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».

Como se ha expresado «la incapacidad constituye un subgrupo dentro del mucho más amplio ámbito de la discapacidad, con una problemática específica y unos caracteres propios y diferenciadores. La discapacidad y la incapacidad son conceptos distintos, tanto en el lenguaje común como en el jurídico. En nuestro ordenamiento, la discapacidad (o minusvalía -conceptos, estos sí, equivalentes-) constituye un concepto administrativo y, la incapacidad y la incapacitación, conceptos puramente civiles». San Pastor Sevilla, Yolanda «Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: perspectivas de reforma» La Ley 15235/2011.

[37] Se definen a las personas con discapacidad como «aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás».

El apartado segundo considera además como personas con discapacidad a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, aclarando que se «considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o de gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

Nos inclinamos claramente con los matices expuestos desde el punto de vista sustantivo por el término «persona con discapacidad»[38] y desde el punto de vista procesal por el «procedimiento de provisión de apoyos».

2. Derecho de sufragio

El art. 29 de la Convención bajo el epígrafe «participación en la vida política y pública» establece que los Estados garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a […] Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante: […] la protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda; […] La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar […].

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2010, ya declaró, en pronunciamiento que debe entenderse plenamente vigente que «el derecho de sufragio es personalísimo e intransmisible, no contemplándose en la legislación vigente otra forma de votación que la personal y directa o por correo, no resulta admisible el voto por sustitución o por poder. Es

[38] No obstante, debe reconocerse que «las personas con discapacidad en general no necesitan apoyos para ejercer su capacidad jurídica. O, al menos, no el tipo de apoyos que consagra el Anteproyecto. Es necesario que se concrete un poco más, lo que el texto no hace, seguramente sensible ante la necesidad de adoptar una terminología respetuosa de la dignidad de la persona, neutro, «aséptico», que no estigmatice ni hiera. Pero al generalizar tanto, no consagra un estándar que justifique las medidas, lo que puede generar dificultades de interpretación». […] Las medidas de apoyo que consagra el Anteproyecto se dirigen a procurar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que tienen afectada su capacidad para tomar decisiones. Pereña Vicente, Montserrat «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley» Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pags. 61-83.

decir, la manifestación de voluntad ha de ser ejercitada por la persona con discapacidad, sin que pueda ser suplantada por la de otra persona. Cuestión diferente es que al discapacitado se le provean todos los medios y apoyos precisos para que la discapacidad no suponga un límite para el ejercicio del derecho de sufragio, lo cual constituye la garantía a la que se refiere el apartado iii) del art. 29 a) de la Convención, cuando hace referencia a que otra persona de su elección les preste asistencia para votar».

La Instrucción 3/2010 entendió que a la luz del Convenio solo de modo excepcional y mediante un pronunciamiento expreso y motivado en cada caso podía privarse del derecho de sufragio activo[39].

La evolución ha ido mucho más allá. Tras la LO 2/2018, de 5 de diciembre ya no cabe privar del derecho al voto a los discapacitados. En efecto, esta LO ha modificado la Ley Orgánica de Régimen Electoral General en un doble sentido. En primer lugar suprimiendo los párrafos b) y c) del apartado 1 del artículo 3, que establecía que carecían de derecho de sufragio «los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio»; y «los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el periodo que dure su internamiento, siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio».

La segunda modificación consiste en sustituir la redacción del apartado 2 del art. 3 –que establecía el deber de los jueces o tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento de pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio de sufragio, así como de su comunicación al Registro Civil para que procediese a la correspondiente anotación– por un nuevo texto que indica lo siguiente: «toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera».

La modificación legal concluye con una nueva disposición adicional octava que dota de efecto retroactivo a la supresión de las privaciones de voto en relación con las acordadas con anterioridad[40].

[39] La conclusión sexta declaraba al respecto que «los Sres. Fiscales cuidarán especialmente de que la privación del derecho de sufragio únicamente se lleve a efecto cuando resulte necesario en atención a la situación de la persona cuya capacidad se cuestiona. Dicha medida requerirá el pronunciamiento expreso en la sentencia, en la cual deberá razonarse acerca de la valoración de las circunstancias en las que se fundamenta la privación del derecho de sufragio».

[40] «A partir de la entrada en vigor de la Ley de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para adaptarla a la Convención Internacional sobre los Dere-

En consecuencia, a partir del 7 de diciembre de 2018 –fecha de entrada en vigor de la referida Ley Orgánica 2/2018– han quedado eliminados de nuestro ordenamiento electoral los dos supuestos de incapacidad de naturaleza civil que preveían los párrafos b) y c) del apartado 1 del artículo 3 de la LOREG.

La aplicación práctica de esta reforma suscitó algunas dudas, dando lugar a la Instrucción de la Junta Electoral Central 5/2019, de 11 de marzo[41], que generó un alud de críticas y motivó que la propia Junta Electoral Central matizara su posición a través de la Instrucción 7/2019, de 18 de marzo[42]. Ahora se establece que «las Mesas Electorales deberán admitir el voto de cualquier persona que se encuentre inscrita en el censo electoral correspondiente a dicha Mesa. Las personas con alguna discapacidad podrán valerse de alguien que les acompañe, o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral. En el supuesto de que algún miembro de una Mesa Electoral o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa Mesa considere que el voto no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna. En esa manifesta-

chos de las Personas con Discapacidad, quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1.b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidas. Las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley».

[41] Instrucción «sobre aplicación de la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad» que dispuso que «las Mesas Electorales deberán admitir el voto de cualquier persona con aparente discapacidad que se encuentre inscrita en el censo electoral correspondiente a dicha Mesa. Las personas con alguna discapacidad podrán valerse de alguien que les acompañe, o de algún medio material para trasladar los sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral. En el supuesto de que algún miembro de una Mesa Electoral, o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa Mesa considere que el voto de una persona con discapacidad no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna. En esa manifestación de constancia, el acta identificará al elector únicamente por el número de su Documento Nacional de Identidad o, en su caso, por el documento identificativo que aporte».

[42] Esta nueva Instrucción se intitula que da nueva redacción a la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo de 2019, sobre aplicación de la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

ción de constancia, el acta identificará al elector únicamente por el número de su Documento Nacional de Identidad o, en su caso, por el documento identificativo que aporte».

Aunque siguen planteándose cuestiones dudosas, lo que parece evidente es que si los Tribunales ya no pueden privar a ninguna persona del derecho al voto por razón de discapacidad ni siquiera tras un proceso contradictorio, con menos fundamento lo podrán hacer las Mesas Electorales tras una sumarísima evaluación *in situ*[43].

La Junta Electoral Central también ha adoptado el Acuerdo de 16 de abril de 2019, emitido tras la consulta elevada por el Consejo General del Notariado, en el que en relación con la solicitud de voto por correo por persona autorizada notarialmente se considera que el juicio notarial de capacidad debe quedar limitado a constatar el deseo del poderdante de votar y de designar para ello a una persona de apoyo, sin exigir otras valoraciones que pudieran limitar el ejercicio de su derecho.

3. Derecho a la libertad: internamientos psiquiátricos

3.1. Evolución histórica

En España, la primera norma que instauró un sistema de control judicial de los ingresos fue el Real Decreto de 19 de mayo de 1885 reglamentando la hospitalidad de los dementes. En la Exposición de Motivos se señalaba que el Gobierno creyó que se estaba en el caso

[43] El desconcierto ante esta Instrucción se expone con toda su crudeza: «Si bien parece que quedan acotadas algunas cuestiones que pudieran surgir en la primera fase del proceso de sufragio activo, es decir, en el momento de la formulación del voto, la Instrucción que nos ocupa, no resuelve sobre otras tales como en qué se basará esa «consideración» de que el voto no está siendo ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, que conllevará la constancia en acta. ¿Se sobreentiende que el Presidente de la Mesa, sin capacidad técnica, medios ni tiempo para explorar al incapaz, se acogerá al principio de la «sana crítica»? Dejando también en el aire preguntas relacionadas con fase posterior de escrutinio, tales como, qué sucederá una vez que, aunque se ha hecho constar en el acta de la sesión que una persona con discapacidad no está ejerciendo el voto de forma consciente, libre y voluntaria, se ha permitido que el voto se introduzca en la urna, ¿se investigará a posteriori si ese voto fue manipulado o incluso ejercido contra la voluntad del incapaz?, si finalmente se demuestra que fue así ¿hay algún modo de anular un voto cuando es absolutamente imposible de identificar (una vez introducido en la urna) por el principio del secreto de voto?» López Egea, Maravillas «¿Cómo se garantiza el ejercicio de sufragio activo «consciente, libre y voluntario» para personas con discapacidad intelectual?» Opinión. Junio 2019 SP/DOCT/82011.

de publicar una disposición de carácter general para garantizar la seguridad individual, dando en tan delicado y grave asunto la debida intervención a los Tribunales de justicia, y sujetando a los Establecimientos provinciales, municipales y particulares a las mismas reglas de precaución que se observan en el manicomio que corre á cargo del Estado. El objetivo del Decreto, también según la Exposición de Motivos, era evitar que se promuevan con frecuencia litigios, y aun procedimientos criminales, por haber recluido sin razón, y con fines que atentan a la moral, a personas no declaradas judicialmente en estado de demencia.

Pese al indudable avance desde el punto de vista garantista, como expone FERREIRÓS, lo más destacado de la regulación de 1885 fue su incumplimiento generalizado[44].

El Decreto de 3 de julio de 1931 sobre asistencia de enfermos psiquiátricos[45] vino a suprimir el efectivo control judicial en garantía de la libertad de los internados[46].

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, derogó el Decreto de 31 de julio de 1931 en cuanto carente de las necesarias garantías para ser considerado constitucional,

[44] Explica FERREIRÓS que «hasta el Decreto de 1885 no existió una reglamentación completa del internamiento de las personas con enfermedad mental aplicable a la totalidad de España…la Ley de Beneficencia de 1822 nunca llegó a tener aplicación efectiva. La Ley de Beneficencia de 1849 (artículo 11) y su reglamento de 1852 (artículo 99), establecieron que los reglamentos especiales de los establecimientos debían ser aprobados por el Gobierno. FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy «Salud mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario» Colección Cermi nº 27

[45] Gaceta de Madrid de 7 de julio de 1931. Aranzadi, marginal 640. La Exposición de Motivos expresaba:

«Los errores tan fundamentales en las disposiciones hoy en vigor, barreras interpuestas sin justificación social o científica alguna a la rápida asistencia del enfermo psíquico por una parte y la cantidad de trabas inútiles y vejatorias para el paciente y sus familiares por otra, impidiendo asimismo una eficaz actuación profesional, agravada con el concepto equivocado y muy extendido sobre el carácter y funcionamiento de los Manicomios, Prisiones más que propias Clínicas médicas, requieren e imponen modificaciones inmediatas que, corrigiendo aquella anómala situación adapten nuestra legislación, sin caer en meras copias de disposiciones extranjeras en la materia, a la altura que las exigencias de la Ciencia psiquiátrica demanda»

[46] Para PAU op cit este Decreto «permitía el internamiento forzoso en un manicomio sin más requisitos que comunicarlo al Gobernador y al Juez de Primera Instancia del partido en que estuviera situado el manicomio. Y no se decía que el Juez o el Ministerio fiscal deban visitar al enfermo para oírle y comprobar su estado, sino que el Juez deberá devolver un duplicado de la comunicación debidamente sellado. Como escribió Federico de Castro, refiriéndose a este decreto, "la persona era reducida a la condición de cosa, y podía continuar indefinidamente privada de su libertad sin una declaración judicial"».

pasando a regular el internamiento de un presunto incapaz en el art. 211 CC, sometiéndolo a la autorización judicial[47].

3.2. Marco jurídico interno

La regulación del internamiento involuntario pasó a integrarse en el art. 763 de la nueva LEC[48].

[47] Como expone LARROSA «al afectar a un derecho fundamental, tanto a nivel nacional como internacional, el internamiento de una persona por razones psíquicas, sin perder su componente médico, debía quedar sometido a control de legalidad y de ahí la necesidad de fijar un control judicial» LARROSA AMATE, Miguel Ángel «El art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil según la jurisprudencia constitucional» en «Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España» VVAA Thomson Aranzadi 2018 pag. 584

[48] Artículo 763. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del Tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al Tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del Tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al Tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho Tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el Tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el Tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el Tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al

Los presupuestos para que pueda producirse el ingreso no voluntario serían los siguientes: que el destinatario de la medida esté afectado por un trastorno psíquico; que para garantizar su derecho a la salud sea necesario su ingreso en un centro adecuado, por existir riesgo para su persona o para terceros, y que no esté en condiciones de prestar consentimiento. Este precepto distingue un ingreso no voluntario ordinario en el que la autorización judicial es previa al ingreso y un ingreso no voluntario urgente, que en un primer momento no es judicial y debe ser acordado por decisión del profesional médico o sanitario que aprecie razones de urgencia que lo justifiquen, debiéndose después por el responsable del centro en que se haya producido darse cuenta lo antes posible y en todo caso antes de veinticuatro horas al Tribunal competente, que a su vez deberá pronunciarse en el plazo máximo de setenta y dos horas sobre su ratificación.

Existe una profusa doctrina del TC que, admitiendo la legitimidad constitucional de estos internamientos, exige el cumplimiento de tres requisitos: 1) el trastorno mental debe ser declarado por una autoridad competente con fundamento en un informe médico objetivo (debe quedar constatado); 2) debe ser de un tipo o de un grado tal que requiera el ingreso; 3) la validez de su prolongación radica en la persistencia del trastorno (vid. en este sentido SSTC nº 182/2015, de 7 de septiembre; 22/2016, de 15 de febrero; 50/2016, de 14 de marzo y 132/2016 de 18 de julio).

El art. 2 de la LO 8/2015, de 22 de julio –dando cumplimiento a lo exigido por el TC– otorgó al art. 763 LEC rango de Ley Orgánica.

Ha suscitado controversia la naturaleza de este procedimiento[49]. La Circular de la Fiscalía General 9/2015, *sobre la intervención del Fiscal*

Tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el Tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el Tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el Tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al Tribunal competente».

[49] Se ha defendido su naturaleza híbrida. En este sentido se ha considerado que no se trata «de un verdadero proceso contradictorio, sino de una autorización judicial, la que se otorga o no, en virtud de la gravedad de la enfermedad que padezca el sujeto a internamiento y si la misma pueda dar lugar a una situación de peligro tanto para el enfermo como para otras personas, con la autorización lo que se trata de proteger es fundamentalmente a la persona del enfermo, por lo que el criterio para acordar el internamiento

en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria ha clarificado la cuestión, decantándose por considerar que se trata de un proceso contradictorio autónomo al que no le es de aplicación ni la LJV ni el art. 753 LEC[50].

Es esencial el respeto a los plazos, pues la situación se asimila a la del detenido y por tanto la legalización de la situación dentro de las 72 horas se torna básica. Su prolongación supone la lesión del derecho fundamental y la posibilidad de activar el procedimiento de habeas corpus.

No debe olvidarse que lo que el Juez hace es, si se cumplen los requisitos, autorizar el ingreso, por lo que la decisión sobre su subsistencia es estrictamente médica[51]. Los médicos decidirán cuando dar el alta, sin necesidad de una nueva decisión judicial[52].

debe ser terapéutico. Tampoco nos hallamos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria, ya que el propio título del artículo 763 lo define como internamiento no voluntario, por lo que quiebra por definición el principio de consenso al que están sometidos los interesados en esta clase de expedientes El internamiento constituye una medida de control o autorización judicial, al objeto de que no se produzcan detenciones ilegales en las personas de supuestos enfermos psíquicos, a mi juicio, el tribunal no está ejerciendo una potestad propiamente jurisdiccional, sino una función expresamente atribuida por la Ley en garantía del derecho de libertad del enfermo, como establece el artículo 117.4 CE y el 2.2 LOPJ, por lo que la naturaleza jurídica del procedimiento lo podríamos definir como cuasiadministrativo» Arias García, Juan Antonio «Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico» Boletín del Ministerio de Justicia núm. 2016.

