



Facultad de Derecho
Zuzenbide Fakultatea

Grado en Derecho + especialidad económica

Trabajo fin de grado

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE
CAPACIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO
CIVIL ESPAÑOL A PARTIR DE LA
CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS
SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD.

ESPECIAL MENCIÓN A LOS NEGOCIOS
JURÍDICOS DE FAMILIA Y SUCESIONES.

Estibaliz Jorge Silva

21 de mayo de 2019

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	CUESTIONES PREVIAS: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL HACIA EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD	2
III.	EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL	6
	1. La nueva concepción de la capacidad jurídica	6
	2. Revisión del tratamiento jurisprudencial y doctrinal en el ordenamiento jurídico español del procedimiento de incapacitación tras la aprobación de la CDPD	8
	3. Notas sobre la configuración jurídica de las nuevas medidas de apoyo	13
	4. La evolución de la tutela a la curatela como nueva figura de apoyo de las personas con discapacidad	15
IV.	LOS EFECTOS DE LA CONVENCIÓN EN LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD PARA REALIZAR NEGOCIOS JURÍDICOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN MATERIA DE FAMILIA Y SUCESIONES	19
	1. Capacidad para contraer matrimonio por las personas con discapacidad	20
	2. Capacidad para otorgar testamento por las personas con discapacidad	23
V.	CONCLUSIONES.....	27
VI.	BIBLIOGRAFÍA.....	29
	1. Legislación.....	29
	A) Nacional	29
	B) Internacional	29
	2. Libros y capítulos de libros	29
	3. Artículos publicados en revistas o en periódicos	30
	4. Informes de instituciones	31
	5. Documentos difundidos en Internet.....	31
	6. Jurisprudencia	32
	A) Nacional:	32
	B) Internacional:	33
	7. Resoluciones	33

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.: artículo

CC: Código civil

CDPD: Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad

CE: Constitución Española

CERMI: Comité de Representantes de Personas con Discapacidad

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado

F.j: fundamento jurídico

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

OMS: Organización Mundial de la Salud

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

I. INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de Fin de Grado se centrará en la incidencia que ha tenido el nuevo modelo social de la discapacidad por el que apuesta la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el sistema civil español, caracterizado por la primacía en el respeto a la voluntad y a la consideración de la dignidad de la persona, así como en la influencia que esta nueva perspectiva ha tenido en la forma de ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual.

Así, mediante el análisis de los cambios legislativos y jurisprudenciales acaecidos en los últimos años, además del estudio de las posturas de la doctrina más autorizada y de los informes más importantes, se hará una comparación entre los enfoques anteriores y posteriores a la ratificación de tal Convención en nuestro Derecho, haciendo constante alusión a la mejora que se pretende con el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 21 de septiembre de 2018, para acabar dando respuesta a si la Convención ha supuesto realmente un cambio de planteamiento en la forma de concebir la capacidad jurídica en el el Derecho civil español o si, por el contrario, queda mucho por hacer. De este modo, se expondrán las consecuencias que tal punto de vista ha supuesto hasta el momento y seguirá haciéndolo en cuanto a la consideración de la discapacidad como una situación precisada de apoyo en la formación de la voluntad de la persona y no de la sustitución de la misma, sin que suponga la modificación o restricción de la capacidad de ejercicio de sus derechos, dejando de concebirla por tanto como un elemento inherente a su estado civil.

Lo que me ha llevado a elegir este tema ha sido su relevancia jurídica, su actualidad y, sobre todo, las implicaciones que ello conlleva en el ámbito personal de millones de personas con discapacidad. Como se verá a lo largo del trabajo, la trascendencia de este nuevo paradigma es inmensa, dadas las significativas consecuencias jurídicas que está suponiendo en nuestro sistema, y que podrá seguir haciéndolo en el caso de que el Anteproyecto de Ley y demás leyes enfocadas desde este nuevo prisma entren en vigor.

El contenido del trabajo consta de tres grandes bloques. El primero, introduce el nuevo modelo social de la discapacidad instaurado en la Convención, así como los cambios legislativos que ello ha conllevado y conllevará en nuestro ordenamiento jurídico. El segundo, se centra en el punto angular de la Convención, el artículo 12, referido a la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Finalmente, el tercero permitirá acercarse a las consecuencias que este modelo tendría en la capacidad para realizar los negocios jurídicos, que dada la limitada extensión del trabajo, únicamente se atenderá a los de familia y sucesiones.

II. CUESTIONES PREVIAS: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL HACIA EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

Antes de nada, conviene aclarar que la discapacidad¹ no es un concepto jurídico en sí, es una realidad biológica que, connotada por la sociedad, el Derecho norma creando un cuerpo jurídico que contiene la forma de percibir al otro. Este modo de concebir a las demás personas puede ser de exclusión y desigualdad o de inclusión e igualdad. Cuando esto deriva en diferenciación, se genera un proceso de asignación de un diferente valor a cada ser humano en función de las circunstancias personales, y esto se traslada a las estructurales psicosociales y jurídicas². Es por ello que, durante la historia las personas con discapacidad se han visto social y jurídicamente discriminadas, minusvaloradas, e incluso, incapacitadas, pues hasta tiempos recientes ha sido vista por el Derecho como un problema que afectaba a la sociedad y que había que resolver sacándolas fuera de ella³.

No obstante, en las últimas décadas ha habido una clara evolución en lo relativo a los derechos de las personas con discapacidad. En este sentido, el más alto reconocimiento de tales derechos ha llegado de mano de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006⁴, cuyo propósito es el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, y su dignidad inherente de acuerdo con lo establecido en su artículo 1.

Así, el mencionado precepto parte de la consideración de que la discapacidad es la suma de dos situaciones: la deficiencia, que atiende a la dimensión biológica, ya sea física, mental, intelectual o sensorial, y la barrera, que son todos los impedimentos que imposibilitan la igualdad. Desde este punto de vista, la discapacidad se entiende como una cuestión que resulta de la interacción entre las personas con discapacidades mentales, físicas, sensoriales, e

¹ Nota: a lo largo del trabajo, por “discapacidad” se entiende “discapacidad intelectual”.

² LIDÓN HERAS, Leonor. “La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos” Capítulo “La otra mirada, presupuesto para la toma de conciencia sobre la dignidad y los derechos de las personas con discapacidad-Artículo 8 de la Convención”, Editorial Tirant Lo Blanch, Sevilla, 2015, disponible en: <https://altacapacidades.es/portaEducacion/html/otrosmedios/convencion-int.pdf>. (última consulta 3 de marzo).

³ PAU PEDRON, 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, p. 6.

⁴ Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicada el 13 de diciembre de 2006, por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRPD/Pages/disabilitiesconvention.aspx>. (última consulta 5 de mayo 2019).

intelectuales a las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás⁵. En el caso concreto de la discapacidad intelectual, esta debe entenderse en la interacción entre la diversidad funcional de cada persona para adoptar decisiones y los factores externos que afectan directamente el desarrollo de aptitudes a partir de esa diversidad⁶.

En este sentido, se ha de destacar que la Convención fue el resultado de un largo proceso en el que participaron diversos actores, entre los que destacan las Organizaciones no gubernamentales, especialmente las de personas con discapacidad y sus familias, y muy señaladamente las españolas⁷. Es por ello que esta implicación ha tenido un notorio reflejo en la CDPD, adquiriendo un enfoque de derechos humanos al optar por el modelo social de la discapacidad y dejando atrás el modelo médico o paternalista. Como consecuencia de esta nueva perspectiva, la discapacidad, a diferencia de lo que sucede con la incapacitación, ya no implica la modificación del estado civil⁸. Ello ha supuesto un hito en la promoción de los derechos y libertades de las personas con discapacidad, pasando a considerárseles como ciudadanos de pleno derecho, sin perjuicio de las medidas de apoyo que puedan requerir en situaciones concretas. Entre tales derechos, se propugna especialmente la dignidad y la autonomía individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, y la independencia de las personas⁹.

Por lo tanto, el eje central en torno al que se construye la nueva perspectiva inspiradora de la CDPD es la dignidad de la persona y su autonomía. Así, en el ámbito de la discapacidad esta exigencia de la dignidad se traduce en que la finalidad de las normas que limitan su capacidad de ejercicio deben estar orientadas a su protección, y que el primer punto de referencia debe ser siempre la propia persona con discapacidad y sus derechos, por lo que en el caso de conflicto este será considerado como el interés prevalente¹⁰.

⁵ CERMI. Informe “Derechos humanos y discapacidad”. España: Colección ONU, Ediciones Cinca, 2016, p. 13 disponible en: http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2018/02/19_Informe-2016_ONU.pdf, (última consulta 27 de abril 2019).

⁶ Propuesta de mejora del artículo 12.2 CDPD en “Aportes a la elaboración de la Observación general sobre el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” Febrero 2014, disponible en: <http://www.cels.org.ar/common/documentos/Aportes%20a%20la%20Observacion%20General%20Sobre%20el%20Articulo%2012%20de%20la%20Convenci%C3%B3n%20Sobre%20los%20Derechos%20de%20las%20Personas%20con%20Discapacidad.pdf>, (última consulta 14 de abril 2019).

⁷ BOTELLO HERMOSA, Pedro, Revista de Derecho UNED, núm. 17, 2015, p. 617, disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/16287/14034> (última consulta 16 de mayo de 2019).