[50] Considera la Circular que «la entrada en vigor de la LJV, la derogación consiguiente de las disposiciones adicionales 3ª LOPJM y única de la Ley 13/1983, la ubicación sistemática del precepto y la presencia de nuevos procesos especiales con singularidades avala el argumento de que se trata de un proceso contradictorio al que no son aplicables las normas comunes de la jurisdicción voluntaria de la LJV ni tampoco las disposiciones del art. 753 LEC 1/2000. De hecho, en los casos en que se trate de personas en situación de dependencia, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, señala, en el art. 4.2, que «disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente, y con carácter especial de los siguientes: (…) h) Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio».

[51] Como expone Ferreirós Marcos op cit «el papel de los Juzgados debe limitarse a asegurar que los procedimientos de toma de decisiones cumplen con los derechos individuales y con los trámites procesales y no a tomar decisiones médicas».

[52] Por ello, como ha mantenido Arias García, op cit incluso «autorizada la medida de internamiento por el tribunal, si el responsable médico del centro hospitalario correspondiente deniega el ingreso del enfermo, no cabe duda alguna, que no se puede imponer el ingreso del enfermo, porque no debe olvidarse que lo que la Ley quiere es que el Juez se limite a controlar la legalidad del internamiento, tutelando el derecho a la libertad personal del enfermo, ya que la finalidad de la medida debe regirse por criterios estrictamente terapéuticos y que la decisión última sobre el mantenimiento de la medida de internamiento corresponda a los facultativos».

Debe tenerse en cuenta que la media de duración de los internamientos psiquiátricos es normalmente de muy pocos días, de entre 15 a 20 días, ya que suelen acordarse ante un brote o descompensación del paciente, y en cuanto se consigue la estabilización se le da el alta conforme a fundamentos exclusivamente médicos.

No obstante, al Juez también se le asigna, de nuevo en su papel de garante de los derechos fundamentales, controlar periódicamente que subsisten los presupuestos que legitiman la medida.

Una garantía adicional es la intervención del Fiscal como parte necesaria, por lo que tiene legitimación para instar el procedimiento y para ser parte cuando no sea el promotor. Su papel será el de defensor de la legalidad y de los derechos de la persona sometida al procedimiento. Si no es el promotor del expediente y si el sometido al mismo no designa abogado o solicita su nombramiento asumirá el papel de representante y defensor del afectado[53]. En efecto, debe partirse de que la designación es facultativa, esto es, no es preceptiva la intervención de Letrado, conforme a la interpretación de la STC 4/2016, de 26 de enero[54].

3.3. La Convención y la posición del Comité

Conforme al art. 14.1 de la Convención «los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:

a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona;

b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad».

En el apartado segundo de este art. 14 se dispone que «los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de con-

[53] En el mismo sentido, Larrosa Amate, op cit pag. 592

[54] Esta resolución deja claro que no puede equipararse el procedimiento de comparecencia previa para acordar la prisión provisional con estos trámites, que son para autorizar un ingreso por motivo médico.

formidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables».

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus «Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España» de 9 de abril de 2019 en su punto 26 «observa con preocupación […] Que el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil […] siga permitiendo que las personas con discapacidades psicosociales o intelectuales sean sometidas al internamiento involuntario en instituciones en las que se les puede privar de su libertad y pueden ser sometidas a tratamientos médicos forzados y medidas mecánicas de contención».

En su punto 27 el Comité recomienda que «el Estado parte […] revise o derogue todas las disposiciones jurídicas, incluido el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a fin de prohibir la institucionalización forzosa y los tratamientos forzosos por motivo de discapacidad y de garantizar que las intervenciones por motivo de salud mental se basen en los derechos humanos».

En nuestra opinión, el art. 763 LEC debe ser interpretada a la luz de los principios de la Convención. Sería también conveniente una revisión terminológica, siendo más adecuado hablar de ingreso que de internamiento, pero difícilmente puede suprimirse, pues dota de un marco garantista a una decisión médica –la del ingreso– que, entendemos, va a seguir siendo necesaria. No puede olvidarse que la medida está teleológicamente orientada a preservar la salud e integridad del paciente que no puede consentir, salvaguardando sus derechos de manera que la libertad personal quede afectada en el mínimo imprescindible[55].

También en los países de nuestro entorno jurídico cultural están regulados los internamientos involuntarios[56].

El Informe del CGPJ constata que «el Anteproyecto ha omitido, acaso de manera deliberada, cualquier modificación del régimen de los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico regulado en el artículo 763 LEC, y por consiguiente, ha omitido también cualquier disposición de carácter transitorio. Sin duda, esta omisión encuentra cabal explicación en los trabajos que está llevando a cabo la Sección Quinta de la Comisión General de Codificación para modificar –seguramente a través de una Ley Orgánica– el régimen de los internamientos

[55] Coincidimos con Larrosa Amate, op cit pag. 589 que sin perjuicio de las mejoras que pueden introducirse el procedimiento «es respetuoso con la dignidad y el derecho a la libertad personal de aquellos a los que se aplica».

[56] Vid. Ferreirós Marcos, op cit.

y otras medidas que afectan a derechos fundamentales en el marco del proceso civil. No obstante, sería aconsejable que la reforma sobre esta materia cuyos trabajos preparatorios se están llevando a cabo estuviera acompasada, tanto material como temporalmente, a la reforma del régimen de la discapacidad que se propone por el prelegislador».

3.4. El problema de los centros residenciales para personas mayores

Como expone Ferreirós «el estilo de vida actual (horarios laborales, trabajo de ambos cónyuges, necesidades económicas, la residencia en núcleos urbanos, viviendas poco amplias, etc) ha dado lugar a la proliferación de las residencias geriátricas. Estos lugares eran inimaginables tiempos atrás en los que, salvo en los centros de beneficencia para personas sin familia ni bienes, los ancianos permanecían en la vivienda junto a los hijos formando parte de la familia ya que ésta, a su vez, se concebía, no como familia nuclear, sino extensa».

Pese a que el número de plazas de residencias de personas mayores ha aumentado exponencialmente[57], su marco normativo no ha experimentado un desarrollo y fortalecimiento acorde, generándose en la práctica numerosos problemas y dudas[58].

La Recomendación CM/Rec(2014)2, de 19 de febrero, del Comité de Ministros del Consejo de Europa *sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores* recoge un apartado concreto sobre el cuidado residencial e institucional en el que dispone que «las personas mayores, en principio, solo deberían ser internadas para atención residencial, institucional o en establecimiento psiquiátrico con su consentimiento libre e informado. Cualquier excepción a este principio tiene que cumplir los requerimientos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en particular el derecho a la libertad y seguridad (artículo 5)».

La Fiscalía General del Estado siempre ha sostenido que el ingreso en residencias de tercera edad cuando el interesado no podía prestar con-

[57] Como se ha expuesto «en el campo específico de la tercera edad, fácil fue apreciar que, a diferencia de los restantes colectivos en que se potenciaba la desinstitucionalización, se estaba produciendo el proceso contrario, es decir, el masivo internamiento en residencias». Ferreirós Marcos, Carlos-Eloy «El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores» centro de estudios jurídicos, 2018.

[58] En el mismo sentido, Larrosa Amate, op. cit. pag. 578.

sentimiento debía ser autorizado judicialmente. La Instrucción 3/1990 de 7 de mayo, *sobre el régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad*, disponía que «la práctica de efectuar el ingreso sin el consentimiento del titular del bien jurídico que se dispone o sin que éste sea suplido por la autoridad judicial, en los casos y por las causas legalmente previstas en los artículos 200 y 211 del Código Civil, debe ser totalmente proscrita».

Algunas Audiencias rechazaron esta interpretación, que sin embargo ha sido finalmente avalada por el TC (SSTC nº 182/2015, de 7 de septiembre; 22/2016, de 15 de febrero; 50/2016, de 14 de marzo y 132/2016 de 18 de julio)[59].

La Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2017, de 6 de julio, *sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores*, aborda el tratamiento jurídico de estos ingresos, exigiendo control judicial de los mismos, no sólo cuando al tiempo del ingreso se carece de la capacidad para decidir sino también cuando se pierden las facultades con posterioridad: «la situación de demencia sobrevenida transforma el internamiento en involuntario, debiendo ser objeto de control judicial».

Para la Circular «la necesidad del control judicial de la privación de libertad no implica necesariamente la modificación judicial de la capacidad. Esta opción sólo puede justificarse, conforme a los criterios internacionales de necesidad y proporcionalidad, cuando sean exigibles medidas de apoyo que excedan del acto puntual y precisen de un contexto de protección estable. Los Sres. Fiscales se opondrán a toda interpretación formalista que no respete lo anterior».

3.5. Inspecciones de centros

En este contexto de multiplicación de personas mayores residiendo en centros, la inspección periódica y protocolizada de los mismos deviene prioritaria, con el fin de garantizar una asistencia digna y de calidad.

[59] Por lo demás tal interpretación fue refrendada legalmente a través de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia que en su art. 4, entre los derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia recoge en el nº 2 el de «decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial» (apartado g) y al «ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio» (apartado h).

El memorando de explicación de la citada Recomendación CM/Rec(2014)2 hace hincapié en la importancia de los sistemas de inspección por organismos independientes. Esta línea se desarrolla en el punto 42, en el que se dispone que «los Estados miembros deberán garantizar que existe una autoridad u organismo competente e independiente responsable de la inspección de las instituciones residenciales, tanto públicas como privadas. Los Estados miembros deberán proporcionar mecanismos de reclamación efectivos y de fácil acceso y corregir cualquier deficiencia en la calidad de la atención». El punto quince de esta Recomendación dispone que «los Estados miembros deben garantizar que todas las medidas relacionadas con la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica, incluidas las posibles restricciones que puedan ser necesarias con fines de protección, incluyen instrumentos de control apropiados y efectivos para prevenir el abuso. Los instrumentos de control deberán ser proporcionales al grado en que dichas medidas afectan a los derechos e intereses de las personas mayores».

Además de las inspecciones administrativas y las efectuadas por el Defensor del Pueblo, las Secciones de Protección de Personas con Discapacidad de las distintas Fiscalías Provinciales llevan a cabo esta labor inspectora.

La necesidad de estas visitas de inspección de las Fiscalías ya se estableció desde 1987[60] y vuelve a ser reiterada en 2016[61] y 2017[62], si bien es cierto que las limitaciones de personal hacen que las mismas no siempre alcancen a todas las residencias y no siempre se lleven a cabo con la periodicidad necesaria[63].

En el Manual de Buenas Prácticas de los Servicios Especializados del Ministerio Fiscal en la protección a personas con discapacidad[64] se contienen indicaciones sobre cómo llevar a cabo estas inspecciones. Como se establece en el mismo «en los ingresos no voluntarios realiza-

[60] Instrucciones 6/1987, de 23 de noviembre, sobre control por el Ministerio Fiscal de los internamientos psiquiátricos y en la Instrucción 3/1990, de 7 de mayo, sobre régimen jurídico que debe de regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad.

[61] Instrucción 4/2016, de 22 de diciembre, sobre las funciones del Fiscal delegado de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las Comunidades Autónomas.

[62] Circular 2/2017, de 6 de julio.

[63] Expone Ferreirós Marcos, op cit que «no se trata de visitar todos los centros, sino de hacer una programación bajo criterios objetivos de necesidad y atendiendo a la disponibilidad de personal».

[64] Disponible en la página web de la FGE fiscal.es

dos en residencias de la tercera edad y, a diferencia de lo que ocurre con las psiquiátricas, penitenciarias o de menores, la permanencia en el centro suele ser definitiva, lo que hace que las visitas periódicas que los fiscales deben realizar cobren una importancia de especial trascendencia».

En las inspecciones a los centros se cuida especialmente la supervisión de la utilización de mecanismos de contención[65].

En el Manual se hace especial referencia a la supervisión de las sujeciones y contenciones mecánicas, partiendo de que «pueden afectar directamente a derechos fundamentales de las personas con discapacidad, por ello, solo deben contemplarse como medida excepcional, respetar la

[65] En este punto se ha escrito que «la contenciones mecánicas de los ancianos mediante dispositivos perfectamente homologados son también muy comunes. Suele justificarse el empleo de estos medios para evitar accidentes pero tienen como contrapartida el condenar a la inactividad y al anquilosamiento de la persona. Hasta ahora lo que se ha propuesto para evitar abusos no son más que protocolos y manuales de buenas prácticas de modo que las contenciones mecánicas deberían estar indicadas por uno o dos facultativos, por el tiempo imprescindible y previa comunicación a los familiares o tutores de las mismas. En cualquier caso, creo que el abuso de las contenciones mecánicas o farmacológicas pueden entrañar un tratamiento inhumano o degradante contrario al derecho a la integridad moral consagrado en el Art. 15 de la Constitución» SANTOS URBANEJA, Fernando «La protección de las personas mayores. El nuevo fenómeno de la autotutela. Problemas teóricos y prácticos» CEJ, 2005

Para RUBIO RAMOS, op cit «dentro del programa Desatar al anciano y al enfermo de Alzheimer, que nació en el año 2003 motivado por las evidencias surgidas en la literatura científica que colocaban a España en el número uno del ranking de países en el uso de las sujeciones o contenciones, se constata la alta prevalencia de las mismas […] Los estudios e investigaciones realizados desde la Confederación Española de Organizaciones de Mayores (CEOMA) y otras organizaciones indican que los centros libres de sujeciones que ya existen en la actualidad demuestran que es posible la total erradicación de esa práctica sin que ello lleve consigo ni menor seguridad para los residentes ni aumento de personal. Para ello solo es preciso –de acuerdo con lo que sucede en los países de nuestro alrededor- una filosofía distinta en el modo del cuidado de los usuarios de residencias y centros sociosanitarios. En pleno siglo XXI surge la necesidad de establecer un nuevo modelo de cuidado que tenga su anclaje en el respeto a la dignidad de la persona cuidada y que supere la concepción proteccionista que coloca en la balanza la seguridad como el paradigma indiscutible con independencia de la opinión o de las querencias, preferencias y gustos de la persona protegida. Ello supone un cambio radical en la cultura de la organización que potencie o fomente la autonomía de la persona, lo que exige un ambicioso abordaje desde una perspectiva absolutamente interdisciplinar dirigida a establecer una atención integral que supone el análisis pormenorizado de las denominadas historias de vida de cada persona para analizar el origen o las causas de su posible conducta disruptiva en el centro, el establecimiento de un programas de caídas o de disminución del consumo excesivo de fármacos, entre otros, para lo que resultará imprescindible la formación y el estímulo del personal que cuida a usuarios y residentes y el contacto permanente con los familiares de estos».

autonomía y la dignidad de la persona, ser una medida temporal y llevarse a cabo por personal especializado tanto técnica como humanamente. Al menos deben realizarse siguiendo un estricto protocolo de garantías y, al menos en los casos de mayor afectación, la actividad debe ser controlable por la autoridad judicial para la valoración de que los mismos se realizan en interés de la persona con discapacidad y no por otros motivos de tranquilidad del tutor o del centro residencial. Esta necesidad de autorización judicial aumenta en el caso de oposición del tutor o representante del incapaz a la adopción de la medida. La utilización de estos procedimientos de forma incorrecta atenta directamente contra la dignidad, la integridad e incluso la vida de la persona afectada»[66].

Pese a la toma de posición del Manual de Buenas Prácticas, dentro de la Fiscalía hay opiniones –fundadas– contrarias a la necesidad de autorización judicial[67].

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus «Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España» de 9 de abril de 2019 en su punto 30 a) recomienda que el Estado parte elimine el uso de medidas de contención por motivo de discapacidad en todos los lugares.

Pese a la función inspectora desplegada por el Ministerio Fiscal, el Comité, en el punto 30 d) de sus Observaciones recomienda que el Estado parte «establezca, con la participación igualitaria y activa de las organizaciones representativas de personas con discapacidad psicosocial, un

[66] El art. 27 de la la Recomendación Rec(2004)10, de 22 de septiembre, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastorno mental establece unos principios básicos: 1) El recurso al aislamiento o a la contención sólo deberá ser utilizado en establecimientos apropiados y en cumplimiento del principio de restricción mínima , con objeto de prevenir el daño inminente a la persona concernida o a terceros y en proporción a los posibles daños. 2) Tales medidas sólo deben ser adoptadas bajo supervisión médica y documentadas de forma apropiada.3) Además: i) La persona que sea objeto de una medida de aislamiento o contención debe ser objeto de seguimiento regular ii) Las razones y la duración de tales medidas deben ser registradas en el historial clínico del paciente y en un registro iii) Este artículo no se aplica a la reclusión momentánea.