⁸ PAU PEDRON, Antonio, “De la incapacitación...” *op cit.* pp. 10-11.

⁹ Artículo 3º de la CDPD.

¹⁰ GARCÍA LLARENA, Viviana “El mayor interés en la esfera personal del incapaz”, Capítulo I: Premisas y precedentes. A Coruña, Editorial: contrabajo documentos, 2002, p. 54.

Así las cosas, la Convención fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, se publicó el 21 de abril de 2008¹¹ y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año, motivo por el cual desde ese momento forma parte, a todos los efectos, del ordenamiento jurídico español en virtud de lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Constitución Española (en adelante CE)¹², debiendo tenerse en cuenta el contenido de sus preceptos para la interpretación de los conceptos de la CE de acuerdo con el art. 10.2 CE y quedando, por tanto, obligado el Estado español a adaptar o modificar una serie de leyes relacionadas con el ámbito de la discapacidad hasta que la Convención quede implementada completamente en nuestro sistema¹³.

Por consiguiente, aun habiéndose comenzado en nuestro ordenamiento jurídico la evolución hacia un modelo social antes de la aprobación y entrada en vigor de la Convención, con la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de Personas con Discapacidad¹⁴ y en toda una serie de normas de desarrollo, el ordenamiento jurídico español aun debía ser adecuado al contenido de la Convención, motivo por el cual en los últimos años se han aprobado diversas normas modificadoras de los textos legales en los que podían apreciarse discriminaciones por razón de discapacidad.

Asimismo, es de destacar que España ha sido uno de los primeros Estados en dictar una ley específica de adaptación del ordenamiento jurídico a la Convención mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto¹⁵, la cual establece en el Preámbulo que las personas con discapacidad son sujetos titulares de derechos y no meros objetos de tratamiento y protección social. La citada ley se encargó de modificar numerosos cuerpos legales de nuestro Derecho interno, entre ellos, la citada Ley 51/2003, de 2 de diciembre. La reforma continuó con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, a la que han de sumarse una serie de normativas más específicas relativas a la capacidad para realizar negocios jurídicos de las personas con discapacidad. En este sentido son destacables la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio relativa al

¹¹ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008, páginas 20648 a 20659.

¹² Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978, «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

¹³ BOTELLO HERMOSA, Pedro, “Revista de ...” *op cit.* p. 617.

¹⁴ Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de Personas con Discapacidad «BOE» núm. 289, de 03/12/2003.

¹⁵ Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. «BOE» núm. 184, de 02/08/2011.

derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones, en la que más adelante incidiremos.

Por otro lado, a pesar de que la CE dedica un precepto específico a las personas con discapacidad, el artículo 49, su redacción parte del modelo médico, al promover políticas de tratamiento y rehabilitación, y al dirigirse a las personas con discapacidad como los “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”. Es por ello que recientemente se ha aprobado un Anteproyecto de Ley de reforma de tal precepto, que lo modifica íntegramente tanto desde el punto de vista del lenguaje como de su estructura y contenido, cambiando su terminología de acuerdo con lo dispuesto en la CDPD, refiriéndose por tanto al colectivo de las personas con discapacidad, y adquiriendo una concepción desde el prisma del modelo social, poniendo el énfasis sobre los derechos y deberes de los que son titulares las personas con discapacidad, como ciudadanos libres e iguales, y promoviendo políticas que garanticen su plena autonomía personal e inclusión social, las cuales deberán respetar siempre la libertad de elección y preferencias de las personas con discapacidad¹⁶.

A colación con lo anterior, y a pesar de las modificaciones acaecidas en los últimos años, el Código Civil actual¹⁷ requiere de numerosas reformas en dicha materia, con el fin de adaptarse al nuevo modelo social de la discapacidad, motivo por el cual se ha aprobado un Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 21 de septiembre de 2018¹⁸, la cual es considerada como la mayor reforma de la historia de nuestro Código.

Por tanto, desde la ratificación por España de la CDPD la legislación y la jurisprudencia han ido adaptándose a estas premisas y en lo no reformado hasta el momento se ha tratado de modificar en el Anteproyecto de Ley. Las modificaciones más significativas se han reflejado en la terminología, así como en lo relativo a la capacidad de obrar, en el procedimiento de incapacitación y en el régimen de sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad que actualmente están vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. En lo relativo a la terminología, el término “persona con capacidad modificada judicialmente” nacido de la

¹⁶ Artículo “Aprobado el anteproyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución que dota de mayor protección a los derechos de las personas con discapacidad”, publicado en <http://www.convenciondiscapacidad.es/2018/12/07/aprobado-el-anteproyecto-de-reforma-del-articulo-49-de-la-constitucion-que-dota-de-mayor-proteccion-a-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad/>, 7 de diciembre de 2018 (última consulta 3 de mayo de 2019).

¹⁷ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.

¹⁸ Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 21 de septiembre de 2018, disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2018/09/anteproyecto-discapacidad.pdf>.

reforma de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria que tanta controversia ha supuesto, pero que sin embargo ha dejado atrás un término más despectivo como era el de “incapacitado” cambiaría a “persona con discapacidad” en consonancia con lo dispuesto en la CDPD, muy diferente a los anteriores planteamientos que suponen que no se considere suficientemente capaz a una persona o que se deba modificar la capacidad que, resultando inherente a la condición de ser humano, no debería poderse modificar.¹⁹ En cuanto a la capacidad de obrar, esta se ha entendido incluida en la amplitud conceptual de la capacidad jurídica proclamada por la CDPD, con las únicas salvedades de los mayores apoyos que requieran dichas personas en el ejercicio de la misma. Asimismo, en lo referente al procedimiento de incapacitación, se ha propuesto su reformulación a un procedimiento que finalice con la asignación de las medidas de apoyo a la persona con discapacidad, que más adelante comentaremos. Finalmente, se ha optado por el cambio del sistema actual basado en el régimen de sustitución de la voluntad de la persona, por uno de apoyo que respete sus deseos y preferencias, siendo ella misma quien, por regla general, se ocupe de tomar sus propias decisiones. Por lo tanto, elimina la figura de la tutela en los supuestos de personas con discapacidad, para destinarlo únicamente a los menores, así como la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada²⁰ y dispone que las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad serán la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

III. EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN Y SU INCIDENCIA EN EL NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

1. La nueva concepción de la capacidad jurídica

El modelo social de la discapacidad es el único plenamente coherente con la consideración de la capacidad jurídica desde una perspectiva de derechos humanos. Así, el párrafo segundo del artículo 12 de la CDPD 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”. Este artículo es el más importante de la Convención, pues supone que se elimine la distinción que se da en la mayoría de ordenamientos jurídicos

¹⁹ Anteproyecto de Ley, Exposición de motivos, III, página 2 párrafo 2°.

²⁰ Suprime el art. 171 del Código civil relativo a la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada por considerarlas figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de protección de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone (Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley).

nacionales entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar y sea integrado en un mismo concepto, el de capacidad jurídica, reconociendo que esta es igual para todas las personas.

A colación con lo anterior, la STS 282/2009, de 29 de abril, afirma que la Convención partiendo de la indivisibilidad de estos términos, proporciona los mecanismos de apoyo adecuados a la persona con discapacidad, asegurándole su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringiendo el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar.²¹ Por su parte, BOTELLO HERMOSA entiende que la Convención, mediante este artículo, lo que pretende es que se comience a pensar que la persona con discapacidad lo que necesita son apoyos, no modificaciones o restricciones en su capacidad de obrar²².

Es este, por tanto, uno de los ámbitos en los que la CDPD tendrá un especial impacto reclamando la adaptación de las normativas nacionales, tal y como ocurre en la española, en la que se diferencia la capacidad jurídica de la capacidad de obrar, entendiendo por la primera aquella aptitud que posee toda persona para ser sujeto de derechos y deberes, y por la segunda, como aquella que habilita a la persona para obrar eficazmente en el ámbito jurídico²³, reconociendo a partir de ahora que ambas son iguales para todas las personas, precisando únicamente las personas con discapacidad apoyos a la hora de ejercer sus derechos. De este modo, puede decirse que el artículo 12 de la CDPD sitúa a la persona en el centro de todas las decisiones que le conciernen entendiendo que la discapacidad, por sí sola, no justifica la privación de capacidad jurídica²⁴. Dadas las inmensas consecuencias que este artículo suponía, se generó un largo y complejo debate entre los países motivo por el cual este artículo fue sin duda el más difícil de aprobar²⁵. No obstante, a pesar de que el ordenamiento jurídico español aún distingue estas cuestiones, el Anteproyecto de Ley se ha acogido a dicha acepción, haciendo alusión constante al apoyo que puedan requerir en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Sin embargo, parte de la doctrina, entre ellos, GARCÍA CANTERO no está de acuerdo con la inclusión de la capacidad de obrar en la amplitud conceptual que sostiene la CDPD. Así,

21 STS, Sala de lo Civil, 282/2009, de 29 de abril, Rec. núm. 1259/2006, f.j. 3º, Ponente ROCA TRÍAS, Encarnación, RJ\2009\2901.

22 BOTELLO HERMOSA, Pedro, Revista de Derecho UNED, núm. 17, 2015, p. 618, disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/16287/14034> (última consulta 16 de mayo de 2019).

23 STS, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2009, Rec núm. 1259/2006, Ponente ROCA TRÍAS, Encarnación, RJ\2009\2901.

24 El mismo criterio ha seguido el TEDH en la Sentencia Shtukaturv v. Russia, 44009/05, de 27 de marzo de 2008, <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%22itemid%22:%22002-2103%22> .

25 AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y de las personas con trastornos de salud mental”, 2013, disponible en: <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/legal-capacity-persons-intellectual-disabilities-and-persons-mental-health-problems>, (última consulta 7 de abril de 2019).

haciendo referencia al artículo 12.2 CDPD, no estima correcto ni justo imponer a los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte que reconozcan que las personas con discapacidad tienen capacidad de obrar en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, pues considera que ello contradice la realidad física, psicológica, biológica, jurídica y social de muchas sociedades modernas²⁶. Es por ello que critica la incorporación de dicho artículo en nuestro ordenamiento jurídico, considerando que no puede hacerse una interpretación literal del mismo en tanto en cuanto “sería torcer o forzar el sentido habitual de tales términos en importantes sectores de nuestro propio ordenamiento” e introducir, a sabiendas, “un factor de confusión jurídico”, disponiendo que los Estados Partes no parecen haberse comprometido a ello²⁷.

Finalmente, GUILARTE MARTÍN-CALERO considera que la incorporación respetuosa de la CDPD exige que el término de capacidad jurídica contenido en la misma no englobe el término de capacidad de obrar en sí mismo, sino que se sustituya el término capacidad de obrar por ejercicio de la capacidad jurídica²⁸.

Bajo mi punto de vista, la Convención lo que intenta con este artículo es romper las barreras que hay en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, para dejar de someterlas a un trato desigual por razón de la misma. Por lo tanto, no estimo precisas aquellas opiniones que tratan de seguir concibiendo la capacidad de obrar como algo separado de la capacidad jurídica, pues de esta forma se sigue haciendo esa diferenciación y, por ende, discriminación. El único factor de confusión jurídica que hay es tratar a todas las personas con discapacidad de la misma manera sin distinción de su grado de discapacidad.

2. Revisión del tratamiento jurisprudencial y doctrinal en el ordenamiento jurídico español del procedimiento de incapacitación tras la aprobación de la CDPD

A pesar de lo antedicho, tal y como apuntan algunos autores, entre ellos PEREÑA VICENTE, en el reconocimiento de la capacidad jurídica no cabe adoptar ninguna medida pertinente pero en el ejercicio sí²⁹, por lo que aunque se reconozca igual capacidad jurídica a

²⁶ GARCÍA CANTERO, Gabriel. “¿Persons with disability vs. personas incapacitadas... o viceversa? Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006, en el Ordenamiento español” *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm.4 (octubre-diciembre, 2014), p.87.

²⁷ GARCÍA CANTERO, Gabriel. “¿Persons with...” op cit. 97.

²⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. “El procedimiento para la adopción de las medidas de protección: una propuesta de reforma” *Comunicació a les XVIIenes Jornades de Dret Català a Tossa*, p.4, disponible en: http://civil.udg.es/tossa/2012/textos/com/Comunicacio_Guilarte.pdf (última consulta 27 de abril de 2019).

²⁹ MUNAR BERNAT Pedro A., “La curatela: principal mediad de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, p. 123.

las personas con discapacidad respecto a los demás individuos, las primeras requerirán apoyos para la realización de aquellos actos y la celebración de aquellos negocios jurídicos que no puedan realizar por sí mismos.

En consonancia con lo expuesto, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad en su observación general n°1 relativa a la capacidad jurídica establece que los Estados partes no deben negar la capacidad jurídica, sino que tienen la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos. Además, dicho apoyo debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas; asimismo, el tipo y la intensidad del apoyo dependerá de cada persona; finalmente, considera que los Estados partes deben suprimir los regímenes basados en modelos de sustitución y elaborar los sistemas de apoyo que respeten la primacía de la voluntad y las preferencias de la persona y respetan las normas de derechos humanos³⁰.

En este sentido, puede decirse que en los últimos años tanto la mayor parte de la doctrina española como el Ministerio Fiscal ha venido manteniendo una postura negativa ante tales procesos, pues consideran que³¹ “vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto la priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces” y que “la configuración tradicional de la incapacitación, desde una concepción que tiene como base el modelo médico, puede suponer una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar, en aquellas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial o suponiendo en la práctica, un modelo de sustitución en la toma de decisiones”.

Del mismo modo, RAFAEL DE LORENZO GARCÍA afirma que se trata de una medida que lejos de proteger a las personas con discapacidad, genera intolerables limitaciones de acceso efectivo e igualitario a los derechos más fundamentales como la vida, la libertad o la integridad, y que cercena la capacidad de cualquier persona de tomar decisiones y ejercer su

³⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General n° 1, Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, Doc. UN CRPD/C/GC/2, 2014, par. 16, 17, 18, 28, 29, 33 y 34. En CERMI. Informe “Derechos humanos y discapacidad”. España: Colección ONU, Ediciones Cinca, 2016, p. 159 disponible en: http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2018/02/19_Informe-2016_UNU.pdf. (última consulta 29 de marzo de 2019).

³¹ Informe del Ministerio Fiscal en la STS, Sala de lo Civil, 2362/2009, de 29 de abril, Rec núm. 1259/2006, f.j. 3º, Ponente: ROCA TRÍAS, Encarnación, RJ\2009\2901.

derecho de autonomía personal, denegándole la capacidad de decidir y considerando a la persona como objeto legal y no como sujeto de derechos³².

No obstante lo anterior, a pesar de que gran parte de la doctrina y el Ministerio Fiscal se muestran contrarios al procedimiento de incapacitación, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en aplicación de la doctrina constitucional, sigue declarando que el procedimiento de incapacitación es una medida protectora de la persona con discapacidad, que no contraviene lo dispuesto en la CDPD³³ y que no le impide ser titular de sus derechos sino que únicamente infliere en su forma de ejercerlos por lo que “debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado”³⁴.

Al hilo de la cuestión, GARCÍA CANTERO³⁵ sostiene que la institución de la incapacitación no es contraria a la CDPD en tanto en cuanto no vulnera el principio de igualdad, pues trata de forma distinta a los que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismos. Su justificación reside en que a la persona con discapacidad intelectual se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión.

A mi parecer, sí que vulnera el principio de igualdad pues la única desigualdad que cabe en el ámbito de la discapacidad es el mayor apoyo que merecen, que en ningún caso debe consistir en decidir por ella. Por lo tanto, estimo que efectivamente debe protegerse a estas personas pero que la forma de hacerlo debe estar orientada a que estos apoyos sean reales y efectivos, sin que en ningún caso supongan la privación de su capacidad para realizar actos y negocios jurídicos por sí misma. Proteger a la persona implica ayudarla a que realice aquellos actos que la conciernen según su voluntad, no imponer la de una tercera persona.

Del mismo modo opina GUILARTE MARTÍN-CALERO³⁶, quien argumenta que en realidad la protección se encauza a través de los apoyos y no mediante la incapacitación. En este sentido, considera la reformulación del procedimiento de incapacitación, con el fin de que este se encamine a lograr la mejor adopción de las medidas de apoyo de la persona, en lugar de la privación o limitación de su capacidad. Asimismo, manifiesta que “esta nueva perspectiva exige (...) una relectura de todas las normas que, dedicadas a las personas que se encuentran

³² LORENZO GARCÍA, Rafael. “La convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, de los derechos a los hechos” Capítulo “La Convención, un desafío inaplazable” Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 39.

³³ STS, Sala de lo Civil, 2362/2009 de 29 de abril, Rec núm. 1259/2006, f.j. 7º, Ponente: ROCA TRÍAS, Encarnación, RJ\2009\2901.

³⁴ STS, Sala de lo Civil, 2362/2009, de 29 de abril, Rec núm. 1259/2006, f.j. 5º, Ponente: ROCA TRÍAS, Encarnación, RJ\2009\2901.

³⁵ GARCÍA CANTERO, Gabriel. Revista de Derecho Civil, vol. I, núm.4 (octubre-diciembre, 2014), Estudios, p.95.

³⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. “La Convención...” *op cit.* pp. 350-351.

bajo un régimen de protección, hacen referencia a su condición de incapacitado y no al desenvolvimiento de los mecanismos de apoyo previstos para su protección”. A tal fin considera que no se trata solo de modificar en profundidad la regulación legal del proceso sobre capacidad recogido en los artículos 756 y siguientes de la LEC sino de reinterpretar toda la normativa legal a la luz de los principios recogidos en la CDPD³⁷. Del mismo modo, CUENCA propone el planteamiento de una reforma basada en la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad que instaure únicamente la protección estrictamente necesaria, respetando así el derecho de las personas con discapacidad de cometer sus propios errores como parte del crecimiento humano³⁸.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) también se ha visto influenciado por la CDPD en este aspecto y considera que ante un procedimiento de incapacitación es necesario adoptar todas las medidas razonables para que una persona con discapacidad sea consciente de que existe una solicitud de privación o restricción de su capacidad de obrar y que está siendo sometida a un examen psiquiátrico a estos efectos. Así, el TEDH mantiene que la autorización del tutor no convierte un internamiento en “voluntario” y entiende que la incapacitación no implica que la persona sea “de hecho” incapaz para comprender la situación y expresar su consentimiento. Al respecto, afirma que el hecho de que una persona se encuentre bajo tutela no impide que tenga capacidad procesal para acceder directamente a los tribunales con el objetivo de que se revise su capacidad de obrar por lo que admite la validez del acuerdo de representación legal celebrado por una persona con discapacidad. De este modo, el procedimiento debe ser contradictorio, de modo que el juez pueda formarse su propia opinión sobre su capacidad intelectual, especialmente en los casos en los que existe un conflicto de intereses. Por lo tanto, la persona con discapacidad debe poder participar en el procedimiento como parte interesada y como principal “objeto” del mismo y no sólo debe ser examinada por el juez sino también ser oída e interrogada en persona, salvo excepciones justificadas en la protección de la salud y en la correcta administración de la justicia³⁹.

³⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. “El procedimiento...”, *op cit.* p.2.

³⁸ CUENCA GÓMEZ, Patricia, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, REDUR 10, diciembre 2012, págs.89-91.

³⁹ CUENCA GÓMEZ, Patricia, Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524 Núm. 20/2º Semestre, 2012, p. 240 y 244, en relación con las Sentencias Shtukaturv v. Russia, 44009/05, de 27 de marzo de 2008 y DD. v. Lituania, de 14 de febrero de 2012.

Con todo, y a pesar de la doctrina del TS a propósito del procedimiento de incapacitación, es verdad que, la STS 244/2015, de 13 de mayo⁴⁰ considera que solo estará justificada la incapacitación en tanto en cuanto su discapacidad afecte de forma efectiva a la capacidad de autogobierno, impidiendo o limitando el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, así como anulen o mermen su voluntad, siempre atendiendo a la necesidad de dotar de protección a la persona y tratando de preservar al máximo el ejercicio de sus derechos y libertades. A tal fin, sostiene que es necesaria la concurrencia de determinados requisitos, entre los que destaca la situación de falta de capacidad de forma permanente, entendida por tal la existencia de una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre la personalidad, afirmando que la incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio, motivo por el cual debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado. Del mismo modo, la STS 341/2014, de 1 de julio⁴¹, dispone que la incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad, la cual puede ser tan variada como variada sean en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Además de ello, la citada STS 244/2015, de 13 de mayo, manifiesta que se ha de intentar realizar en la medida de lo posible, un traje a medida adaptado a esa persona con discapacidad en concreto, que como veremos más adelante, en nuestro ordenamiento jurídico viene a cumplir dicha función la curatela.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, el Anteproyecto de Ley elimina el procedimiento de incapacitación y propone el apoyo de la persona que lo necesite tal y como como se refleja en la reforma que plantea del Título XI del Código civil al cual denomina “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”. Por consiguiente, da solución a esas dos medidas propuestas por la CDPD: prevé la supresión del procedimiento de incapacitación y del modelo sustitutivo, entendido como la tutela, destinando la guarda de las personas con discapacidad al curador, al defensor judicial o al guardador de hecho.

⁴⁰ STS, Sala de lo Civil, 244/2015, de 13 de mayo, Rec. núm. 846/2014, Ponente: SANCHO GARGALLO, Ignacio, RJ\2015\2023.

⁴¹ STS, Sala Civil, 341/2014, de 1 de julio, Rec. 1365/2012. Ponente SANCHO GARGALLO, Ignacio, RJ\2014\4518.

En este sentido, BOTELLO HERMOSA⁴² prevé que este Anteproyecto de ley conlleve, entre otras, las siguientes modificaciones en el actual procedimiento de incapacitación: se regulará el carácter preferencial de la curatela frente a la tutela; se adoptarán todas las medidas necesarias para agilizar el procedimiento; se crearan Juzgados especializados en la materia, impartiendo formación de sus profesionales, así como de todos los actores implicados; se obligará a los jueces a fijar en la Sentencia revisiones y evaluaciones periódicas de la persona a la que se le haya asignado una medida de apoyo cada cierto tiempo; y, finalmente, habrá un automático reconocimiento de la discapacidad administrativa tras la Sentencia de incapacitación, bien sea total o parcial. Por consiguiente, se ha de constatar que las consecuencias que supondría esta nueva previsión legislativa serían de gran trascendencia, tanto para las personas con discapacidad en sí como para todos los actores implicados al efecto.

3. Notas sobre la configuración jurídica de las nuevas medidas de apoyo

Tal y como sostiene el Informe Mundial de la Discapacidad elaborado por la Organización Mundial de la Salud, “Para muchas personas con discapacidad, la asistencia y el apoyo son requisitos imprescindibles para participar en la sociedad. La falta de los servicios de apoyo necesarios puede hacer que las personas con discapacidad tengan una dependencia excesiva de los miembros de la familia, y puede impedir que tanto ellas como sus familiares sean económicamente activos y se integren en la sociedad. En todo el mundo, las personas con discapacidad tienen considerables necesidades de apoyo no satisfechas. Los servicios de apoyo no constituyen todavía un componente clave de las políticas de discapacidad en muchos países, y estas lagunas se observan en todos los lugares”⁴³.

Para atender a esos requerimientos, el Anteproyecto de Ley dedica la totalidad del mencionado Título IX a regular las medidas de apoyo necesarias para el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que las precisen, con el fin de que puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad (art. 248.1 del Anteproyecto de Ley). Dicho Título, se estructura en seis capítulos, tres de los cuales contienen las instituciones de apoyo.

Así, el Capítulo III se encarga de la regulación de la guarda de hecho, disponiendo que será quien ejerza las funciones de apoyo a la persona discapacitada en los casos en que no medie

⁴² BOTELLO HERMOSA, Pedro, Revista de Derecho UNED, núm. 17, 2015, pp. 634-636, disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/16287/14034> (última consulta 16 de mayo de 2019).

⁴³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. “Informe Mundial sobre la Discapacidad”, Malta, 2011, p. 153.

imposición judicial de otra medida, el Capítulo IV se destina a la curatela, que implica la imposición judicial de la medida por lo que dada su importancia, será analizada posteriormente con mayor detenimiento y, finalmente, el Capítulo V tiene en consideración la figura del defensor judicial, el cual únicamente procedería cuando se precisare apoyo ocasional (art. 249 del Anteproyecto de Ley).

No obstante, tal y como establece el artículo 248.2 del Anteproyecto de Ley, estas medidas deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales, y aquellas de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate, por lo que la figura de la curatela solo entrará en juego en los casos en que sea preciso.

Asimismo, la STS 373/2016, de 3 de junio⁴⁴, dispone que “para que funcionen los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución”.

En este sentido, el escrito del Ministerio Fiscal contenido en la STS de 29 de abril de 2009,⁴⁵ afirma que este apoyo puede adoptar diversas formas, y que no hay un numerus clausus de las mismas sino que la CDPD está abierta a nuevas modalidades. Del mismo modo, destaca que el apoyo deberá estar orientado a que la persona pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisión, informándole, ayudándole en su comprensión y razonamiento, y facilitando que pueda expresar sus preferencias, así como a que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. Ahora bien, considera que es decisivo que se consagren dos principios generales; por un lado, que las medidas que se adopten deberán procurar siempre que la afectación de la autonomía personal sea la mínima posible; y por otro lado, que las personas que desarrollen las funciones de apoyo deberán respetar siempre la voluntad y las preferencias de la persona apoyada, y, cuando la persona apoyada esté imposibilitada de comunicar su voluntad, deberán actuar de acuerdo con la mejor interpretación posible de su voluntad y sus preferencias. En suma, sostiene que el criterio rector de las instituciones de apoyo debe ser el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, afirmando que entre ellas se incluyen, como expresamente ha indicado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, el derecho a equivocarse. Al

⁴⁴ STS, Sala de lo Civil, 373/2016 de 3 de junio de 2016, Rec. núm. 2367/2015, f.j. 3º, Ponente: SEIJAS QUINTANA, José Antonio, LA LEY 59408/2016.

⁴⁵ Escrito del Ministerio Fiscal en la STS Sala de lo civil, 282/2009, de 29 de abril, Rec. núm. 1259/2006), Ponente: ROCA TRÍAS, Encarnación, RJ\2009\2901.

respecto, PAU PEDRÓN añade que cuando la «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad no estén plenamente formadas, se deberá contribuir a esa formación⁴⁶.

Al respecto, el Comité de Bioética de España, manifiesta que en aquellos casos en los que no sea posible conocer de ningún modo la voluntad de la persona ni sea capaz de hecho de prestar su consentimiento, pero que sin embargo sea preciso adoptar una decisión o concluir un acto jurídico que le afecte, el apoyo consistirá en realizar la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona basada por ejemplo en sus deseos y preferencias anteriores o en su expresión de confianza a determinadas personas. No obstante, aunque ello pueda suponer en la práctica otorgar un consentimiento por representación, se distancia totalmente de la sustitución en la toma de decisiones prohibida por el artículo 12 CDPD⁴⁷. Al respecto, GUILARTE MARTÍN- CALERO matiza que en el caso excepcional en que la medida comportara representación, debe ser obligada la información y consulta a la persona de toda decisión relativa a las cuestiones importantes que la conciernan⁴⁸.