[67] No comparte Ferreirós Marcos op cit. «la necesidad de dicho pronunciamiento judicial. En primer lugar, la ley no lo exige. Estamos hablando de una intervención sanitaria que se rige por una regla general y por excepciones (arts. 8 y 9 de la Ley 41/2002). La intervención judicial en el caso del internamiento se justifica por la aplicación de los arts. 763 LEC y 5 CEDH. La ley no exige tal comunicación, de la misma forma que no exige la comunicación de la medicación que se administra o de otras modalidades de tratamiento consideradas invasivas (por ejemplo, la psicocirugía, la terapia electroconvulsiva o la administración de psicofármacos). Las recomendaciones internacionales no exigen tampoco ese pronunciamiento».

mecanismo independiente de derechos humanos que se encargue de realizar el seguimiento de las instalaciones dedicadas a la salud mental en todas las comunidades autónomas».

Estas inspecciones pueden ser especialmente eficaces para prevenir y en su caso reprimir los abusos y los malos tratos entendidos en sentido amplio en estas unidades y residencias[68].

4. Derecho a la accesibilidad

La Convención promueve decididamente los instrumentos de accesibilidad con el objetivo de facilitar la integración plena de las personas discapacitadas. La accesibilidad pasa a integrarse como derecho y la falta de accesibilidad de los entornos, productos y servicios se configura como una discriminación contra las personas con discapacidad.

El preámbulo de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, *de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad* explicaba con claridad el fundamento de este derecho: «hoy es sabido que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos […] La no accesibilidad de los entornos, productos y servicios constituye, sin duda, una forma sutil pero muy eficaz de discriminación, de discriminación indirecta en este caso, pues genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquellas que no lo son».

La Observación General nº 2 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad explica que «la accesibilidad es una condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones. Sin acceso al entorno físico, el transporte, la información

[68] El Protocolo para la detección y actuación ante situaciones de maltrato en los centros del IMSERSO define el maltrato como «cualquier acto u omisión, que causa daño o angustia, vulnera o pone en peligro la integridad física, psíquica o económica, atenta contra la dignidad, autonomi´ay respeto de los derechos fundamentales del individuo, realizado de forma intencionada o por negligencia, sobre una persona y que se produce en el marco de una relación en la que el agresor se considera en situación de ventaja o superioridad sobre la persona agredida, ya sea por razón de género, edad, vulnerabilidad o dependencia».Grupo de Trabajo Asesor de Ética Asistencial de los Centros del Imserso, 2ª Edición. Madrid, 20 de septiembre de 2017.

y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, las personas con discapacidad no tendrían iguales oportunidades de participar en sus respectivas sociedades».

5. Protección de la imagen de las personas con discapacidad

El art. 8 de la Convención se dedica a algo crucial en esta materia, la toma de conciencia: los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas;

b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida;

c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

El apartado segundo del art. 8 de la Convención incluye como medida la de «alentar a todos los órganos de los medios de comunicación a que difundan una imagen de las personas con discapacidad que sea compatible con el propósito de la presente Convención».

La Ley 7/2010 *General de la Comunicación Audiovisual* (en adelante, LGCA) en su art. 8.5 establece la obligación de 1) ofrecer una imagen ajustada, normalizada, respetuosa e inclusiva de las personas con discapacidad, en tanto que manifestación enriquecedora de la diversidad humana. 2) Evitar difundir percepciones estereotipadas, sesgadas o producto de los prejuicios sociales que pudieran subsistir. 3) Procurar que su aparición en la programación sea proporcional al peso y a la participación de estas personas en el conjunto de la sociedad.

El TC ha reaccionado frente a violaciones al derecho al honor y a la intimidad de las personas con discapacidad con vigor, reconociéndoles una protección especial. Es particularmente interesante la STC nº 208/2013, de 16 de diciembre[69], que analiza un programa tipo *late night show* en el que se entrevista a una persona con discapacidad, ridiculizándola[70]. La sentencia introduce importantes pautas: 1) «a menudo, «el

[69] Ponente Excma. Sra. Dña. Adela Asúa Batarrita.

[70] «Las actuaciones denunciadas por el Ministerio Fiscal incluyen la entrevista que el demandado, D. Jorge, realiza a D. J.C.H.A., así como la posterior difusión y reseña de

propósito burlesco, animus iocandi, se utiliza precisamente como instrumento de escarnio» y ello puede resultar vulnerador del citado derecho al honor […] el derecho al honor es una emanación de la dignidad, entendido como el derecho a ser respetado por los demás».

2) «La entrevista […] no sólo carecía de valor informativo alguno, sino que, además, fue realizada únicamente con propósito burlesco, para ridiculizar al entrevistado, poniendo de relieve sus signos evidentes de discapacidad físicas y psíquicas […]».

3) «Los derechos afectados contribuyen a preservar la dignidad de la persona […], que aquí se ha visto especialmente afectada, en atención a las circunstancias concurrentes en este caso, los derechos consagrados en el art. 18.1 que han sido invocados en la demanda han de ser puestos en conexión con el art. 49 CE […] dicho mandato debe conducir a impedir que se lleven a cabo actuaciones como la aquí descrita sobre personas afectadas de cualquier tipo de discapacidad, frente a cuyos derechos al honor y a la propia imagen no cabe oponer en este caso el amparo del derecho a la información […]».

4) «Cuando se trata […] de personas con discapacidad, es preciso tener en cuenta que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, derivada de lo dispuesto en el ya mencionado art. 49 CE, en aras a proteger el interés de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que los poderes públicos ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos. […] la valoración de si existe o no el consentimiento expreso exigido en el art. 3.1 de la LO 1/1982 como causa excluyente de la ilicitud de un derecho irrenunciable, no puede hacerse depender únicamente de una declaración judicial de incapacidad […] exige que el consentimiento sea expreso, exigencia que, en un caso como el presente, debe ser de interpre-

dicha entrevista en la página Web de la cadena de televisión Telecinco. A lo largo de la entrevista, D. Jorge formula a D. J.C.H.A. una serie de preguntas acerca de la disyuntiva entre la vocación y ganar dinero, pero en la mayoría de las ocasiones no le permite que complete una respuesta, pues interrumpe él con una respuesta o una nueva pregunta, en ocasiones contradictoria con la anterior. Llega un momento que el entrevistado se confunde y se contradice, para acabar respondiendo únicamente «hombre, por supuesto». En una segunda parte de la entrevista, D. Jorge le pregunta a D. J.C.H.A. si es un romántico y, a continuación, le pregunta muy seguido: ¿te gusta la mujer hecha y derecha?, que no sea muy ancha de espaldas, ¿no?, y que esté rasurada, ¿eh?, D. J.C.H.A. vuelve a abrumarse y, como contestación, reitera únicamente «hombre, por supuesto». Finalmente, el periodista D. Jorge le pide que mire fijamente a la cámara y explique al público lo que espera de una mujer. D. J.C.H.A. se coloca de espaldas a la cámara y D. Jorge le permite permanecer en esa posición mientras explica lo que espera de una mujer. Al fondo, se oyen risas y jolgorio».

tación especialmente rigurosa, […] en este supuesto, no basta con presumir la voluntad por el hecho de realizar la entrevista, sino que era necesario que constara expresamente el consentimiento, […] la exigencia de una garantía adicional de los derechos fundamentales en juego, que en el presente caso se concretarían en la exigencia al entrevistador de que expresamente se asegurara de que el actor, con una discapacidad física y psíquica evidente, era claramente conocedor de las características del programa en el que se emitiría la entrevista y del alcance de ésta. La exigencia de una doble garantía […] se explica por el carácter de los derechos que la Ley quiere proteger. […] es relevante también la naturaleza del programa en el que se iba a emitir la entrevista y el propio tono de la misma, un montaje burlesco elaborado al objeto del entretenimiento del público que perseguía una finalidad humorística mediante la manipulación de la persona entrevistada, por lo que la exigencia de especiales garantías no es sino coherente con las circunstancias del caso. En defecto de tales garantías la presencia voluntaria del entrevistado no podrá equipararse a un consentimiento válido y eficaz. […]la conclusión anterior no puede resultar condicionada por el hecho de que no mediara una declaración judicial de incapacitación del señor H., pues ello supondría, en definitiva, supeditar la eficacia de la previsión del art. 49 CE, y el consiguiente disfrute por parte de las personas con discapacidad de los derechos constitucionales, a la existencia de tal declaración, limitación que en modo alguno cabe extraer de la previsión constitucional».

La STC nº 158/2009, de 29 de junio[71] aborda una información de un periódico en el que en un reportaje sobre discapacidad se incluye la foto de un niño sin consentimiento de los padres. La resolución incorpora los siguientes argumentos: 1) cuando se trata, […] de la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta […] que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor […] de conformidad con el art. 20.4 CE, las libertades de expresión e información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el título I, en las leyes que lo desarrollan «y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». […] incluso ese consentimiento será ineficaz para excluir la lesión del derecho a la propia imagen del menor si la utilización de su imagen en los medios de comunicación puede implicar menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a sus intereses […] a la vista de

[71] Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Aragón Reyes.

las circunstancias concurrentes en el presente caso y a tenor de la doctrina constitucional expuesta […] el periódico […] publicó en el número correspondiente al 8 de mayo de 1997 un reportaje divulgativo sobre las actividades de la entidad Apanda, encabezado con el titular «Discapacitados» e ilustrado con una fotografía en la que se observa a una profesora del centro […] con dos niños, fotografía de gran tamaño en la que el hijo de los padres cuya demanda ha dado lugar al presentes asunto aparece en primer plano, sentado junto a otro niño, y con el rostro perfectamente visible ambos menores […] en el pie de foto se puede leer lo siguiente «Los discapacitados necesitan todo tipo de atención desde sus primeros años de vida». […] dicha fotografía, que identifica al menor como discapacitado, fue captada y difundida sin el consentimiento de los padres del menor […] siendo por ello irrelevante que la entidad titular del centro […] en el que fue tomada la imagen prestara su autorización para ello. […]la publicación de la fotografía no puede ampararse en el evidente interés social del reportaje sobre los discapacitados, ni en la buena fe y veracidad del mismo, pues ello no justifica la inclusión de una fotografía de dos menores sin el consentimiento de sus representantes legales, siendo además innecesaria la publicación de dicha fotografía para la presentación del asunto abordado en el reportaje […] por lo que no es de aplicación la exclusión del art. 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982 (accesoriedad de la imagen insertada en la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público). […] ni existe consentimiento […].

2) Cuando se trata de la representación gráfica de la figura de un menor, la apreciación de la accesoriedad prevista en el referido precepto ha de ser más restrictiva, por la especial protección del derecho a la propia imagen de los menores que establece la Ley Orgánica 1/1996.

3) El interés social o la finalidad loable que pudiera tener el reportaje son cuestiones que carecen de trascendencia para considerar la publicación no consentida de la fotografía del menor como un atentado a su derecho a la propia imagen, y que resulta igualmente irrelevante en este caso la invocación por la recurrente de la doctrina constitucional referida al concepto de información veraz.

Resulta igualmente interesante la Instrucción 1/2017, de 27 de marzo, *sobre la actuación del Fiscal para la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual*.

Conforme a la Instrucción el fin último es que la imagen sea coherente con un enfoque de derechos humanos y no con una imagen de beneficencia, de lástima o de conmiseración, lo que obliga a un tratamiento audiovisual de la discapacidad desde la dignidad humana.

El Comité de los Derechos del Niño (Observación General nº 9 [2006] sobre los derechos de los niños con discapacidad, apartado 26), ha subrayado la importancia de la utilización de los medios de comunicación para el fomento de actitudes positivas hacia los niños con discapacidad.

El apartado tercero del art. 5 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor en su redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* introduce disposiciones tendentes a proteger a los menores con discapacidad en los medios de comunicación[72].

6. Modalidades de instituciones de protección de las personas con discapacidad

6.1. Principios generales

6.1.1. Derecho vigente

Como se ha expuesto, «antes, en el sentir común de los familiares y profesionales, la incapacitación judicial de la persona con discapacidad intelectual o trastorno mental aparecía como la primera/única opción. Ahora es la opción última»[73]. La Observación General 1 (2014) del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad dice al respecto que «el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutivas a otro que se base en el apoyo para tomarlas».

[72] Los poderes públicos «velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad, diversidad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales, o que reflejen un trato degradante o sexista, o un trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad. En el ámbito de la autorregulación, las autoridades y organismos competentes impulsarán entre los medios de comunicación, la generación y supervisión del cumplimiento de códigos de conducta destinados a salvaguardar la promoción de los valores anteriormente descritos, limitando el acceso a imágenes y contenidos digitales lesivos para los menores, a tenor de lo contemplado en los códigos de autorregulación de contenidos aprobados. Se garantizará la accesibilidad, con los ajustes razonables precisos, de dichos materiales y servicios, incluidos los de tipo tecnológico, para los menores con discapacidad.

Los poderes públicos y los prestadores fomentarán el disfrute pleno de la comunicación audiovisual para los menores con discapacidad y el uso de buenas prácticas que evite cualquier discriminación o repercusión negativa hacia dichas personas».

[73] Santos Urbaneja «Dictámenes…» op cit.

Aunque no se ha desarrollado legislativamente el art. 12 de la Convención, la práctica de los Tribunales y la actuación de la Fiscalía se han sometido a la misma, partiendo de los principios de dignidad de la persona con discapacidad y de proporcionalidad en la respuesta, que impone la necesidad de buscar las medidas menos restrictivas a fin de respetar en la medida de lo posible la autonomía de las personas.

El *leading case* en la materia es la STS nº 282/2009, de 29 de abril. Se planteaba por parte del Ministerio Fiscal que a la vista de la Convención, «la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces». El TS realiza una interpretación del Derecho vigente a la luz de la Convención y declara que «la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona». El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: 1° 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. 2° 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».

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus «Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España» de 9 de abril de 2019 en su punto 22 muestra su inquietud por que «el Código Civil del Estado parte contemple la privación de la capacidad jurídica de la persona por motivo de discapacidad, y que mantenga la sustitución en la adopción de decisiones».

En su punto 23 el Comité recomienda que «el Estado parte derogue todas las disposiciones jurídicas discriminatorias, al objeto de abolir completamente los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, reconozca la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, e implante mecanismos para la adopción de decisiones con apoyos que respeten la dignidad, la autonomía, el deseo y las preferencias de las personas con discapacidad».

En España, Cataluña ha sido la primera legislación autonómica que ha incorporado la Convención a las modalidades de apoyo.

Son numerosas las resoluciones del TS en las que se invoca la Convención como filtro a través del cual interpretar el Derecho vigente. La STS nº 597/2017 de 8 de noviembre[74] considera que «se trata, como declara el art. 1 de la Convención, de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad 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. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención)».

La STS nº 298/2017, de 16 de mayo declara que el sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención.

El TS subraya «la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, que le permitan hacer una vida independiente, pueda cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, mas allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención» (*ad exemplum*, SSTS nº 600/2015, de 4 de noviembre y 553/2015, de 14 de octubre).

[74] Ponente Excma. Sra. Dña María de los Angeles Parra Lucán.

Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, conforme al art. 9.1 CC 1 «la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte». No obstante, coincidimos con que «no será aplicable en España la ley extranjera que establezca discriminaciones en materia de capacidad, ya que supondría una violación de la capacidad jurídica, que iría contra el orden público»[75].

6.1.2. Anteproyecto

El art. 248 proyectado contiene los principios generales que deben inspirar todo el sistema de asistencia a las personas con discapacidad: «constituye el objeto del presente título la regulación de las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad».

El precepto establece que las medidas de apoyo:

1) deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales.

2) solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate.

En palabras de una de las vocales de la Comisión de Codificación «como regla general, es la persona con discapacidad y sólo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su interés, incluso aunque se equivoque, pues las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás»[76].

3) deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

4) las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera.

Este es uno de los puntos que más debate generan: el desplazamiento de la decisión basada en el interés superior de la persona con discapacidad por la decisión basada en la voluntad, deseos y preferencias de la

[75] López Mora, Nuria «La graduación de la capacidad» Centro de Estudios Jurídicos

[76] García Rubio, María Paz «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio» Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pags.29 a 60

misma. El Anteproyecto prescinde de aquel y asume este criterio rector[77], alineándose con el Comité de Derechos de las personas con discapacidad[78] y separándose de la interpretación del TEDH[79].

No obstante, el interés superior de la persona con discapacidad seguiría jugando un papel importante a la hora de resolver conflictos cuando entra en concurrencia con el interés de otras personas[80].

5) procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias.

[77] En palabras de PAU op cit «la protección o el apoyo no se han de ejercitar de un modo objetivo –"en interés de las personas con discapacidad"–, sino de un modo subjetivo –"atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona"»

[78] La Observación General 1 (2014) del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad dice al respecto que «todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo» y considera que el paradigma de la voluntad y las preferencias debe reemplazar al del interés superior con el fin de que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás y que cuando no sea posible conocer esa voluntad habrá que acudir a «la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias y no al interés superior de las personas con discapacidad»

Lo explica con brillantez GARCÍA RUBIO, op cit pag. 183 «en los supuestos en los que actúe en representación o sustitución de esta, el curador estará obligado a tratar de averiguar el sentido de la decisión que hubiera tomado la persona con discapacidad si no hubiera requerido representación; para ello habrá de tener en cuenta los factores que esa misma persona hubiera tomado en consideración y no otros ajenos. Por consiguiente el motivo de la decisión no ha de descansar en lo que el curador (ni la autoridad judicial, nin ningún otro experto) pueda considerar como lo mejor para la persona con discapacidad o lo que mejor satisface su interés, sino en aquello que, tras un delicado trabajo de reconstrucción hermenéutica hubiera sido concorde con su voluntad, deseos y preferencias del necesitado de apoyo».

[79] Como expone ANDREU MARTÍNEZ con cita de la STEDH de 23 de marzo de 2017 AMV contra Finlandia, el TEDH se mantiene en una visión más tradicional en esta materia, basada en la necesidad de encontrar un equilibrio entre autonomía y protección de la persona con discapacidad» ANDREU MARTÍNEZ, Mª Belén. «La protección de las personas mayores diez años después de la Convención de la ONU» en «Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España» VVAA Thomson Aranzadi 2018 pag. 538.

[80] En este sentido, para PAU, op cit «si entran en colisión el interés de la persona con discapacidad y el interés de otras personas, tendrá primacía o preferencia el primero. El Tribunal Supremo, aplicando ese criterio, ha considerado «interés más relevante» (S. 216/2017, de 4 de abril, con cita de la de 1 de julio de 2014, que reitera la de 19 de noviembre de 2015), o «interés superior», «interés que se encuentra por encima de cualquier otro» (S. 3925/2017, de 8 de noviembre) el de la persona con discapacidad (en esos casos se contraponía el interés de la persona con discapacidad al interés de los llamados a ejercer la guarda)».

6) fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

6.2. La tutela

6.2.1. Régimen vigente

Conforme a la jurisprudencia se mantiene la tutela pero se aplica sólo a los supuestos más necesitados de protección[81].

La STS nº 69/2018, de 7 de febrero[82] declara que «la tutela corresponde a una limitación total del alcance de la capacidad y la curatela a supuestos […] en el que la sentencia refiere una limitación parcial del alcance de la capacidad (además de fijar la idoneidad de la curatela también como sistema de apoyo en los actos de la esfera personal), y en ningún caso una situación de discapacidad total que justificaría el sometimiento a la tutela».

«La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas» (STS nº 597/2017 de 8 de noviembre).

Conforme a la STS nº 341/2014, de 1 de julio[83] «cuando proceda la incapacidad total, porque no exista ninguna faceta de la autonomía de la persona con discapacidad que esta pueda realizar por sí sola o, cuando menos, auxiliada o supervisada por otra, la guarda legal que corresponde constituir es la tutela. En estos casos, como el presente, la persona que será designada tutor asume la representación legal de la persona incapacitada, en la medida que resulte necesaria para los intereses de esta última» pero incluso en estos casos debe ejercerse esta representación atendiendo «a las preferencias de la persona discapacitada, que se puedan haber manifestado con anterioridad o que de algún modo puedan serlo en ese momento, y siempre bajo el control judicial».

En todo caso, el tutor no representa en aquellos actos que sólo pueden ser realizados por la persona discapacitada, en especial para el ejer-

[81] Se ha defendido que «no se puede desterrar este sistema de sustitución porque si queremos evitar una regulación abstracta y rígida seguirán existiendo supuestos en los que sea necesario acudir a una representación legal». Anguita Ríos, Rosa María «La protección del discapacitado no incapacitado» LA LEY 5690/2013.

[82] Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

[83] Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

cicio de los derechos personalísimos y respecto de los actos que puede realizar por sí conforme a la sentencia de incapacitación[84].

El contenido de la tutela abarca tanto el cuidado y la atención personal como la administración patrimonial (arts. 269 y 270 CC). El cuidado y la atención personal derivan del deber del tutor de velar por la persona con discapacidad.

Ejemplo de procedencia de la tutela como sistema más intenso de apoyo puede encontrase en la STS nº 596/2017, de 8 de noviembre (persona de edad avanzada, con diagnóstico de Alzheimer y dependencia funcional severa).

La propuesta de modificación del CC elaborada por la Asociación de profesores de Derecho Civil en mayo de 2017 sugería mantener la tutela de forma excepcional para los casos en que resulte imprescindible un apoyo permanente y representativo por carecer la persona absolutamente de facultades de discernimiento.

6.2.2. La tutela en el Anteproyecto

El vigente art. 222 CC prevé la tutela para los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad, para los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido, para los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela y para los menores que se hallen en situación de desamparo.

El Anteproyecto restringe notablemente el ámbito de la tutela, suprimiéndola para los mayores de edad[85] pues en el proyectado art. 199 la prevé

[84] Para Del Río, op cit «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 qué 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».

[85] Desde este enfoque se ha considerado que «creemos necesario avanzar ya en nuestro país hacia un sistema de apoyo en la toma de decisiones, en el que la denominada representación sea solo un apoyo de último recurso para los casos en los que resulte

exclusivamente para los menores no emancipados en situación de desamparo y para los menores no emancipados no sujetos a patria potestad.

El informe del Consejo Fiscal considera que «se trata de respetar los derechos de los discapacitados, eliminando del ámbito de la discapacidad la tutela, pues como subraya la Exposición de Motivos, son «figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de protección de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone»…La limitación de la tutela para los menores visualiza, y ello es igualmente positivo, que no pueden equiparase en su tratamiento jurídico a los menores y a las personas con discapacidad».

6.3. La curatela

6.3.1. Régimen vigente

Conforme al art. 289 CC la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido. El art. 290 CC dispone que si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial.

El CC la reservaba para casos puntuales de prodigalidad o de discapacidad leve. Tras la Convención adquiere otros contornos, ensanchando su base aplicativa.

En efecto, la curatela, por su flexibilidad, permite dar la máxima operatividad a la graduación de las medidas[86]. Esta necesidad de graduación tiene una dimensión procesal, exigiendo el despliegue de una sóli-

imprescindible» ANDREU MARTÍNEZ, Mª Belén. «La protección de las personas mayores diez años después de la Convención de la ONU» en «Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España» VVAA Thomson Aranzadi 2018 pag. 552.

[86] Como el estado mental de una persona admite distintos grados de discernimiento, la pérdida de autogobierno podrá ser total o parcial, esto es, referida a algunas actividades vitales y no a otras. Esa es la esencia del necesario ajuste de la determinación judicial de la capacidad a las concretas necesidades de protección de cada persona. Se llega así al concepto de «graduación de la incapacidad» para que el resultado sea el traje a la medida de cada persona discapaz, idea que se ha convertido ya en un elemental designio de todas las resoluciones judiciales en esta materia (STS 458/2018, de 18 de julio).

da actividad probatoria para llegar a conocer exactamente la situación de la persona y sus necesidades[87].

El curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial, o, en otro caso, ha de entenderse que se extiende a los mismos actos en que los tutores precisen previa autorización judicial (vid. STS nº 995/1991, de 31 de diciembre[88]).

La curatela se instaura también tras un proceso de modificación de la capacidad, pero su propio objeto lo hace mucho menos estigmatizante e invasivo (vid. SSTS nº 298/2017, de 16 de mayo ; 530/2017, de 27 de septiembre; 118/2018, de 6 de marzo).

Es la modalidad que se aplica preferentemente en la actualidad[89], aunque como se expuso *supra*, pese a esta preferencia la tutela sigue aplicándose[90].

[87] La STS nº 341/2014, declara en este sentido que «es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera [con el papel determinante de la exploración judicial] una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda».

[88] Pte Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

[89] La STS nº 557/2015, de 20 de octubre declara que «la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención, por la curatela […], en el entendimiento […] que en el Código Civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que el amparo de lo previsto en el artículo 289 CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad».

Como se ha expuesto «trata de salvaguardar al máximo la libertad de la persona protegida, respetando hasta donde resulta posible, la capacidad de obrar de la persona atendida por ella» Varela Autrán, Benigno «La Convención, la tutela y el control del patrimonio protegido» CGPJ Cuadernos Digitales de Formación 13 - 2016.

[90] En este sentido Guilarte Martín Calero op cit ha considerado que «creer que la asistencia es la fórmula estándar aplicable a todas las situaciones que pueden originarse en la práctica es un grave error que aboca a la desprotección de todas aquellas personas que necesitan, para el adecuado ejercicio de su capacidad, la sustitución de su voluntad En esta línea interpretativa se enmarca la actual línea jurisprudencial que defiende la asistencia como régimen preferente, sin desconocer la procedencia de la sustitución en aquellos otros casos en los que la iniciativa negocial no puede mantenerse en la persona protegida».

Como quiera que la Convención es ya Derecho interno y en tanto se publica la esperada reforma, la Instrucción de la FGE 3/2010, de 29 de noviembre, *sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas* declara que la curatela interpretada a la luz de la Convención, adaptada al principio del superior interés de las personas con discapacidad, constituye el instrumento actual más idóneo para dotar del apoyo y asistencia precisos para complementar las necesidades de aquellas […] La curatela ofrece al juez un mecanismo eficaz para determinar las medidas de apoyo que permitan a las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica. Esta institución está constituida por un marco graduable y abierto de posibilidades, en función de las necesidades y circunstancias precisas para la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta […] El curador no suple la voluntad de la persona afectada, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y que estén especificados en la sentencia, por lo que su función no es de representación, sino de asistencia y protección, en tanto que presta su apoyo e intervención únicamente en aquellos actos especificados en la sentencia… Sin duda, seguirán planteándose situaciones en las que no será posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales resultará necesario tomar una decisión en su nombre, pero la misma habrá de tomarse como consecuencia de la situación concreta, no de la incapacitación genérica».

Es importante subrayar que ya en la actualidad se ha asumido que para considerar a una persona con discapacidad a efectos de dotarle de apoyos no es imprescindible una resolución judicial que lo declare, a la vista del concepto del Convenio (STS nº 31/2017, de 19 de enero). Ya la STS nº 372/2014, de 7 de julio dejó claro que podía pronunciarse la sentencia en el proceso matrimonial sobre los alimentos debidos a la persona con discapacidad aunque no hubiera resolución judicial que así la calificara.

La flexibilización con la que se contempla por la jurisprudencia la curatela trae consigo las siguientes derivaciones:

1) Se admite una curatela con funciones de representación. (STS 597/2017, de 8 de noviembre)[91].

[91] En todo caso, la curatela no puede extenderse en ningún caso al testamento, al tratarse de un acto personalísimo, ni tampoco a la autorización para contraer matrimonio (STS 124/2018, de 7 de marzo, entre otras).

2) puede aplicarse como apoyo idóneo para el ámbito de supervisión del sometimiento del incapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad (STS 124/2018, de 7 de marzo).

3) no se circunscribe a la esfera patrimonial, pudiendo aplicarse a la esfera personal/asistencial (STS nº 216/2017, de 4 de abril).

4) en el ámbito patrimonial, la intervención del curador no se limita a los actos a que se refiere el art. 290 CC. Antes al contrario, puede extenderse a todos aquellos en los que sea precisa la asistencia (STS nº 298/2017).

Ejemplo de aplicación de la curatela lo encontramos en la STS nº 530/2017, de 27 de septiembre, que cambió la tutela por la curatela en un caso de síndrome de Down con déficit intelectual ligero/moderado, que afectaba a decisiones sobre la salud, hábitos e higiene, horarios básicos, estancia residencial y formación.

También la citada Instrucción 3/2010 consideró que «la curatela constituye en la actualidad un instrumento adecuado para dar las respuestas exigidas por la Convención a las situaciones de modificación de la capacidad de la persona, toda vez que el curador no suple la voluntad de la persona con discapacidad, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y estén especificados en la sentencia, en la cual, incluso, se puede conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, manteniendo, no obstante, sus facultades para ejecutar los demás actos de esta naturaleza por ella misma».

Los apoyos en aspectos personales deben construirse sobre la base de la obligación de los guardadores de velar por la persona con discapacidad.

El curador deberá ejercer su cargo siguiendo pautas «que podrían resumirse en cinco palabras: escuchar, informar, explicar, respetar y acompañar»[92].

6.3.2. Anteproyecto

El Anteproyecto otorga a la curatela el papel de institución de apoyo básica de las personas con discapacidad.

[92] Munar Bernat, Pedro A. «La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad» Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pags.121-152.

La Exposición de Motivos subraya que «el propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las figuras de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general».

Como subraya el informe del Consejo Fiscal «en el nuevo diseño que el Anteproyecto hace de la curatela, pueden tener cabida todos los supuestos de discapacidad. La curatela de mayor intensidad incluiría la sustitución de la voluntad del discapacitado, y su consiguiente representación. También puede abarcar supuestos de menor intensidad, que comprendería actuaciones de mera asistencia»[93].

El art. 267 proyectado establece que la autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiera la intervención del curador, según sus concretas necesidades.

[93] Se ha recordado como «la posibilidad de una curatela representativa no es extraña a nuestro ordenamiento, pues se encuentra ya explícita en el art. 150.2 del Código de Derecho Foral de Aragón y aunque con menos claridad, parece también recogido en el art. 223-6 del Código Civil de Cataluña» García Rubio, María Paz «La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al art 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad» Anales de la Academia Matritense del Notariado» Tomo LVIII, curso 2007-2008 pag. 167.

Para Magariños Blanco «la nueva regulación del Anteproyecto acoge, dentro del ámbito de la curatela, todos los supuestos de discapacidad, desde el que necesita apoyo más intenso, que incluye la sustitución de la voluntad del discapacitado, hasta el que necesita una mera asistencia para poder comunicarse o relacionarse, por dificultad de movilidad. Sin distinguir, de modo sistemático, como lo hacen otros ordenamientos, como el suizo, las diversas clases o tipos de curatela, según la intensidad del apoyo: curatela de representación, de acompañamiento, de cooperación y general (que comprende todos los asuntos personales y patrimoniales)». Magariños Blanco, Victorio «Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad» Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pags. 199-225.

Para Pereña Vicente «La transformación…» op cit «la curatela que se consagra es una curatela «proteiforme», que puede implicar, únicamente, complemento de capacidad o representación, cuando así sea necesario. Esta transformación de la tutela en curatela representativa, hace que la institución sea más flexible, lo que es un acierto y termina con la rigidez propia de las instituciones clásicas, que es uno de los motivos que provocan el recurso excesivo a la tutela […] La innovación mayor, insistimos, es situar la voluntad y preferencias de la persona en el centro del sistema, en el eje central de todas las instituciones de apoyo, impliquen o no representación».