4. La evolución de la tutela a la curatela como nueva figura de apoyo de las personas con discapacidad

En relación con la curatela, debe destacarse que se ha concebido como una medida subsidiaria que solo entraría en juego en aquellos supuestos en que la persona no sea capaz de expresar su voluntad. En este sentido, tal y como declara el artículo 267 del Código civil en la reforma operada por el Anteproyecto de Ley, “la autoridad judicial constituirá la curatela solo cuando no exista otra medida de apoyo suficiente”.

No obstante, es importante mencionar la diferencia entre tutela y curatela pues es la clave para comprender la extinción de la primera en el Anteproyecto de Ley en el ámbito de la discapacidad. Así, tal y como se establece en la STS 282/2009, de 29 de abril, “el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere de un complemento de capacidad”⁴⁹.

Partiendo de esta base, y de la nueva perspectiva de la discapacidad que la CDPD ha transmitido a nuestro ordenamiento jurídico, en los últimos años, y a pesar de que la legislación

⁴⁶ PAU PEDRON, Antonio, “De la incapacitación...” *op cit.* p. 9.

⁴⁷ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. “Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad”, Madrid, 20 de diciembre de 2017, pp. 19-24.

⁴⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina “La Convención...” *op cit.* pp. 350-352.

⁴⁹ STS (Sala de lo civil, Sección 1ª) 282/2009, de 29 de abril (Rec. núm. 1259/2006), Ponente: ROCA TRÍAS, Encarnación, RJ\2009\2901.

civil no se haya adaptado a la CDPD, la jurisprudencia, tras la STS 421/2013, de 24 de junio de 2013⁵⁰, que fue la primera en considerar el nombramiento de un curador a favor de la persona con discapacidad como medio más idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención, ha fijado esta línea jurisprudencial de modo que se ha ido otorgando un carácter residual al uso de la tutela. Su argumentación se basa en que los tribunales vienen considerando la tutela como la forma de apoyo más intensa que pueda haber, por lo que únicamente deberá acudirse a tal medida 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. Sin embargo, teniendo en cuenta las circunstancias personales, puede ser suficiente un apoyo de menor intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En nuestro ordenamiento jurídico está llamada a cumplir dicha función la curatela.

Así, la STS 124/2018, de 7 de marzo dispone que la jurisprudencia, salvo en aquellos supuestos en los que se aprecia una clara incapacidad total de la persona, se viene decantando por la figura de la curatela, en base a la interpretación recogida en la CDPD, pues entiende⁵¹ que en el Código civil la curatela no está circunscrita a la asistencia en la esfera únicamente patrimonial, por lo que al amparo de lo previsto en el artículo 289 del mencionado Código, podrían atribuirse al curador funciones de asistencia personal. Del mismo modo, considera que si las circunstancias personales son propicias para ello, puede ser suficiente un apoyo de menor intensidad, de manera que, en lugar de sustituir a la persona, se le ayude a tomar las decisiones que le afecten. Por lo tanto, la curatela está concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, y no pretende sustituir a la persona con discapacidad, como es el caso de la tutela⁵².

Así las cosas, se asemeja la curatela a un traje a medida graduable en función de los requerimientos y circunstancias de cada persona, que logra atender de manera más adecuada a sus deseos, intereses y voluntad. Al respecto, añade el Ministerio Fiscal que “ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que

⁵⁰ STS, Sala 1ª, de lo Civil, 421/2013, de 24 de junio de 2013, Recurso de Casación núm. 1220/2012

Ponente: SEIJAS QUINTANA, José Antonio, LA LEY 92052/2013.

⁵¹ Haciendo referencia a la STS, Sala de lo Civil, 298/2017, de 16 de mayo, Rec. 2759/2016, Ponente: PARRA LUCÁN, María de los Ángeles, RJ\2017\2207, la cual dispone asimismo que “la curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse”.

⁵² STS, Sala de lo civil, 124/2018, de 7 de marzo, Rec. 4192/2016. Ponente: BAENA RUIZ, Eduardo, LA LEY 10362/2018. Hace referencia a las siguientes sentencias: SSTS de 20 octubre 2014; 11 de octubre de 2011; 30 de junio de 2014; 13 de mayo de 2015; y STS 27 noviembre de 2014.

hagan falta”⁵³. En este sentido, la STS 341/2014, de 1 de julio, dispone que “para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda”⁵⁴.

Además, la mencionada Sentencia 421/2013, de 24 de junio, establece que se ha de tener en cuenta la forma más favorable al interés de la persona con discapacidad y cómo puede evitarse una posible disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York, así como que tenga en consideración, “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”⁵⁵. Asimismo, la STS 373/2016, de 3 de junio dispone que la determinación de las medidas de apoyo debe hacerse en atención a su estado y que las personas que deben prestarlas deberán serlo en beneficio e interés de la persona con discapacidad, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que presente en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones⁵⁶.

En consonancia con lo antedicho, la STS 635/2015, de 19 de noviembre, dispone que la actuación de los poderes públicos debe estar orientada al interés superior de la persona con discapacidad, entendiendo por tal la suma de aquellos factores que se esfuerzan por mantener la persona en su entorno social, sanitario, económico y familiar en el que se desenvuelve, a partir de un modelo adecuado de supervisión, para lo que considera determinante el doble compromiso social e individual por parte de quien asume su cuidado⁵⁷.

Desde este punto de vista, el interés de la persona con discapacidad queda muy relegado en relación con su voluntad. Así, sólo cuando la voluntad no puede expresarse ni reconstruirse, entrará el juego el criterio del interés. Por lo tanto, en caso de discrepancia entre el interés y la voluntad, prevalecerá esta última⁵⁸.

⁵³ Escrito del Ministerio Fiscal en la STS (Sala de lo civil, Sección 1ª) de 29 de abril de 2009, f.j. 3º (RJ 2009, 2901), Ponente: ROCA TRÍAS, Encarnación.

⁵⁴ STS, Sala de lo civil, 341/2014, de 1 de julio, Rec. núm. 1365/2012, Ponente SANCHO GARGALLO, Ignacio, RJ\2014\4518.

⁵⁵ STS, Sala e lo Civil, 421/2013, de 24 de junio, Recurso núm. 1220/2012, f.j. 2º, Ponente: SEIJAS QUINTANA, José Antonio, LA LEY 92052/2013.

⁵⁶ STS, Sala de lo Civil, 373/2016, de 3 de junio, Recurso núm. 2367/2015, Ponente: SEIJAS QUINTANA, José Antonio, LA LEY 59408/2016.

⁵⁷ STS, Sala 1ª, de lo Civil, 635/2015, de 19 de noviembre de 2015, Rec. 62/2015, f.j. 2º párrafo 3º. Ponente: SEIJAS QUINTANA, José Antonio, LA LEY 77112/2018.

⁵⁸ PAU PEDRON, Antonio, “De la incapacitación ...” *op cit.* pp. 9-10.

De este modo, de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado precepto⁵⁹, el Anteproyecto de Ley concibe como principios inspiradores de la curatela: la necesidad, la temporalidad, la proporcionalidad y la personalización de la medida⁶⁰. En lo relativo a la necesidad, puede decirse que la curatela únicamente entrará en juego cuando la persona requiera apoyo de manera continuada⁶¹. Asimismo, será temporal por cuanto se prevé su revisión periódica por un plazo máximo de 3 años, y proporcional respecto de las necesidades de la persona que lo precise, respetando siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica⁶². Finalmente, debe ser personalizada, atendiendo a la trayectoria vital, voluntad, preferencias y valores de la persona⁶³.

Además, y acorde con el principio de primacía del respeto a la voluntad de la persona con discapacidad, se ha de destacar que con la nueva regulación, la autoridad judicial no queda sujeta al orden de prelación del Código civil en lo relativo al nombramiento del curador, sino que una vez oída a la persona necesitada de apoyos, puede prescindir del orden legal y nombrar a la persona que considere más idónea el propio discapacitado o el juez en el caso de que no resulte clara su voluntad, en todo caso atendiendo a los deseos y preferencias de la persona⁶⁴.

En esta línea se ha manifestado la jurisprudencia en los últimos años, considerando que el tribunal puede apartarse del orden legal por diversas razones, entre las que destaca el hecho de que el primer llamado carezca de la idoneidad exigida, incluso porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir dicho cargo⁶⁵, por lo que siempre que resulte motivada la decisión⁶⁶, se ha de atender al beneficio de la persona necesitada de tutela. No obstante, es imprescindible dejar patente que la curatela será principalmente de carácter asistencial, pero que en los casos en los que sea preciso se podrá atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general.⁶⁷

⁵⁹ Artículo 12 CDPD.

⁶⁰ MUNAR BERNAT, Pedro A., “La curatela: principal mediad de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 132-133.

⁶¹ Artículo 249, párrafo 3º del Anteproyecto de Ley.

⁶² Artículo 266 del Anteproyecto de Ley.

⁶³ Ello se concluye de diversos artículos reformados por el Anteproyecto de Ley del Código civil. Entre ellos: el artículo 248, párrafo 3º, artículo 280, párrafo 3º y párrafo 4º.

⁶⁴ Nueva redacción del artículo 274 del Código civil en el Anteproyecto de Ley.

⁶⁵ STS, Sala Civil, 341/2014, de 1 de julio, Rec. núm. 1365/2012, Ponente SANCHO GARGALLO, Ignacio, RJ\2014\4518.

⁶⁶ STS, Sala de lo civil, 458/2018, de 18 julio, Rec. 4374/2017. Ponente: SEIJAS QUINTANA, José Antonio. RJ\2018\2957.

⁶⁷ ESPÍÑEIRA SOTO, Inmaculada, “Taller práctico sobre la reforma de ley en materia de discapacidad. Autocuratela”, 25 de noviembre de 2018, disponible en:

En este sentido, considero que el Anteproyecto de Ley da un paso significativo en lo relativo a la capacidad para expresar la voluntad de la persona con discapacidad, permitiéndole que se antepongan sus deseos y preferencias, que estas sean oídas o averiguadas por una persona que no le representa ni consentirá por ella, pero que en aquellas ocasiones en que la persona no sea capaz de hecho de expresar su voluntad, ello puede dar lugar a un desamparo o desprotección de la misma en el caso de que el régimen impuesto sea tan estricto que al curador se le niegue la capacidad para adoptar las decisiones que le conciernen a la persona con discapacidad. Por consiguiente, estimo necesaria una regulación flexible, que permita a la propia persona decidir por sí misma cuando claramente pueda hacerlo, pero que también posibilite que se decida por ella en los casos en los que notoriamente ello no sea posible, siempre y cuando el curador adopte las medidas que más se adecuen a los intereses de esta.

IV. LOS EFECTOS DE LA CONVENCIÓN EN LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD PARA REALIZAR NEGOCIOS JURÍDICOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN MATERIA DE FAMILIA Y SUCESIONES

Como se ha podido constatar hasta el momento, la CDPD ha tenido un notorio impacto en nuestra legislación civil por cuanto ha supuesto un cambio de perspectiva en materia de discapacidad, incidiendo sobre todo en lo relativo a la capacidad de obrar, lo cual afecta necesariamente a la capacidad para realizar negocios jurídicos. Así, como se verá a continuación, siguiendo las premisas de la Convención de Nueva York, las personas con discapacidad podrán llevar a cabo negocios jurídicos por sí mismas, a través de las medidas de apoyo que se les faciliten con el objetivo de informarlas y ayudarlas a expresar su verdadera voluntad, pero que en ningún caso se extenderá la curatela a los negocios jurídicos que se analizarán, es decir, a los actos de disposición mortis causa ni a la autorización para que la persona con discapacidad contraiga matrimonio, por tratarse de actos personalísimos de acuerdo con lo dispuesto en la STS 597/2017, de 8 de noviembre⁶⁸. De este modo, siguiendo las premisas de los artículos 12.2 y 12.3 de la CDPD, que proclaman el reconocimiento de la igualdad de capacidad de obrar de las personas con discapacidad y la consecuente obligación de los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar el acceso al apoyo

<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/taller-practico-sobre-la-reforma-de-ley-en-materia-de-discapacidad-autocuratela/> (última consulta 19 de mayo de 2019).

⁶⁸ STS Sala 1ª, de lo civil, 597/2017, de 8 de noviembre, Rec. núm. 516/2017, f.j: 6º párrafo 7º Ponente: PARRA LUCÁN, María de los Ángeles, LA LEY 159002/2017.

que puedan necesitar en el ejercicio de la misma, se estiman cambios significativos en la materia tal y como se analizará a continuación.

1. Capacidad para contraer matrimonio por las personas con discapacidad

Aunque el artículo 46 del código civil no mencione a las personas con discapacidad entre las que no pueden contraer matrimonio, el artículo 45.1 del Código civil afirma que “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”, por lo que es un requisito indispensable y su falta acarrea la nulidad, según establece el artículo 73.1º. En este sentido, O´CALLAGHAN⁶⁹ considera que tradicionalmente se ha venido entendiendo que “el consentimiento presupone conciencia y voluntad de prestarlo” y que “la falta de conciencia viene motivada por la falta de *salud mental* de alguno o de los dos contrayentes”. Por su parte, DIEZ- PICAZO Y GULLÓN entienden por consentimiento la voluntad específica de realizar entre los contrayentes los fines asignados a la institución, así como de desempeñar cada uno los roles que les correspondan en la institución⁷⁰.

Así, tal y como se desprendía del artículo 56 del Código civil antes de la entrada en vigor de la CDPD, para comprobar, además de otros requisitos, la salud mental de los contrayentes, se debe tramitar con expediente previo en el Registro civil y si el Juez Encargado del mismo advierte que alguno o los dos contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. Por consiguiente, en todos los casos en que se estimase que concurriese alguna discapacidad intelectual en alguno de los contrayentes, era requisito imprescindible el dictamen médico que confirmase su capacidad para prestar el consentimiento⁷¹.

Del mismo modo, aun habiendo entrado en vigor de la CDPD, cuyo artículo 23.1a) impone la obligación de los Estados Partes a tomar las medidas necesarias para garantizar la igualdad de las personas con discapacidad a contraer matrimonio, la primera reforma del artículo 56 CC, operada por la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria⁷², solamente se ha visto influida por tal Convención en lo relativo al lenguaje, mas no a la esencia, pues la única adaptación que se ha hecho ha sido la sustitución

⁶⁹ O´CALLAGHAN Xavier, “Salud mental y derecho civil: encuentros y controversias”, Revista “Psicopatología Clínica, Legal y Forense”, Vol. IV, 2004, p. 30.

⁷⁰ DIEZ- PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, “Sistema de Derecho civil”, Vol. IV, Tomo I, Derecho de Familia, 10º Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2018, p. 73.

⁷¹ O´CALLAGHAN Xavier, Salud mental y derecho civil: encuentros y controversias, Revista “Psicopatología Clínica, Legal y Forense”, Vol. IV, 2004, p. 30.

⁷² Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2015, páginas 54068 a 54201 (134 págs.).

de la dicción de «anomalías psíquicas», por «deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales», manteniéndose, por tanto, la exigencia de dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento y, por ende, para que el matrimonio sea válido, en todos los supuestos en que los contrayentes tengan alguna discapacidad.

Ante ello, la STS, Sala de lo Civil, número 597/2017, de 8 de noviembre, argumenta que en nuestro ordenamiento jurídico no se contempla la privación de la capacidad para contraer matrimonio ni en consecuencia prevé que la persona con discapacidad requiera autorización judicial para que compruebe su capacidad, por lo que “en ausencia de norma expresa que permita privar «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 como cuando, sin estarlo, adolezca de alguna deficiencia psíquica” Asimismo, por virtud de lo establecido en la STS 145/2018, de 15 marzo, ni la declaración de incapacitación ni el padecimiento de discapacidad intelectual son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud de una persona con discapacidad de contraer matrimonio.

En mi opinión reputar de imprescindible el requisito del dictamen médico, de forma generalizada para todos los supuestos, independientemente del grado de discapacidad, es incoherente con la realidad pues hay muy diversas discapacidades y todas ellas admiten graduaciones. Por lo tanto, no debe considerarse de forma extendida que todas las personas con discapacidad intelectual carezcan de los presupuestos necesarios para consentir, por lo que el Notario únicamente debería recurrir a ello en los casos en que se aprecie una notoria falta de capacidad para expresar la voluntad, pues de lo contrario se estaría imponiendo una carga más gravosa a la persona por razón de su discapacidad, considerando que el padecimiento de la misma es suficiente para afirmar que no es consciente de sus acciones.

Así lo ha manifestado la Resolución- circular de la DGRN de 23 de diciembre de 2016, sobre la interpretación y aplicación del artículo 56 del Código civil, afirmando que el referido precepto debe interpretarse siempre de forma estricta y en relación a supuestos excepcionales en los que a pesar de los apoyos, la discapacidad afecte de forma evidente e impeditiva a la capacidad para prestar el consentimiento, y no a aquellos supuestos en que la discapacidad

afecte tan solo a los medios, canales o soportes de emisión de ese consentimiento o nada tenga que ver ni guarde relación con la aptitud para prestarlo.⁷³

De este modo, afortunadamente y gracias a la implicación del CERMI, el artículo 56 CC se ha visto modificado en la nueva reforma de la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. No obstante, a pesar de haberse publicado en el BOE, está a expensas de entrar en vigor el 29 de junio de 2020. La nueva redacción, que tiene como objetivo adecuar nuestra legislación al mencionado precepto de la CDPD sería, por tanto, la siguiente: “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, interpretación 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”⁷⁴.

Por lo tanto, según este precepto es necesario que el funcionario encargado de llevar a cabo la celebración del acto matrimonial deba asegurarse de que la persona con discapacidad esté provista de los medios necesarios y adecuados a su situación, con el fin de que pueda expresar adecuadamente su voluntad, dado que tal y como se ha señalado anteriormente y reitera la STS 124/2018, de 7 de marzo⁷⁵, el curador no podrá asistir a la persona con discapacidad a la autorización para que esta contraiga matrimonio, por tratarse de un acto personalísimo. Asimismo, según las previsiones contempladas en el citado precepto, a partir de la entrada en vigor del mismo, la regla general sería la no necesidad de contar con un dictamen médico que avale la aptitud de la persona con discapacidad, por lo que se presume que la persona es capaz de consentir por sí misma o contando con las medidas de apoyo que requiera.