Como se ha expuesto, a diferencia de la sentencia de incapacitación «la resolución judicial que determine los apoyos necesarios no tendrá carácter constitutivo, esto es, no modificará el estado civil»[94].

Se asume por tanto la posibilidad de una curatela representativa[95] pero aún en esos casos el curador no sustituye sin más a la persona con discapacidad, sino que «debe tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que presta apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración»[96].

6.4. Rehabilitación y prórroga de la patria potestad

6.4.1. Derecho vigente

Aunque no hay muchos pronunciamientos expresos del TS sobre la compatibilidad de la rehabilitación de la patria potestad con la Convención de Nueva York, la STS nº 600/2015, de 4 de noviembre, con cita de las de 29 de abril 2009 y 24 de octubre 2013, resuelve que la situación del discapaz permitía rechazar la medida de rehabilitación de la patria potestad aplicada a una persona mayor de edad con incapacidad parcial, porque implicaba una medida de contenido y alcance desproporcionado,

[94] Pacheco Jiménez, María Nieves «Del tradicional procedimiento de incapacitación a la modificación judicial de la capacidad de obrar y la alternativa de la provisión de apoyos» en VVAA «Discapacidad intelectual y capacidad de obrar», Tirant Lo Blanch, 2019 pag. 57.

En sentido contrario, para Pallarés Neila «la sentencia dictada en un proceso sobre provisión de medidas de apoyo a las personas con discapacidad, sigue siendo a nuestro juicio constitutiva, ya que altera una realidad jurídica preexistente: que toda persona al cumplir 18 años, tiene plena capacidad de obrar o, en terminología de la Convención, se encuentran en el pleno ejercicio de su capacidad jurídica» Pallarés Neila, Javier «La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos» Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pags.153-171.

[95] Como con acierto se ha expuesto por Munar Bernat op cit «tan contrario a la CDPD es abusar del sistema de representación, como no recurrir a él cuando sea necesario, porque «el apoyo» es la finalidad perseguida, no la medida en sí; de ahí que ese apoyo en alguna ocasión exige una intervención mínima mientras que en otros casos necesita de la representación porque es la única vía para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica»

[96] Munar Bernat op cit

terminológico y jurídico, sobre las medidas de apoyo que realmente se precisaban para complementar la capacidad en ese caso.

La STS nº 403/2018, de 27 de junio[97] implícitamente admite la patria potestad prorrogada.

En nuestra opinión su aplicación debiera ser restrictiva y reservada para supuestos de discapacidad severa que requiera representación generalizada[98].

6.4.2. Anteproyecto

El Anteproyecto suprime el art. 171 CC, relativo a la patria potestad prorrogada. La Exposición de Motivos del Anteproyecto explica la supresión de modo convincente: «se eliminan del ámbito de la discapacidad, no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de protección de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores que, en la mayor parte de los casos, morirán antes que él; a lo que se añade que cuando los progenitNores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera».

Para el Informe del CGPJ «la consideración de las personas con discapacidad como titulares plenos de capacidad jurídica y de capacidad de obrar conduce a suprimir el artículo 171 CC y, por tanto, la patria potes-

[97] Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

[98] En este sentido GUILARTE MARTÍN CALERO op cit ha defendido que «hoy, a la luz de los principios europeos contenidos en la Recomendación de 1999 y en los artículos 3 y 12 de la Convención de Nueva York, parece aún más adecuado reservar la rehabilitación y prórroga de la patria potestad para aquellos casos en los que la necesidad de protección sea coincidente con la dispensada por ésta durante la minoría de edad, por tanto, cuando se requiera la representación y administración legal, de lo contrario será preferible optar por la curatela, y así permitir a los operadores jurídicos identificar la protección en función del sistema constituido judicialmente».

tad prorrogada y la rehabilitación de la patria potestad. Se ha de insistir en la conveniencia de articular, en el sistema de protección y apoyos a las personas con discapacidad, mecanismos de protección de carácter familiar que resulten eficaces y eficientes, y que contribuyan a disminuir la sobrecarga de los órganos judiciales; e incidiendo en ello, cabe sugerir al prelegislador que valore la posibilidad de establecer este tipo de medidas, siquiera limitadas a aquellos casos de discapacidad grave, con afectación profunda, prolongada e irreversible de las facultades cognitivas, intelectivas y volitivas».

6.5. Guarda de hecho

6.5.1. Régimen vigente

El art. 303 CC dispone que «[…] cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación […] de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores […]».

2. Procederá la declaración de situación de desamparo […]de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los […] 239 bis».

En la práctica, mediante la guarda de hecho, recibe asistencia un elevado número de personas con discapacidad[99]. Su existencia y pervivencia es acorde con la filosofía de la Convención, al posibilitar medidas de apoyo sin necesidad de judicializarlas.

El contenido ordinario del guardador de hecho se desenvuelve «en el ámbito personal, siempre que el presunto incapaz lo precise, teniendo el deber de cuidarlo, preocupándose de su alimentación, asistencia médica, formación y, en la medida en que sea posible, promoviendo la adquisición o recuperación de su capacidad. Por lo que respecta al ámbito patri-

[99] En el mismo sentido, VARELA AUTRÁN, op cit que considera que «los notarios, a través de un Acta de Notoriedad podrían legalizar la situación de la guarda de hecho».

monial administra los bienes del presunto incapaz, pero venderlos, arrendarlos, o realizar algún otro acto de disposición sobre los mismos son actos discutidos doctrinalmente en comparación con las facultades representativas del tutor. Por el contrario, sí puede efectuar pagos ordinarios como los suministros de agua, luz o gas, o el coste de la estancia en un centro, preferiblemente a través de una domiciliación bancaria»[100].

La posibilidad de otorgar judicialmente facultades de representación a los guardadores, introducida por la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, es sin duda un paso adelante en el reconocimiento de esta figura[101].

Realmente, cuando interviene el Juzgado –bien estableciendo medidas de control y vigilancia, bien otorgando facultades tutelares– puede decirse que la guarda de hecho pasa a ser de derecho, siendo lo más interesante que tal mutación no tiene por qué implicar la apertura de un procedimiento judicial para hacer una evaluación integral de la persona y de sus necesidades[102].

La propuesta de modificación del CC elaborada por la Asociación de profesores de Derecho Civil en mayo de 2017 optaba por impulsar las salvaguardas extrajudiciales frente a los apoyos judiciales siempre que aquellas sean suficientes para la protección de las personas con discapacidad.

Se ha encontrado un reconocimiento adicional de la guarda de hecho en la Ley de dependencia de 2006, al contemplarla en su art. 2 como «la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada», disponiendo en su art. 18 que «cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar […] se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares»[103].

[100] Anguita Ríos, «La protección…» op cit.

[101] Como se ha expuesto la reforma constituye «un desafío al espíritu claudicante con el que el legislador había dotado hasta ahora a la figura de la guarda de hecho, al elevarla […] a la consideración de cargo tutelar a añadir al elenco de figuras que recoge el art. 215 CC […] puede aportar los ingredientes necesarios para convertir la guarda de hecho en una figura capaz de adaptarse con facilidad y rapidez a las diversas situaciones en que el guardado precise de los apoyos necesarios en el ejercicio de su capacidad jurídica» Liceñana Ibarra, Ascensión «La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad» en «Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España» VVAA Thomson Aranzadi 2018 pag. 561

[102] En el mismo sentido, Liceñana Ibarra, op cit. pag. 565

[103] Pau, op cit

6.5.2. Anteproyecto

La doctrina abogó por un fortalecimiento y una regulación más completa de la guarda de hecho[104]. El Anteproyecto se ha quedado a medio camino.

La guarda de hecho se configura como una situación permanente cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad.

Para la Exposición de Motivos «la realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente atendida por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea».

Quizás peca el Prelegislador de un exceso de optimismo vital y fe incondicional en el guardador, lo que le lleva a relajar las posibilidades de control. Se olvida de que –es la condición humana– a veces se producen también abusos[105].

En palabras del Informe del CGPJ la guarda de hecho «pasa a ser una genuina institución jurídica de apoyo sin el revestimiento de una investidura judicial formal» y que «se potencia y […] permite la asistencia al discapacitado de manera cercana y continuada sin necesidad de inter-

[104] ANGUITA RÍOS, «La protección…» op cit postulaba «una regulación más completa del guardador de hecho, dando un giro a su concepto. No es posible cerrar los ojos ante una situación que en la práctica es la que más se da en los casos de discapacidad, y que, además, suele funcionar bien en interés del discapacitado. Es preciso desde luego establecer para esta figura un cierto apoyo y control institucional. Al menos en ciertos casos, su empleo podría eliminar la necesidad de un procedimiento de incapacitación sin que ello supusiera menoscabo alguno para los intereses del discapacitado».

[105] Reflexiona MAGARIÑOS, op cit sobre que «es cierto que, sobre todo si se trata de guarda de hijos o nietos por los padres o abuelos, la guarda se suele hacer con afecto y generosidad. Pero conviene no olvidar que en la sociedad actual son muchas las familias con problemas de relación, y también muchos los casos de desatención familiar, sobre todo si se trata de asistencia a padres y abuelos […] En muchos casos cumplen con la asistencia a modo de obligación, que de buena gana «permutarían»; de todo lo cual, podría ser consciente el propio discapacitado, que, en tales casos, observa con tristeza el estado de ánimo del «cuidador».Son muchos los casos, tratándose de personas mayores, en que lo hijos los «dejan» en una residencia. O delegan la asistencia en personas ajenas a la familia, extrañas, a veces doblemente, por el idioma; que, aun teniendo dotes de trato afectivo y de asistencia, no dejan de provocar problemas de comunicación, que tan importante es para las personas mayores, aisladas y temerosas».

vención judicial fuera de aquellos casos en que el guardador haya de sustituir y representar a la persona con discapacidad».

El proyectado art. 261, segundo párrafo dispone que será necesario contar con la autorización judicial para que la persona que ejerza la guarda de hecho acredite la representación de la persona asistida. Esta autorización judicial, que será otorgada en expediente de jurisdicción voluntaria, podrá «comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo». En el párrafo cuarto del art. 261 se prevé que «no será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar».

En nuestra opinión debiera preverse la posibilidad de autorización judicial para actos puntuales que vayan más allá de la mera administración ordinaria, ampliando las posibilidades de esta figura, cuyas ventajas desjudicializadoras son evidentes.

El Informe del CGPJ considera que debiera aclararse que «queda dispensada de la autorización judicial la realización de actos de disposición sobre bienes de escasa relevancia económica o carentes de especial significado personal o familiar que no precisen la acreditación de la representación de la persona con discapacidad».

6.6. Defensor Judicial

El defensor judicial *de lege data* defiende a las personas discapacitadas en situaciones de conflicto de intereses y cuando por cualquier causa, el tutor o curador no desempeñasen sus funciones y hasta tanto se resuelva la situación, teniendo siempre una actuación puntual y de naturaleza transitoria.

El Anteproyecto le da una nueva configuración, ampliando su radio funcional, pues el último párrafo del art. 249 dispone que el nombramiento de defensor judicial procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

6.7. Asistencia al pródigo

Conforme a la Exposición de Motivos del Anteproyecto la prodigalidad se regula «al margen de la discapacidad, por tratarse de una institución absolutamente ajena a ella».

Se define la prodigalidad como «aquella situación en que se encuentra una persona cuya conducta se caracteriza por la habitualidad en la disipación de los bienes propios, malgastándolos de forma desordenada» (art. 298).

En la resolución que declare la prodigalidad se nombrará a la persona que haya de asistir al pródigo y determinará los actos que este no puede realizar sin el consentimiento de quien deba asistirle».

En valoración que compartimos, el informe del CGPJ pone en duda que la prodigalidad deba quedar al margen de la discapacidad.

Algunos autores han propuesto extender la figura del asistente, nombrado a través de un sencillo procedimiento de jurisdicción voluntaria y a petición del interesado, a otros supuestos de discapacidad de menor intensidad[106].

6.8. Anulabilidad de contratos

El Anteproyecto da una nueva redacción al art. 1163 CC[107], estableciendo que «el pago hecho a una persona que estuviese en situación de precisar medidas de apoyo para recibirlo, aunque estas no estuvieran establecidas, será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad».

Como expone el informe del Consejo Fiscal «el precepto proyectado dota de mucha más protección a las personas con discapacidad pues la subordinación de la validez a su utilidad opera exista o no resolución judicial».

El Anteproyecto modifica también el nº 4 del art. 1301 CC al que da la siguiente redacción: «la facultad de anular el contrato caducará a los cuatro años y este tiempo empezará a computarse: […] cuando la facultad se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad, desde que dejen de precisar apoyo para celebrar el contrato. En todo caso, no podrá ejercitarse pasados cinco años desde la celebración del contrato».

Para el informe del Consejo Fiscal «el Anteproyecto no solo actualiza la terminología sino que añade un límite temporal a la acción de nuli-

[106] En este sentido, MAGARIÑOS, op cit que considera que «en la relación de las medidas de apoyo, se echa de menos, a mi juicio, la regulación de la «asistencia» como institución diferenciada de la curatela y del defensor judicial. Como una medida a utilizar no sólo en los casos de la vieja y poco «considerada» prodigalidad, sino en los variados y múltiples casos en los que no es necesaria la denominada con la antigua y poco clarificadora palabra curatela».

[107] El vigente dispone que «el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad».

dad de contratos celebrados por personas con discapacidad: cinco años desde la celebración del contrato. La nueva previsión cuyo fundamento es –entendemos– reforzar la seguridad jurídica supone sin duda una menor protección de los intereses de los discapacitados […] Debe valorarse positivamente que la nueva redacción del precepto al emplear el término «caducará», zanja definitivamente las dudas sobre si el plazo era de prescripción o de caducidad.

Con agudeza señala el informe del CGPJ que «el nuevo modelo significa reconocer a las personas con discapacidad como verdaderos actores sociales y en el tráfico jurídico y económico […] implícitamente significa también la asunción del riesgo de ver incrementadas las acciones de anulación o de rescisión de los actos y negocios jurídicos realizados por la persona con discapacidad, en un control a posteriori de la validez del consentimiento prestado y del acto o negocio jurídico perfeccionado».

7. El derecho de autoprotección

7.1. Ideas generales

Considero incontestables las conclusiones de Santos Urbaneja, que partiendo de que «las nuevas generaciones ya hemos asimilado que nuestros hijos no nos van a tener en sus casas», considera que «seguramente con buenas intenciones se ha querido organizar la vida de los demás sin detenerse a pensar que cada vida es algo propio y genuino, construido a golpe de biografías irrepetibles e insondables, sólo conocidas por su protagonista. Es hora de colocar las decisiones en quien debe decidir, ni en la familia, ni en el Estado; en el propio afectado»[108]. Entramos en el terreno de la que también se ha denominado «autogestión de la discapacidad»[109].

En efecto, puede decirse que el reconocimiento desde el Código Civil a la autotutela y a los poderes preventivos es una muestra de respeto a la autonomía de la voluntad y a la libertad individual.

Las distintas figuras que pueden agruparse bajo la abrazadera de la autotutela serán especialmente útiles para personas que se encuentren en los estadios iniciales de enfermedades degenerativas como el Alzheimer o la demencia senil.

[108] Santos Urbaneja «La protección…» op cit.
[109] Escarpín Ipiens, op cit.

Las conclusiones de la VII Jornada Notarial Iberoamericana (Veracruz, 1998) otorgan al derecho de autoprotección la categoría de derecho fundamental.

En todo caso, la regulación de la autotutela debe buscar un equilibrio entre la autonomía de la voluntad y la intervención de la autoridad pública, precisamente para velar por el cumplimiento de la voluntad del mandante cuando ya ha perdido sus facultades[110].

La introducción de estas posibilidades de autoprotección tuvo lugar a través de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad* (LPPD), que lo hizo mediante una mínima reforma de los arts. 223 y 234 CC.

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 define estas figuras como «la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación».