⁷³ Resolución- circular de 23 de diciembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación y aplicación del artículo 56 del Código civil, relativo a la forma de celebración del matrimonio, disponible en: http://www.cnse.es/uploaded/publicaciones/10012017141824_1863.pdf (última consulta 19 de mayo de 2019).

⁷⁴ Artículo 56.2 del Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil.

⁷⁵ STS, Sala de lo civil, 124/2018, de 7 de marzo, Rec. 4192/2016. Ponente: BAENA RUIZ, Eduardo, LA LEY 10362/2018.

De ello se concluye, a *sensu contrario*, que si el dictamen médico determina que la persona con discapacidad no tiene una noción básica del fundamento, características y efectos de institución matrimonial, no podrá contraer matrimonio.

Es por ello que, gracias a las reformas acaecidas y su adaptación a la CDPD, el Anteproyecto de Ley no ha incidido en este apartado. No obstante, si ha previsto la supresión del artículo 1330 del Código civil que establece que el incapacitado judicialmente solo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de sus padres, tutor o curador, lo cual es plenamente coherente con lo dispuesto en la nueva redacción cuya entrada en vigor se espera para 2020 del artículo 56.2 del Código Civil, dado que la persona con discapacidad tiene plena capacidad para prestar consentimiento por sí misma a la hora de contraer matrimonio por lo que no requiere la asistencia de ninguna de las figuras mencionadas en dicho artículo, sino únicamente se prevé el apoyo en aquellas ocasiones y de aquella forma en que lo necesite.

2. Capacidad para otorgar testamento por las personas con discapacidad

En lo relativo a la capacidad para otorgar testamento de la persona con discapacidad, en consonancia con el art. 12.5 CDPD, el cual impone la obligación a los Estados Partes a tomar las medidas necesarias para garantizar la igualdad en el derecho de las personas con discapacidad a heredar bienes, que según GARCÍA CANTERO implica también la testamentifacción activa⁷⁶, el Anteproyecto de Ley ha reformado los artículos 663 y 665 del Código civil.

Así, en primer lugar, el artículo 663 párrafo 2º del Código civil vigente dispone que está incapacitado para testar “el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”. El Anteproyecto de Ley ha reformado dicho precepto considerando que no puede testar “la persona que en el momento del otorgamiento tenga afectadas las facultades de discernimiento necesarias para ello”. Si tenemos en cuenta la jurisprudencia actual, el término “cabal juicio” engloba “cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue”⁷⁷.

⁷⁶GARCÍA CANTERO, Gabriel. Revista de Derecho Civil, vol. I, núm.4 (octubre-diciembre, 2014), Estudios, p.91.

⁷⁷ STS, Sala de lo Civil, 1063/2007, de 4 octubre, Rec. 3571/2000 Ponente: SEIJAS QUINTANA, José Antonio fj.11, LA LEY 154046/2007.

En este sentido, puede decirse que el único cambio sustancial que puede apreciarse en la reforma de tal precepto es que introduce una premisa cuando dispone que debe tenerse en cuenta la salud mental de la persona “en el momento del otorgamiento”, que aunque ya se refiere a ello los artículos 664 y 666 del Código civil vigente, en esta ocasión la interpretación de las últimas sentencias en la materia hacen inclinarse hacia un nuevo supuesto: que no cabe la incapacitación ex ante para otorgar testamento. En este sentido se ha pronunciado la STS, de 15 de marzo de 2018, cuando admite la validez de dos testamentos, uno de ellos habiéndose otorgado previo al procedimiento de incapacitación y el otro mientras la persona estaba inmersa en el procedimiento. Ello en base a los argumentos que da en su fundamento de derecho cuarto, que se pueden resumir en que en base a la CDPD queda reforzado el principio de presunción de capacidad que ya resultaba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE, art. 322 CC, art. 760.1 LEC) y que “de manera específica para el testamento, el art. 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe «expresamente». De este modo se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción. En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad”⁷⁸.

Por otro lado, puede decirse que cuando la persona ha sido incapacitada judicialmente la ley actual distingue dos situaciones. En primer lugar, si la sentencia de incapacitación se pronunció expresamente acerca de la capacidad para testar de la persona con discapacidad y la privó de tal posibilidad, esta última no podrá testar válidamente en tanto que no recaiga otra sentencia que elimine tal prohibición.⁷⁹ Sin embargo, tal y como se ha expuesto anteriormente, la jurisprudencia ha declarado que no cabe una incapacitación ex ante. En cambio, en el caso de que la sentencia de incapacitación no se pronunciase sobre la posibilidad de otorgar testamento el incapacitado podrá testar con las exigencias del art. 665 del Código civil. Este precepto actualmente establece que “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”. Por lo tanto, esto supone que en todos los casos en que una persona esté incapacitada judicialmente quiera otorgar testamento, deberá hacerlo en

⁷⁸ STS, Sala de lo Civil, 146/2018, de 15 de marzo, Rec. 2093/2015, Ponente: PARRA LUCÁN, María de los Ángeles, f.j. 4º, LA LEY 12371/2018.

⁷⁹ INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID “la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, p. 478, disponible en: <https://www.consaludmental.org/publicaciones/ConvencionInternacionalordenamientojuridico.pdf>.

presencia de dos facultativos además del Notario, aunque este último aprecie que tiene capacidad suficiente y no requiera de la presencia de ningún especialista que lo acredite. Es por ello que este artículo pretende ser reformado de la siguiente manera: “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”. Ello supone que ante esa duda razonable el Notario tiene la obligación de contar con dos facultativos, pero que si de lo contrario, el Notario no duda de la capacidad de la persona para otorgar testamento, a pesar de que la persona esté incapacitada en virtud de sentencia judicial, no deberá contar con los facultativos. Ello en cuanto a que, tal y como se viene considerando desde hace poco menos de un siglo⁸⁰, la autoridad del notario como funcionario público es suficiente para hacer un juicio sobre la capacidad de la persona. Así, podemos retrotraernos a la STS 18 de marzo de 1988, la cual ya venía considerando que “la manifestación del Notario autorizante del testamento en orden a la capacidad testamentificadora del otorgante, dado el prestigio y seriedad de la institución notarial adquieren una especial relevancia, constituyendo una enérgica presunción «iuris tantum» de aptitud, que sólo puede destruirse mediante una completa prueba en contrario”⁸¹. Asimismo, más recientemente alude a ello la STS 20/2015, de 22 de enero, precisando además que “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”⁸².

Por consiguiente, tal y como argumenta GARCÍA RUBIO, “en muchos casos, especialmente ante los testamentos que pudiéramos llamar sencillos, el notario será precisamente el apoyo puntual adecuado que el testador precisa para el correcto ejercicio de su capacidad, pues su competente asesoramiento puede ser suficiente para eliminar las dificultades que comprensión que la persona pudiera tener”⁸³. Por otra parte, tal y como apunta GUILARTE

⁸⁰ La primera Sentencia que se manifestó al respecto fue la STS de 8 de mayo de 1922, tal y como se cita en esta sentencia de 1988.

⁸¹ STS, Sala de lo Civil, 533/1988, de 18 de marzo, Ponente: MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano f.j.5º, RJ 1988\10355, haciendo referencia a las siguientes sentencias: Sentencias de 8 mayo 1922, 23 marzo 1944 [RJ 1944\317], 25 marzo 1957 [RJ 1957\1181], 16 abril 1959 [RJ 1959\1974], 7 febrero 1967 [RJ 1967\550], 21 junio 1986 [RJ 1986\3788] y 10 abril 1987 [RJ 1987\2549].

⁸² STS, Sala de lo Civil, 20/2015, de 22 de enero, Rec. núm: 1249/2013, Ponente: BAENA RUIZ, Eduardo, f.j.6º, RJ 2015\465.

⁸³ GARCÍA RUBIO, María Paz, Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, “Algunas propuestas de reforma del código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. en especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil” p. 176.

MARTÍN-CALERO, el Notario hace una “impagable labor social” en cuanto a que no se limita a la autorización del testamento sino que lo redacta según la voluntad manifestada por el testador traduciendo lo expresado al lenguaje jurídico, por lo que la actuación del Notario en los casos de las personas con discapacidad se convierte en un verdadero auxilio en el ejercicio de su derecho a testar.

En este sentido, la STS 848/1998, de 19 septiembre⁸⁴, subraya esta importante función del Notario al establecer que ha de tenerse en cuenta que en materia de testamentos, especialmente la actividad del Notario no limita su función a la redacción de la última voluntad del testador, sino que el deber profesional y más aún el respeto y acomodo a la legalidad, le impone asesoramientos precisos que se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador, porque la voluntad inicial de éste puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca cabe suplirlas y menos sustituirlas, por ser actividades distintas de las de asesores o más bien poner el camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presentan complejidad”⁸⁵.

Así, tal y como han apuntado las citadas autoras⁸⁶, puede concluirse que a través de la intervención notarial que asista al testador y le ayude a comprender la trascendencia de las decisiones que está tomando, se cumpliría con la premisa exigida en el artículo 12.3º CDPD ya que la función notarial constituye el apoyo preciso, adecuado y proporcional que requiere el citado precepto, dado que garantiza, de una parte, que toda persona con discapacidad puede testar si tiene la capacidad de entender y querer y, de otra, que su voluntad, encauzada y reforzada por la intervención notarial, surtirá los efectos que le son propios.