En la regulación de la autotutela subyace la necesidad de respetar la voluntad del afectado y por ello la STS nº 298/2017, de 16 de mayo[111] declara que «junto a la autotutela, no hay que descartar, además, que si la persona afectada por discapacidad está en condiciones de hacerlo, exprese su predilección acerca de quién prefiere que asuma el cargo de tutor o curador en el mismo momento en el que se va a proceder a su nombramiento […] Una lectura de nuestro derecho con arreglo a los principios de la Convención de Nueva York conduce fácilmente a esta interpretación. De una parte porque el juez debe oír a aquél cuya tutela o curatela se pretenda constituir […] y, de otra, porque conforme al art. 12.4 de la Convención, las salvaguardias que se adopten «asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona […] Esta manifestación de voluntad expresada en el momento de constitución de la tutela o la curatela no tiene la eficacia de la autotutela otorgada previamente en escritura pública, pero puede ser relevante como un criterio que permita al juez apartarse motivadamente del orden legal establecido para el nombramiento de tutor y curador. Por ejemplo porque, en aten-

[110] Como se ha escrito «hay que buscar el equilibrio perfecto entre el respeto al libre desarrollo de la personalidad y la tutela judicial, porque sería un contrasentido sustituir al Juez cuando sólo él puede garantizar, en todo caso, que se va a respetar la voluntad y las decisiones tomadas por quien ya no tiene capacidad para exigir tal respeto» Pereña Vicente, Montserrat. «La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?» Diario La Ley AÑO XXVIII. Número 6665. Martes, 6 de marzo de 2007.

[111] Ponente Excma. Sra. Dª. M. ª Ángeles Parra Lucán.

ción a las circunstancias, resulta beneficioso para el interés de la persona con discapacidad que el apoyo sea prestado por una persona de su confianza y cariño, de modo que su interés quede protegido de manera más adecuada siguiendo sus preferencias. Para reconocer la eficacia de esta voluntad basta con que la persona goce de la capacidad suficiente para manifestar tal preferencia».

Ejemplo del peso, con independencia de la autotutela, de la voluntad de la persona con discapacidad es la STS nº 487/2014, de 30 de septiembre[112]: «de forma clara y rotunda ha dicho reiteradamente que quiere vivir con su hijo, no con su hija. También, que la estancia con ella se acabó y no quiere volver. No se trata de que por razones nimias, consecuencia de su enfermedad, la señora Olga no quiera estar con su hija. Es, cualquiera que sea el motivo de esa decisión, la expresión del deseo de vivir con uno concreto de sus dos hijos, para lo que conservaba en la fecha de la sentencia recurrida el nivel de discernimiento suficiente. Y como Dª Olga ha sido incapacitada solo en lo que se refiere a los actos de contenido patrimonial y a las decisiones sobre su salud, ninguna razón existe para que una expresión de voluntad tan clara no sea atendida».

Podrán también incluirse en estos documentos las denominadas instrucciones previas para el ámbito sanitario-asistencial[113].

[112] Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Calvo Cabello.

[113] La Ley 41/2002, de 14 noviembre, de autonomía del paciente dispone en su art. 11 que:

1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.

3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.

5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio

Se ha sintetizado la nueva regulación del Anteproyecto sobre la autoprotección en tres principios: 1) Preferencia de la autorregulación sobre la heterorregulación, es decir, de la regulación privada sobre la regulación legal o judicial. 2) Posibilidad de coexistencia de medidas de autorregulación con medidas de heterorregulación, cuando aquellas sean insuficientes. 3) No sometimiento de la autorregulación a control judicial previo, sino sólo a la posibilidad de control judicial posterior[114].

7.2. Autotutela

7.2.1. Derecho vigente

Conforme al vigente art. 223 CC «[…] 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».

Conforme al art. 224 CC «las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez, al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada».

Puede definirse la autotutela como «la facultad o legitimación que se concede a la persona para que, en previsión de su futura incapacitación, configure y organice un régimen tutelar según considere más oportuno dentro de los límites previstos legalmente»[115].

de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

[114] PAU, op cit.

[115] VAQUER ALOY, Antoni «La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre» Diario La Ley nº 5961.

Esta voluntad debe ser expresada en escritura pública, que contendrá la designación de una persona para que, en caso de una futura modificación judicial de la capacidad, se le encomiende la función de prestar los apoyos que procedan.

Conforme a la STS nº 298/2017, de 16 de mayo «para el nombramiento de tutor se prefiere en primer lugar al designado por el propio interesado conforme al párrafo segundo del art. 223 CC. Por tanto, la voluntad expresada en escritura pública dirigida a designar a una persona para que, en caso de una futura modificación judicial de la capacidad, se le encomiende la función de prestar los apoyos que procedan […] debe ser respetada por el juez, que solo motivadamente puede apartarse de las preferencias expresadas por el interesado cuando su propio beneficio así lo exija […]».

Pese a su enorme potencial, la autotutela no ha sido utilizada hasta la fecha de una forma cuantitativamente relevante[116].

Entendemos que pueden realizar disposiciones sobre la autotutela los mayores de catorce años, pues a los mismos se les reconoce capacidad para otorgar testamento[117].

Para que las previsiones sobre autotutela se pongan en marcha es necesario –a diferencia del sistema de Derecho Foral Catalán[118]– que las

[116] Subraya ANGUITA RÍOS, «Discapacidad…» op cit que «en la autotutela destacan dos cuestiones que repercuten en su utilización, por un lado el escaso conocimiento social de esta institución, de ahí los pocos pronunciamientos jurisprudenciales que existen sobre la materia; por otro lado, la falta de mentalización generalizada de que estas enfermedades degenerativas también nos pueden afectar, por lo que no se prevé la incapacitación futura. Si a ello sumamos el carácter restrictivo con el que se abordarán los cambios en la capacidad de obrar da como resultado una figura jurídica de carácter muy residual»

[117] En este sentido VAQUER ALOY, op cit ha escrito que «en cuanto a la capacidad de obrar necesaria, no hay duda de que los mayores de edad y los menores de edad emancipados están legitimados, pues la capacidad de éstos se asimila a la de aquéllos, salvo los actos que puedan provocarles un empobrecimiento patrimonial, por lo que en la esfera personal se rigen como mayores de edad (es, pues, «suficiente»). En cuanto a los menores mayores de catorce años, si gozan de capacidad para otorgar testamento notarial (art. 663.1.º CC) y, por consiguiente, para nombrar tutores a sus hijos, ya que, por otra parte, el art. 223.I CC se refiere a los «padres» sin especificar una edad en concreto, señalando que podrán organizar la tutela de sus hijos en testamento, habrá que concluir que gozan asimismo de capacidad para ordenar la autotutela».

En el mismo sentido, ANGUITA RÍOS, «Discapacidad…» op cit.

[118] Como se ha expuesto «desde un punto de vista conceptual, la autotutela puede configurarse de dos modos muy diferentes. En España existen ejemplos de ambos. Por una parte, el legislador catalán, ha incorporado a su ordenamiento jurídico el sistema que concede mayor ámbito a la autonomía de la voluntad. Configura la autotutela como un modo de delación que excluye el nombramiento por el juez, de modo que su intervención es subsidiaria. Por el contrario, en el sistema del Código Civil, este planteamiento

mismas sean convalidadas por la autoridad judicial en la decisión recaída en el proceso de modificación de la capacidad del disponente[119]. La autoridad judicial está, no obstante, vinculada por las disposiciones del interesado y sólo muy justificadamente puede apartarse de las mismas.

El TS se ha pronunciado sobre la motivación necesaria para apartarse de la designación hecha por el interesado en escritura pública (SSTS nº 504/2012, de 17 de julio y 373/2016, de 3 de junio).

En cuanto a la forma, es necesario otorgar escritura ante Notario[120], que deberá comprobar que el interesado tiene capacidad suficiente. Teniendo en cuenta que será habitual que el otorgamiento se lleve a cabo cuando ya se ha diagnosticado una enfermedad degenerativa, será frecuente la impugnación de estos actos, por lo que es importante emplear el máximo rigor en la constatación de la capacidad[121].

Cabe igualmente la denominada «autotutela negativa» por la que la

no es válido; el tutor siempre es nombrado por el juez. Esto no significa que el mismo no esté vinculado por la designación hecha por el propio interesado: lo está, aunque, excepcionalmente puede prescindir de la misma» PEREÑA VICENTE, Montserrat «El nuevo papel de la autonomía de la voluntad en la protección de los incapacitados en el Código Civil español y francés» Boletín del Ministerio de Justicia núm. 2040.

[119] En este sentido, para VAQUER ALOY, op cit «la eficacia de la designación de tutor para sí mismo y de las disposiciones adoptadas en relación con la persona o el patrimonio requiere que se pronuncie una sentencia firme de incapacitación de la persona […] Puede suceder, sin embargo, que la extensión de la incapacitación de acuerdo con la sentencia judicial no coincida con la previsión realizada por la persona en el documento notarial, como si previera el nombramiento de un tutor mientras que la sentencia de incapacitación lo somete al régimen de curatela en atención a sus condiciones psíquicas. En estos casos procede conceder la máxima eficacia posible a la voluntad del sujeto, en consonancia con la finalidad de la institución, e integrar la voluntad expresada adecuándola a la realidad imprevista, de modo que, en el ejemplo propuesto, se nombre curador a la persona designada tutora en el documento público, sin que sea de recibo una interpretación estrictamente literal de la voluntad del interesado».

[120] Como expone PEREÑA VICENTE, «El nuevo papel…» op cit «esta garantía de autenticidad creemos es necesaria para una medida de tanta trascendencia porque, además del juicio de identidad, el notario asesora sobre las consecuencias de la designación y realiza un juicio de capacidad».

Para VARELA AUTRÁN op cit «será obviamente el notario el que, una vez más, habrá de ponderar la suficiencia de la capacidad».

[121] En este sentido ANGUITA RÍOS, «Discapacidad…» op cit ha considerado que «puesto que la ordenación de la autotutela requiere el otorgamiento de documento público notarial, será el notario quien deba analizar la capacidad de la persona. No obstante, hay que partir de la capacidad de las personas mientras no se haya pronunciado una sentencia firme de incapacitación, aunque ciertamente, y más tratándose de personas que pueden estar afectadas por una enfermedad degenerativa, podrá atacarse el acto probando que la persona otorgante carecía de capacidad natural en el momento del otorgamiento».

manifestación de voluntad se limita a excluir de los cargos tutelares a quienes de entre los llamados se considere oportuno, sin designar a quien deba ejercer el cargo[122].

El al art. 224 CC dota de una potencial gran amplitud a las reglas por las que haya de regirse la autotutela, pues se refiere a que «podrá adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes» que pueden ensancharse haciendo uso de la previsión analógicamente aplicable prevista para los padres para «establecer órganos de fiscalización de la tutela» (art. 223 CC). Debe en todo caso entenderse que no cabría una supresión total de la salvaguarda por parte del Juez y de la vigilancia por parte del Fiscal. Otra solución rompería con el sistema del CC y colocaría al así tutelado en una posición de extrema vulnerabilidad.

Con fundamento se ha expuesto que debe permitirse a los parientes próximos impugnar la designación realizada por el interesado en atención a un cambio sustancial de las circunstancias concurrentes en el momento en el que este manifestó su voluntad[123].

No obstante, incluso ante la estimación de una impugnación por cambio sustancial de circunstancias habrá de procurarse la conservación de las disposiciones del ordenante no afectadas por ese cambio, de modo que se respete, en la medida de lo posible, su voluntad.

En nuestra opinión, debe operarse con pautas exegéticas que den la máxima operatividad a la voluntad del interesado, siempre que no puedan volverse contra su propio interés[124]. Por ello entendemos que el interesado puede, mediante la autotutela, exonerar al interesado de

[122] En el Anteproyecto expresamente se prevé como causa de inhabilidad para ser curador el haber sido excluido por la persona necesitada de apoyo (art. 269 en relación con el art. 273).

[123] Para VAQUER ALOY op cit «puesto que se trata de enfermedades degenerativas, y el ejercicio de la legitimación tiene lugar cuando el sujeto se halla en plenitud de sus facultades mentales, puede haber transcurrido un período de tiempo durante el cual las circunstancias que tuvo en cuenta el sujeto hayan experimentado modificaciones importantes. El art. 224 CC contempla insuficientemente esta posibilidad, pues pueden existir circunstancias que aconsejen prescindir de la delación realizada por el propio incapacitado, como por ejemplo el divorcio de su cónyuge designado tutor, mientras que el precepto se limita a señalar que el juez, en beneficio del incapacitado, podrá no quedar vinculado por las disposiciones del autotutelado. Sin embargo, el juez puede desconocer el cambio en las circunstancias. El art. 172.2 CF es más previsor, pues legitima expresamente a las personas llamadas legalmente a ejercer la tutela a poner en conocimiento del juez estas circunstancias. Sin embargo, creo que a la misma solución puede llegarse conjugando el art. 224 CC con el art. 771 LEC en su nueva redacción otorgada por la Ley 41/2003, y dándoles una interpretación finalista».

[124] En este sentido, para DEL RIO op cit «la mera enunciación de posibles campos de actuación hace pensar que lo dispuesto en el art. 271 CC, cuando enumera todo aquello

someterse al régimen de autorizaciones previsto en los arts. 271 y ss CC. La doctrina se divide[125].

Aunque sólo se prevé expresamente la designación de tutor, debe entenderse comprendida la facultad de designar curador, conforme al argumento *a maiore ad minus*[126].

También podrá el interesado designar para sus apoyos una o más personas.

7.2.2. Anteproyecto

De la Convención también deriva el principio de potenciar la eficacia de la voluntad expresada por las personas para proveerse de apoyos en caso de necesidad futura. Este principio fue asumido por la Comisión

que el tutor no puede hacer sin autorización judicial, queda supeditado a lo que haya establecido el propio incapaz al designar su sistema tutelar […]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».

[125] En este sentido, para Del Río op cit «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 […]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».

Para Jiménez Clar es admisible «que el administrador no necesite, para los actos que determine el propio interesado las autorizaciones a que se refieren los arts. 271 y 272 del Código Civil. De este modo, el futuro incapaz puede dotar a la administración de su patrimonio de la agilidad que estime conveniente. Así mismo, podrá el interesado establecer las medidas de fiscalización de la Administración de sus bienes que considere oportunas, sustituyendo la autorización judicial por el consentimiento de una o varias personas» Jiménez Clar, A. J., La autotutela y los apoderamientos preventivos, en la publicación de las «Jornadas sobre la nueva Ley de Protección Patrimonial de Discapacitados», Instituto Valenciano de Estudios Notariales, 2005, págs. 115-157, pág. 143.

En sentido contrario, para Pereña Vicente «La autotutela…» op cit «no compartimos la opinión […] que entiende que se puede aplicar a la autotutela un mecanismo previsto para la administración del patrimonio protegido, permitiendo que el interesado, en el momento de la constitución, suprima la necesidad de autorización judicial. No creemos que la autonomía de la voluntad llegue tan lejos en una reforma de mínimos como la que ha llevado a cabo el legislador».

[126] En esta línea Varela Autrán, op cit «no dice nada la Ley sobre la posibilidad del nombramiento de autocurador que, en cambio, aparece admitido por el Código de Familia de Cataluña. En principio no parece que concurran obstáculos insalvables para ello, en razón al principio de que quien puede lo más -designar tutor- debe poder lo menos -designar un curador».

General de Codificación e incorporado al Anteproyecto[127].

El proyectado art. 269 dispone que «cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de que se produzca alguna de las circunstancias a las que se refiere el artículo 248 podrá, en escritura pública, proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador.

Podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, dispensa de la obligación de hacer inventario y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.

Una vez instado el procedimiento de provisión de apoyos, no tendrá eficacia la propuesta de nombramiento de curador, si bien la autoridad judicial deberá tener en cuenta las preferencias manifestadas por la persona necesitada de apoyo».

El art. 270 proyectado dispone que «la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de las mismas, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, y siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció, o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones».

Se incorpora expresamente la que podría considerarse autocuratela negativa (limitada a excluir a personas llamadas en abstracto).

Para la constitución de la curatela será necesaria la intervención de la autoridad judicial, aunque su facultad de decisión quede limitada por las disposiciones del proponente.

Para el Consejo Fiscal «los supuestos que permiten prescindir parcialmente de las disposiciones son demasiado rígidos. Debieran introducirse parámetros de mayor flexibilidad para permitir la modificación de estas disposiciones, subordinándola a que concurra causa suficientemente justificada, al máximo respeto posible a la voluntad del disponente y en atención al interés de la persona discapacitada».

Un tema discutido es el de si el disponente puede derogar las normas

[127] En este sentido, «la prevalencia de la voluntad del interesado implica el carácter prioritario de las medidas de apoyo que establezca la propia persona en previsión de su futura discapacidad» García Rubio, María Paz «La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al art 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad» Anales de la Academia Matritense del Notariado» Tomo LVIII, curso 2007-2008 pag. 175.

por las que se rige la curatela. El Consejo Fiscal consideró en su informe que «[…] la regulación de la autocuratela también se considera en general acertada y acorde con la nueva filosofía que preside la materia. No obstante, debiera precisarse si las normas generales que regulan la curatela vinculan al disponente o si por el contrario deben considerarse derecho dispositivo»[128].

El informe del CGPJ subraya cómo «la autocuratela, si bien es relevante en orden a la designación del curador y a la determinación del funcionamiento y contenido de la curatela, no exime de la intervención judicial para su provisión y para la concreción de su contenido y ejercicio (artículos 267, 269, 274 y 285 AL)».

La necesidad de escritura pública es conveniente desde el punto de vista de la seguridad jurídica[129].

7.3. Poderes preventivos

7.3.1. Derecho vigente

Además de la autotutela se regulan en el art. 1732 CC los denominados poderes preventivos. Dispone el párrafo segundo de este precepto que «el mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor».

La introducción de estos poderes rompe con otro dogma del Derecho

[128] Escarpín Ipiens, op cit, miembro de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación explica que en el seno de la misma «se soslayó el debate sobre el carácter imperativo o dispositivo de tales normas». Este autor defiende «la prevalencia de la voluntad del declarante en la autocuratela, sobre el régimen general, como principio. Con excepciones precisas y concretas que deberán constar en la resolución de la autoridad judicial».

[129] En este sentido se ha pronunciado Escarpín Ipiens, op cit que considera que «es adecuada para la seguridad jurídica preventiva, en lo referente a los títulos jurídicos de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad; cumple además con los principios constitucionales de seguridad jurídica y con los principios que en la misma línea mantiene la Convención de Nueva York en su artículo 12, cuando al anunciar las medidas de salvaguardia, previene los sistemas de control jurisdiccionales y públicos para hacerlos efectivos».

civil: el de que la representación voluntaria exige un mandante con capacidad[130].

Estos poderes preventivos suponen un ensanchamiento de la autonomía de la voluntad, aún de mayor calado que la autotutela, pues operarán sin necesidad de ser convalidados a través de un procedimiento judicial. Precisamente por esa reducción de las potestades de la autoridad han sido criticados por un sector doctrinal[131]. En todo caso debe defenderse la posibilidad de intervención judicial cuando existiendo ya una limitación de la capacidad el apoderado estuviera abusando o haciendo mal uso del poder.

Como ventajas se han señalado las siguientes: «a) No sólo se cuenta con representación, sino que además es la elegida por el propio afectado evitándose así discrepancias y conflictos […] b) Evita además tener que acudir al penoso procedimiento de incapacitación para, una vez constatada esta situación, nombrar u representante (tutor) para que sustituya la voluntad y la iniciativa del tutelado de cara a procurar su bienestar y protección»[132].

El CC no exige expresamente el otorgamiento mediante escritura pública y ello ha llevado a algún autor a entender que no es, en principio, necesaria[133].

La Ley 1/2009, de 25 de marzo modificó la Ley del Registro Civil y

[130] En este sentido PEREÑA VICENTE, «El nuevo papel…» op cit ha considerado que «la revolución es, en primer lugar, de orden conceptual, ya que la representación legal es la que ha estado hasta el momento, reservada a las situaciones en las que era necesario suplir la ausencia de capacidad de una persona, mientras que la representación voluntaria derivada del mandato exigía, como requisito para su nacimiento y para su supervivencia, precisamente lo contrario: la capacidad del mandante. Las nuevas incorporaciones legislativas rompen este planteamiento y convierten el mandato en instrumento de protección de los incapaces».

[131] Para PEREÑA VICENTE, «La autotutela…» op cit «aunque reconocemos el esfuerzo del legislador por atender a los problemas de protección del incapacitado, creemos que se ha equivocado totalmente al admitir estos poderes, tal y como los configura, por tres motivos: el primero porque escapan totalmente al control judicial. Segundo, porque dejan al poderdante incapaz totalmente desprotegido frente a terceros ya que, a pesar del poder, podrá concluir negocios jurídicos perjudiciales cuya validez se va a presumir. Tercero, porque impiden la impugnación a posteriori de los actos que el representante o el propio incapaz hayan realizado».

[132] SANTOS URBANEJA «La protección…» op. cit.

[133] Para DEL RÍO FERNÁNDEZ op cit «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 1280 CC puede, en parte, paliar este proble-

dio la siguiente redacción al art. 46: «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». En nuestra opinión, la introducción de este precepto afianza la interpretación conforme a la que el poder preventivo exige necesariamente la escritura pública para su constitución.

De la regulación del art. 1732 CC pueden extraerse dos modelos de mandato preventivo: uno puro (también denominado poder normal con cláusula de subsistencia[134]) y otro sometido a condición.

El poder sometido a condición plantea el problema de cómo se determina el *dies a quo* a partir del que empieza a surtir sus efectos. El art. 1732 CC da una (incompleta) pista: la incapacidad del mandante debe ser «apreciada conforme a lo dispuesto por éste»[135].

Hay general acuerdo en entender que el poder puede habilitar al apoderado para realizar los actos previstos en el art. 271 CC sin necesidad de solicitar autorización judicial, salvo, claro es, la posibilidad de inter-

ma 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».

[134] Vid. MAGARIÑOS, op cit.

[135] Expone DEL RÍO FERNÁNDEZ op cit que «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».

Por su parte, PEREÑA VICENTE, «El nuevo papel…» op cit subraya que «frente al régimen resultante del Código Civil español, en el que el mandante puede determinar cómo se apreciará su incapacidad, el régimen introducido en el Code, institucionaliza el modo en que se cumple la conditio iuris que permite la eficacia del mandato: cuando quede establecido que el mandante no puede velar solo por sus intereses, para lo cual, el párrafo segundo 16 del artículo 481 exige que el mandatario remita al secretario del tribunal de instancia el mandato y un certificado médico en el que se certifique que el mandante se encuentra incurso en una causa de incapacitación. Una vez visado el mandato, se lo restituye al mandatario».

nar. Puede aprovecharse el poder para incorporar al mismo el testamento vital.

7.3.2. Anteproyecto

El proyectado art. 251 CC dispone que «cualquier persona mayor de edad o emancipada, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo. Podrá igualmente otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador.

Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.

Los documentos públicos referidos serán comunicados de oficio y sin dilación al Registro Civil, para su constancia en el registro individual del otorgante».

El art. 258 dispone que «los poderes preventivos a que se refieren los artículos anteriores habrán de otorgarse en escritura pública»[136].

El art. 256 dispone que «cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos, y el curador si lo hubiere, podrán instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador».

El Anteproyecto opta pues por potenciar las posibilidades de los poderes preventivos[137] limitando –que no excluyendo– las posibilidades de intervención judicial. En cuanto a la activación del poder preventivo

[136] Para MAGARIÑOS op cit «la intervención notarial es una garantía de seguridad para su otorgante. El Notario deberá asesorar sobre las ventajas y problemas que puede plantear su otorgamiento. Pues el apoderado podría encontrarse sorpresivamente sometido a todas las obligaciones de un curador».

[137] Expone GARCÍA PAZ «Las medidas…» op cit que «esta clase de documentos y, singularmente, los poderes preventivos, muestran el potencial de la voluntad de la persona para diseñar, hasta el detalle más nimio, el modelo de apoyo que le será dispensado en el futuro cuando, de acuerdo con los criterios que ella misma establezca, ya no pueda tomar decisiones por si sola. Tal es la soberanía de la voluntad en este tipo de negocios que bien puede decirse que ni siquiera el testamento la supera, pues son bien conocidos los límites imperativos que, al menos en el ámbito del Código civil, constriñen la citada soberanía en el acto de última voluntad, límites que aquí resultan inexistentes».

condicional, se opta por dar la máxima operatividad a la voluntad del poderdante[138].

8. Capacidad para otorgar testamento

8.1. Última jurisprudencia

Conforme a la jurisprudencia del TS la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento. La afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre (vid. *ad exemplum* STS nº 20/2015, de 21 de enero[139]).

La STS nº 535/2018, de 28 de septiembre, analiza la validez de un testamento abierto otorgado antes de que hubiera ganado firmeza la sentencia de incapacitación parcial sin los requisitos del art. 665 CC. La sentencia recurrida había declarado la nulidad del testamento, precisamente porque el testamento no cumplía esas exigencias, pero el TS estima el recurso de casación: considera que la sentencia que modifica la capacidad de obrar solo es eficaz desde que adquiere firmeza (de ahí la imposibilidad de su ejecución provisional ex art. 525.1.1º LEC) y, en consecuencia, limita el presupuesto de hecho del art. 665 CC a las sentencias de modificación de la capacidad que sean firmes, lo que implica que si el testamento se ha otorgado en el período que media entre el dictado de la sentencia y su firmeza, no podría ser impugnado válidamente por la ausencia de los requisitos formales del juicio de capacidad, sino solo por la falta real de capacidad para testar[140].

En ocasiones el TS ha extendido la función asistencial del curador a los actos de disposición *mortis causa*. Así por ejemplo, podemos leer en la STS nº 600/2015, de 4 de noviembre[141] que «precisará del curador

[138] En este sentido para García Paz «Las medidas…» op cit «la concreción de la llegada de la situación de necesidad del apoyo no podrá dejarse a la decisión de un tercero, ni siquiera de una autoridad judicial o de otro tipo, sino que se juzgará conforme a las previsiones del propio poderdante, sin necesidad de homologación judicial»

[139] Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

[140] En el mismo sentido, STS nº 234/2016, de 8 de abril

para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, de aquellos actos de especial trascendencia (actos de disposición patrimonial, compraventa de inmuebles, donar, testar, matrimonio, manejar armas, conducir vehículos, manejo de cantidades de dinero mayores de las habituales...)».

Esto ya no parece posible. Dispone la STS nº 146/2018, de 15 de marzo[142] que partiendo de que el testamento es un acto personalísimo […] ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento. Conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar testamento, debe atenderse al estado en el que el testador se halle al tiempo de otorgar el testamento (art. 666 CC). Por eso, el testamento hecho antes de la «enajenación mental» es válido (art. 664). Por eso también el notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (art. 685 CC). Con el fin de garantizar la suficiencia mental del testador, para el otorgamiento de testamento por la persona con la capacidad modificada judicialmente el art. 665 CC impone una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos.

En la misma línea, la STS nº 362/2018, de 15 de junio[143] declara que no se extiende la curatela a los actos de disposición mortis causa, al ser el testamento un acto personalísimo y no especificase por la sentencia recurrida cual sería la intervención del tutor, ahora curador[144].

El carácter de acto personalísimo del testamento está expresamente reconocido en el vigente artículo 670 CC, conforme al que «el testamento es un acto personalísimo; no podrá su formación, en todo ni en parte

[141] Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana,

[142] Ponente Excma. Sra. Dª. M. ª Ángeles Parra Lucán

[143] Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz. Cita también en el mismo sentido la STS 597/2017, de 8 de noviembre

[144] Ya la STS nº 597/2017 de 8 de noviembre Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán consideró que «la sentencia recurrida mantuvo la limitación de la capacidad de D. Elsa fijada en la primera instancia para […] para otorgar testamento. Estas limitaciones no pueden ser mantenidas, pues no solo no se motiva qué circunstancias concurren en D.ª Elsa para adoptarlas sino que, adoptadas genéricamente, son contrarias a los principios que rigen la protección de las personas con discapacidad. […] Por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de testamento habrá que estar a lo dispuesto en el art. 665 CC , conforme al cual el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad. […]

al arbitrio de un tercero, ni hacerse por comisario o mandatario».

8.2. Regulación en el Anteproyecto

Conforme al vigente art. 663 CC están incapacitados para testar los menores de catorce años y el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

Conforme a la redacción dada al art. 663 por el Anteproyecto: «no pueden testar:

1.° La persona menor de catorce años.

2.° La persona que en el momento del otorgamiento tenga afectadas las facultades de discernimiento necesarias para ello».

Conforme al vigente art. 665 CC «siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad».

El Anteproyecto da a este artículo la siguiente redacción: «si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos facultativos que previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud».

Según el informe del Consejo Fiscal «el precepto proyectado parte de la improcedencia de la inhabilitación judicial *ex ante* para testar, exigiendo que se analice esa capacidad en el momento de hacer el testamento»[145]. La nueva regulación, entendemos, es acorde a la concepción de la Convención de no privar de derechos a las personas con discapacidad.

9. Capacidad para contraer matrimonio:

Decía Agatha Christie que *lo más razonable que se ha dicho sobre el matrimonio y sobre la soltería es esto: hagas lo que hagas te arrepentirás*. Teniendo en cuenta que ni los más cuerdos, en este ámbito, están

[145] Para García Rubio, op cit pag. 185 «en el nuevo sistema no es correcta una incapacitación judicial ex ante para testar, de modo que dicha capacidad ha de ser juzgado únicamente en el momento de testar por el notario, y en su caso, por los facultativos que este designe.

exentos de cometer errores y equivocarse, y sobre todo, en tanto acto personalísimo, no es conveniente establecer umbrales altos respecto del consentimiento.

El art. 23.1 de la Convención dispone que «los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás […]. Este mismo precepto en su letra a) dispone la obligación de los Estados signatarios de asegurar que se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges.

El art. 56 CC dispone que «quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código.

Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

Interpretando el texto del vigente art. 57 CC la STS nº 145/2018, de 15 de marzo[146] declara que a pesar de que con la incapacitación desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad (arts. 322 y arts. 199 CC y 756 a 762 LEC), siempre que puedan prestar consentimiento matrimonial pueden celebrar un matrimonio válido tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas. Es decir, la discapacidad intelectual, per se, no determinan la falta de consentimiento matrimonial ni, por ello, la nulidad del matrimonio. Puesto que lo decisivo es la capacidad para expresar un consentimiento matrimonial referido a la persona del otro contrayente, la ausencia de informe médico tampoco determina per se la nulidad del matrimonio. No obstante, con dictamen médico o sin él, en ningún caso se excluye el ejercicio de una posterior acción judicial de nulidad en la que con todo medio de pruebas se valore la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio[147].

En ocasiones el TS ha extendido la función asistencial del curador al

[146] Ponente Excma. Sra. Dª. M.ª Ángeles Parra Lucán

[147] La STS nº 145/2018, de 15 de marzo concluye que «no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimo-

matrimonio[148].

Entendemos que esta concepción ha quedado superada. La naturaleza de acto personalísimo del consentimiento matrimonial implica que ni puede sustituirse por el tutor ni completarse por el curador. Por ello, la sentencia de modificación no debería nunca privar del derecho a contraer matrimonio[149].

Confirma este planteamiento la STS nº 597/2017 de 8 de noviembre[150], que considera que «la sentencia recurrida mantuvo la limitación de la capacidad de D. Elsa fijada en la primera instancia para contraer matrimonio […] Estas limitaciones no pueden ser mantenidas, pues no solo no se motiva qué circunstancias concurren en D.ª Elsa para adoptarlas sino que, adoptadas genéricamente, son contrarias a los principios que rigen la protección de las personas con discapacidad. […] Para el matrimonio, hay que tener en cuenta que nuestro Derecho, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, no contempla la privación de la capacidad para contraerlo ni en consecuencia prevé que la persona con capacidad limitada requiera autorización judicial para que compruebe su capacidad […] En ausencia de norma expresa que permita privar

nial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio favor matrimonii. Los hechos relevantes que habían quedado probados no podían ceder ante el informe forense del que resultaba que la enfermedad impedía, a otros efectos, gobernarse por sí mismo, porque, como se ha indicado, ni la modificación de la capacidad ni la discapacidad intelectual son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud para celebrar el matrimonio».

[148] Así la STS nº 600/2015, de 4 de noviembre Pte.: Seijas Quintana, José Antonio declara que «precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, de aquellos actos de especial trascendencia (actos de disposición patrimonial, compraventa de inmuebles, donar, testar, matrimonio, manejar armas, conducir vehículos, manejo de cantidades de dinero mayores de las habituales...)».

[149] En el mismo sentido para Guilarte Martín Calero op cit «la sentencia no debería tener incidencia sobre la capacidad de la persona protegida para contraer matrimonio o reconocer hijos, pues para la celebración de tales actos deberá acreditarse la capacidad natural de entender y querer exigida a un menor en el mismo momento en que se pretenda realizar tal acto. Por ello parece más oportuno que el Alto Tribunal prescinda en su pronunciamiento de la capacidad para contraer matrimonio, vivir en pareja, reconocer hijos pues se trata de una medida desproporcionada y contraria a los postulados de la Convención (ex art. 23 CIPCD), se prohíbe la realización de un acto que el ordenamiento jurídico permite si se acredita la capacidad suficiente y, en consecuencia, deberá preservarse la capacidad y no negar a priori su realización».

[150] Ponente Excma. Sra. Dª. M.ª Ángeles Parra Lucán.

«in genere» de la capacidad para contraer matrimonio, debe considerarse que las personas con enfermedades mentales o deficiencias sí pueden contraerlo cuando puedan prestar válido consentimiento matrimonial, cuando posean la capacidad natural de entender y querer la unión matrimonial, lo que es posible tanto si la persona está incapacitada (lo confirma el art. 171.4.º CC como cuando, sin estarlo, adolezca de alguna deficiencia psíquica. Así resulta del tenor del art. 56 CC vigente que exige que quienes deseen contraer matrimonio acrediten previamente que reúnen los requisitos de capacidad exigidos y, si alguno de los contrayentes está afectado por anomalías psíquicas, se exige dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento».

La decisión sobre contraer matrimonio, testar o votar integran la categoría de actos personalísimos que no admiten representación. Debe consignarse que esta doctrina tiene sus excepciones y así el TC ha estimado el amparo en su STC nº 311/2000, de 18 de diciembre, a los padres, con patria potestad rehabilitada para solicitar el divorcio de su hija privada de capacidad de decisión por motivo de enfermedad, doctrina que vuelve a aplicarse en STC nº 625/2011 de 21, de septiembre.

La teoría de los actos personalísimos puede, pues, modular su operatividad en los casos en los que negación de la representación puede generar situaciones graves de indefensión[151].

La disposición final 1.9 de la Ley 15/2015, de 2 de julio da una nueva redacción al art. 56 CC, que entrará en vigor en la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, *del Registro Civil*, según establece la disposición final 21.3 de la Ley 15/2015, en la redacción dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio. Tendrá vigencia, en principio, desde el 30 de junio de 2020[152].

Conforme a la nueva redacción: «el Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpreta-

[151] En este sentido, Santos Urbaneja «La protección…» op cit.

[152] Esta regulación de la vacatio legis de este precepto es difícilmente compatible con la seguridad jurídica exigible en una disposición que regula los requisitos de una institución básica como es el matrimonio, presentando dificultades para poder determinar la concreta fecha de entrada en vigor. La fecha que aportamos es la que asume el Código Civil consolidado de la Base de Datos de El Derecho y la que asume también el Informe del CGPJ en su conclusión sexagésimo primera.

ción y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

Pese a la ciertamente rocambolesca redacción del precepto parece que su *ratio* es clara en el sentido de no poner trabas al matrimonio de las personas con discapacidad salvo en casos extremos.

En cualquier caso, el supuesto de hecho previsto para recabar dictamen –que concurra una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedir prestar el consentimiento– hará al mismo superfluo, si seguimos el brocardo *notoria non egent probationem*.

10. Salud sexual

10.1. Esterilizaciones

El art. 23.1 c) de la Convención dispone la obligación de los Estados signatarios de asegurar que las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.

La posibilidad de esterilizar a personas con discapacidad que no pueden prestar consentimiento ha sido tradicionalmente regulada en el Código Penal, como excepción a la punibilidad de las lesiones consentidas.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad había mostrado sus reticencias a esta regulación[153], por lo que fue objeto de una reforma restrictiva en 2015.

El art. 156 CP dispone ahora que «[…] no será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcio-

[153] Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 19 de octubre de 2011: «El Comité insta al Estado parte a que suprima la administración de tratamiento médico, en particular la esterilización, sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa, del paciente, y a que vele por que la legislación nacional respete especialmente los derechos reconocidos a las mujeres en los artículos 23 y 25 de la Convención».

nales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil».

Conforme a la Disposición Adicional Primera de la LO 1/2015, de 30 de marzo «la esterilización a que se refiere el párrafo segundo del art. 156 del Código Penal deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento».

En el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo se explica que «se da un mejor tratamiento a la esterilización acordada por órgano judicial, que se circunscribe a supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos. El nuevo art. 156 se remite a las leyes procesales civiles, que regularán los supuestos de esterilización de la forma más adecuada y garantista para los derechos de las personas afectadas. En tanto se dicte esta nueva normativa, se mantendrá la vigencia de la actual regulación que contempla el Código».

Desde siempre la Fiscalía General había interpretado esta cláusula desde el respeto a los derechos de la persona con discapacidad. La Consulta 1/1991, de 31 de enero, *sobre aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas* declaraba que el dictamen del Fiscal «deberá tender siempre a defender los derechos que todo deficiente tiene a la integración social y al pleno desarrollo de su personalidad en todas las esferas de la interrelación humana, incluida la de la sexualidad, para que pueda situarse en un plano de igualdad con las demás personas. Desde esta perspectiva, la medida de esterilización cumple su verdadera finalidad, y el Fiscal se opondrá a que la autorización esterilizadora pueda fundarse en intereses contrarios o distintos a los del incapaz. El criterio del mayor interés y bienestar legitimador de las esterilizaciones deberá tenerse siempre en cuenta como norma limitadora y garantista […] Si el Ministerio Fiscal ejerce en el campo de la protección de los incapacitados y desvalidos una de sus funciones más importantes e insustituibles, cuando se trate de casos como el que es objeto de consulta, debe mostrar una especial sensibilidad y cautela, por lo que sus informes en esta materia, especificativos y claros, tendrán siempre en cuenta no sólo el contenido del dictamen de los especialistas, a los que no se halla vinculado, sino también otros datos o circunstancias extraídas del examen del expediente, sin olvidar las condiciones familiares y sociales del incapaz».

Debe tenerse en cuenta que se trata de una intervención no voluntaria, en el sentido de que se practica sobre personas cuyo consentimiento se considera insuficiente. No significa que se opongan o que no presten su asentimiento.

Está excluida su utilización con fines eugenésicos y ningún órgano estatal está legitimado para promoverla.

La medida ha superado en dos ocasiones el filtro de constitucionalidad (STC nº 215/1994, de 14 de julio[154], y ATC nº 261/1998, de 24 de noviembre). En la primera de las sentencias, el TC señala expresamente que la norma es «plenamente legítima desde la vertiente teleológica»[155].

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus «Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España» de 9 de abril de 2019 en sus puntos 33 y 34 declara que «el Comité está profundamente preocupado por el hecho de que las mujeres y niñas con discapacidad sigan siendo sometidas a esterilizaciones y abortos forzosos. Asimismo, le preocupa al Comité que en el Estado parte se practiquen tratamientos médicos sin el consentimiento libre y con conocimiento de causa de la persona […] y, además, insta al Estado parte a derogar el artículo 156 de la Ley Orgánica 10/1995, para así eliminar completamente la administración de esterilizaciones, tratamientos médicos e investigaciones a todas las personas con discapacidad sin el consentimiento libre y con conocimiento de causa de la persona».

Se trata de un punto que requiere de un análisis sosegado en el que deben intervenir no sólo juristas, sino también expertos en bioética, médicos y asociaciones representativas de las personas con discapacidad[156].

[154] Pte.: García-Mon y González-Regueral, Fernando

[155] Álvarez García, op cit pag. 31 no obstante considera «la probable inconstitucionalidad de la esterilización forzosa […] por conculcar el artículo 15 de la Norma Suprema […] interpretada de acuerdo con el art. 23 del Convenio, que reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad para decidir sobre su fertilidad en igualdad de condiciones que las demás»

[156] En un reciente trabajo del actual Secretario de Estado de Justicia se puede leer «en otro plano, se demanda también cierta reflexión sobre el desarrollo del derecho de las personas con discapacidad a la salud sexual y reproductiva, lo que afectará también a la regulación de las esterilizaciones involuntarias autorizadas judicialmente, hoy recogidas en el Código Penal, cuestiones todas ellas presentes precisamente desde la perspectiva del cumplimiento de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 diciembre 2006» Dolz Lago, Manuel-Jesús, «El nuevo paradigma de la discapacidad, de la tutela al apoyo» Diario La Ley, Nº 9413, Sección Tribuna, 13 de Mayo de 2019, Wolters Kluwer .

10.2. Discapacidad e interrupción voluntaria del embarazo

En 2015 se modifica el art. 9.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica*[157], que pasa a tener la siguiente redacción: «para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil».

Se deroga, pues, el apartado cuarto del artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, que permitía a las mujeres de 16 y 17 años decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

Se mantiene la previsión de la Ley Orgánica 2/2010 que contempla la posibilidad de interrumpir excepcionalmente el embarazo por causas médicas, y en concreto si no se superan las 22 semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija, supuesto contemplado en el artículo 15 frente a la regla general del artículo 14 que permite la interrupción del embarazo dentro de las primeras 14 semanas.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus «Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España» recomienda *eliminar cualquier diferencia en la ley en relación con el periodo en el que se puede interrumpir el embarazo por motivo de una posible deficiencia fetal*.

Bibliografía citada

Álvarez García, Héctor «La dimensión constitucional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad» en VVAA «Discapacidad intelectual y capacidad de obrar», Tirant Lo Blanch, 2019.

[157] Reforma operada por Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para Reforzar la Protección de las Menores y Mujeres con Capacidad Modificada Judicialmente en la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

ANDREU MARTÍNEZ, Mª Belén. «La protección de las personas mayores diez años después de la Convención de la ONU» en «Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España» VVAA Thomson Aranzadi 2018.

ANGUITA RÍOS, Rosa María «Discapacidad y medidas legales. Un acercamiento a la realidad española» La Ley 15263/2011.

ANGUITA RÍOS, Rosa María «La protección del discapacitado no incapacitado» La Ley 5690/2013.

ARIAS GARCÍA, Juan Antonio «Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico» Boletín del Ministerio de Justicia núm. 2016.

CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis «Los procesos judiciales de capacidad a la luz de la Convencion de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad» La Ley 1201/2014.

DE ASIS, R.; BARIFFI, F., y PALACIOS, A., «Principios éticos y fundamentos jurídicos», «Tratado sobre Discapacidad», directores DE LORENZO, R., y PÉREZ BUENO, C., Aranzadi, 2007.

DURO SÁNCHEZ, Alicia; SÁNCHEZ LÓPEZ, Laura; NÚÑEZ RUEDA, Juan Manuel; BENITO DELGADO, Rocio; ALMUDENA CELORIO FRIES, Gloria «Tratamientos en la psiquiatría del siglo XX» http://www.codem.es/Adjuntos/CODEM/Documentos/Informaciones/Publico/

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, «El nuevo paradigma de la discapacidad, de la tutela al apoyo» Diario La Ley, Nº 9413, Sección Tribuna, 13 de Mayo de 2019, Wolters Kluwer.

ESCARPÍN IPIENS, José Antonio «La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad» Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pags.85 a 119

FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy «El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores» Centro de Estudios Jurídicos, 2018.

FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy «Salud mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario» Colección Cermi nº 27.

GARCÍA RUBIO, María Paz «La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al art 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad» Anales de la Academia Matritense del Notariado» Tomo LVIII, curso 2007-2008.

GARCÍA RUBIO, María Paz «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio» Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pags.29 a 60.

García Rubio, María Paz «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil» Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pags.173 a 197.

Garrorena González, Ángel «El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho». Tecnos, 1984.

Guilarte Martín Calero, Cristina «Capacidad jurídica y capacidad de obrar: el sistema español a la luz de la Convención de Nueva York» Cuadernos Digitales de Formación 13 – 2016 CGPJ, 2016.

Jiménez Clar, A. J., La autotutela y los apoderamientos preventivos, en la publicación de las «Jornadas sobre la nueva Ley de Protección Patrimonial de Discapacitados», Instituto Valenciano de Estudios Notariales, 2005, págs. 115-157.

Larrosa Amate, Miguel Ángel en «Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España» VVAA Thomson Aranzadi 2018.

Liceñana Ibarra, Ascensión «La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad» en «Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España» VVAA Thomson Aranzadi 2018.

López Egea, Maravillas ¿Cómo se garantiza el ejercicio de sufragio activo «consciente, libre y voluntario» para personas con discapacidad intelectual? Opinión. Junio 2019 SP/DOCT/82011.

López Mora, Nuria «La graduación de la capacidad» Centro de Estudios Jurídicos.

Magariños Blanco, Victorio «Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad» Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pags. 199-225.

Munar Bernat, Pedro A. «La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad» Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pags.121-152.

Muñoz Calvo, Alberto «Tratamiento de la discapacidad en las nuevas reformas legislativas» CGPJ Cuadernos Digitales de Formación 36 - 2016.

Pacheco Jiménez, María Nieves «Del tradicional procedimiento de incapacitación a la modificación judicial de la capacidad de obrar y la alternativa de la provisión de apoyos» en VVAA «Discapacidad intelectual y capacidad de obrar», Tirant Lo Blanch, 2019.

PALLARÉS NEILA, Javier «La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos» Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pags.153-171.

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

PEREÑA VICENTE, Montserrat «La autotutela: ¿desjudicialización de la tutela?» Diario La Ley AÑO XXVIII. Número 6665. Martes, 6 de marzo de 2007.

PEREÑA VICENTE, Montserrat «El nuevo papel de la autonomía de la voluntad en la protección de los incapacitados en el Código Civil español y francés» Boletín del Ministerio de Justicia.

PEREÑA VICENTE, Montserrat «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley» Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pags. 61-83.

RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo Jesús del «La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y su aplicación en Derecho Privado» Cuadernos Digitales de Formación 31 - 2010.

RODRÍGUEZ ESCUDERO, Victoria «La incapacitación y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida» Diario La Ley 15280/2011.

RUBIO RAMOS, María Rosa «El Ministerio Fiscal y la Constitución en su actuación en materia de protección de las personas con discapacidad» 40 años de Constitución Española. Perspectivas desde el Ministerio Fiscal Revista del Ministerio Fiscal, año 2018, número especial.

RUIZ JIMÉNEZ, Juana «Delimitación de los conceptos de discapacidad e incapacidad» El Derecho EDB 2005/89745.

SAN PASTOR SEVILLA, Yolanda «Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: perspectivas de reforma» La Ley 15235/2011.

SANTOS URBANEJA, Fernando «Dictámenes sobre conceptos jurídicos y cuestiones relativas a las personas con discapacidad psíquica» CEJ, 2017.

SANTOS URBANEJA, Fernando «La protección de las personas mayores. El nuevo fenómeno de la autotutela. Problemas teóricos y prácticos» CEJ, 2005.

SANTOS URBANEJA, Fernando «La protección de los derechos personalísimos» fiscal.es https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/ponencias_formacion_continuada/!ut/p/a0/

VAQUER ALOY, Antoni «La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, DE 18 de noviembre» Diario La Ley nº 5961.

VARELA AUTRÁN, Benigno «La Convención, la tutela y el control del patrimonio protegido» CGPJ Cuadernos Digitales de Formación 13 - 2016.