Entiendo que el apoyo del Notario es relevante pero puede ocurrir que la persona requiera de algún tipo de asistencia que este no pueda proporcionarle por lo que estimo conveniente que la reforma se incluya alguna de las medidas previstas en el artículo 56.2 relativo al matrimonio, esto es, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del otorgante, por parte del Notario en este caso.

⁸⁴ STS, Sala de lo Civil, 848/1998, de 19 septiembre, Rec. núm. 2318/1994, Ponente: VILLAGÓMEZ RODIL, Alfonso, RJ 1998\6399.

⁸⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina “La Convención...” *op cit.* p. 362.

⁸⁶ GARCÍA RUBIO, María Paz y GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA. La CDPD concibe a la persona con discapacidad desde el punto de vista de su condición de persona y no desde el punto de vista de su discapacidad. Así, el artículo 12 CDPD proclama la igualdad de la capacidad jurídica de todas las personas, entendida por tal tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar, considerando que la discapacidad, por sí sola, no justifica la privación de capacidad de obrar. En este sentido, en nuestro sistema se propone la reformulación del procedimiento de incapacitación, optando por uno que, con las mismas garantías legales, desemboque en la concreción de las medidas de apoyo que pueda necesitar esa determinada persona, tratando de realizar, en la medida de lo posible, un traje a medida según sus particulares necesidades. De este modo, afirma que la persona lo que necesita son apoyos, no modificaciones o restricciones a su capacidad. Por lo tanto, da lugar a un cambio significativo en lo relativo a la capacidad para realizar actos y negocios jurídicos, además de dejar de considerar la discapacidad como un elemento modificativo de su estado civil.

SEGUNDA. El sistema paternalista instaurado en nuestro Código civil debe ser reformado por un sistema que priorice la dignidad de la persona y la toma de sus propias decisiones como ocurre en el modelo social de la discapacidad que se propone. Así, se ha de pasar de un sistema de sustitución a otro de apoyos, dando prioridad a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, siendo en caso de conflicto el interés de la persona el prevalente.

TERCERA. El impulso por parte del Ministerio Fiscal, así como del CERMI y la posición doctrinal han sido determinantes para la implementación paulatina del nuevo modelo de la discapacidad en las leyes aprobadas y en las propuestas de reforma contenidos en los Anteproyectos de Ley de modificación del artículo 49 de la Constitución Española y de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

CUARTA. A pesar de que el ordenamiento jurídico vigente no dispone la exclusión de la tutela en el ámbito de la discapacidad, tras la STS 421/2013, de 24 de junio, este ha sido el criterio seguido de forma unánime por los tribunales, considerando la curatela como medida más adecuada para dar cumplimiento al respeto a la dignidad exigido por la CDPD. No obstante, ello no ha ocurrido en el caso del procedimiento de incapacitación, que tras su justificación en la STS 282/2009, de 29 de abril, ha continuado considerándose como una medida de protección de la propia persona.

QUINTA. Se ha de destacar el papel relevante que otorga el Anteproyecto de Ley y la Ley 4/2017, de 28 de junio, a los funcionarios encargados de tramitar el expediente matrimonial y celebrar el acto de otorgamiento del testamento pues serán estos últimos los que deban asistir las

a través de los medios técnicos y materiales que precisen, en el único caso de que lo requieran y no de forma generalizada, sin que sea necesario contar con un dictamen médico en aquellos casos en que no se aprecie una clara falta de capacidad para consentir el acto, pues el curador no estará legitimado para prestar asistencia en estos casos por tratarse de actos personalísimos.

SEXTA. Como se ha podido ver a lo largo del trabajo, la CDPD ha tenido un claro impacto en el sistema civil español, pues ha traído consigo numerosas reformas desde su ratificación y publicación en nuestro país, pero aun queda un largo camino por hacer, y se puede decir que el comienzo del mismo viene de la mano del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. No obstante, como digo, aunque significativo, solo es un primer paso pues estimo que esta posible regulación requiere de mayores concreciones y garantías para la implementación de todas las medidas que se prevén, con el fin de que no se sobreproteja a las personas con discapacidad por razón de la misma, pero que tampoco se queden desamparadas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. Legislación

A) Nacional

- Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978, «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de Personas con Discapacidad «BOE» núm. 289, de 03/12/2003.
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008, páginas 20648 a 20659 (12 págs.).
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. «BOE» núm. 184, de 02/08/2011.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2015, páginas 54068 a 54201 (134 págs.).
- Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 21 de septiembre de 2018, disponible en:
<https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2018/09/anteproyecto-discapacidad.pdf>

B) Internacional

- Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicada el 13 de diciembre de 2006, por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, disponible en:
<https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRPD/Pages/disabilitiesconvention.aspx>

2. Libros y capítulos de libros

- CUENCA GÓMEZ, Patricia, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, REDUR 10, diciembre 2012.
- GARCÍA LLARENA, Viviana. “El mayor interés en la esfera personal del incapaz”, Capítulo I: Premisas y precedentes. Editorial: contrabajo documentos, A Coruña, 2002.

- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina “La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de los derechos a los hechos” Capítulo: “La capacidad para testar y el artículo 12 de la Convención de Nueva York” Ed. Tirant Lo Blanch, Sevilla, 2015, pp. 350-352.
- LIDÓN HERAS, Leonor, “La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos” Capítulo “La otra mirada, presupuesto para la toma de conciencia sobre la dignidad y los derechos de las personas con discapacidad- Artículo 8 de la Convención”, Editorial Tirant Lo Blanch, Sevilla, 2015.
- LORENZO GARCÍA, Rafael. “La convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, de los derechos a los hechos”, Capítulo “La Convención, un desafío inaplazable” Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 39.
- DIEZ- PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, “Sistema de Derecho civil”, Vol. IV, Tomo I, Derecho de Familia, 10ª Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2018.

3. Artículos publicados en revistas o en periódicos

- BARRANCO, María del Carmen; CUENCA, Patricia; RAMIRO, Miguel Ángel. “Capacidad Jurídica y Discapacidad: El artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad”. Anuario Facultad de Derecho- Universidad de Alcalá V, 2012.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, “Algunas propuestas de reforma del código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. en especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel. Revista de Derecho Civil, vol. I, núm.4 (octubre-diciembre, 2014), Estudios.
- MUNAR BERNAT Pedro A., “La curatela: principal mediad de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, Estudios.
- PAU PEDRON, 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.
- O’CALLAGHAN Xavier. “Salud mental y derecho civil: encuentros y controversias”, Revista “Psicopatología Clínica, Legal y Forense”, Vol.4, 2004.

- Artículo “Aprobado el anteproyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución que dota de mayor protección a los derechos de las personas con discapacidad”, de 7 de diciembre de 2018, publicado en:

<http://www.convenciondiscapacidad.es/2018/12/07/aprobado-el-anteproyecto-de-reforma-del-articulo-49-de-la-constitucion-que-dota-de-mayor-proteccion-a-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad/>.

4. Informes de instituciones

- CERMI. Informe “Derechos humanos y discapacidad”. España: Colección ONU, Ediciones Cinca, 2016, p. 13 disponible en:http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2018/02/19_Informe-2016_ONU.pdf.
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. “Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad”. Madrid, 20 de diciembre de 2017.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Observación General nº 1, Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, Doc. UN CRPD/C/GC/2, 2014, par. 16, 17, 18, 28, 29, 33 y 34. En CERMI. Informe “Derechos humanos y discapacidad”. España: Colección ONU, Ediciones Cinca, 2016, disponible en: http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2018/02/19_Informe-2016_ONU.pdf.
- INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID “la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, disponible en: <https://www.consaludmental.org/publicaciones/ConvencionInternacionalordenamientojuridico.pdf>.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. “Informe Mundial sobre la Discapacidad”, Malta, 2011.

5. Documentos difundidos en Internet

- AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y de las personas con trastornos de salud mental”, 2013, disponible en: <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/legal-capacity-persons-intellectual-disabilities-and-persons-mental-health-problems>, (última consulta 7 de abril de 2019).

- ESPÍÑEIRA SOTO, Inmaculada, “Taller práctico sobre la reforma de ley en materia de discapacidad. Autocuratela”, 25 de noviembre de 2018, disponible en:<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/taller-practico-sobre-la-reforma-de-ley-en-materia-de-discapacidad-autocuratela/> (última consulta 19 de mayo de 2019).
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. “El procedimiento para la adopción de las medidas de protección: una propuesta de reforma”, Comunicació a les XVIIenes Jornades de Dret Català a Tossa, disponible en: http://civil.udg.es/tossa/2012/textos/com/Comunicacio_Guilarte.pdf (última consulta 27 de abril de 2019).
- Propuesta de mejora del artículo 12.2 CDPD en “Aportes a la elaboración de la Observación general sobre el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” *Febrero 2014*, disponible en: <http://www.cels.org.ar/common/documentos/Aportes%20a%20la%20Observacion%20General%20Sobre%20el%20Articulo%2012%20de%20la%20Convencion%20C3%B3n%20Sobre%20los%20Derechos%20de%20las%20Personas%20con%20Discapacidad.pdf>. (última consulta 14 de abril de 2019).
- BOTELLO HERMOSA, Pedro, Revista de Derecho UNED, núm. 17, 2015, p. 618, disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/16287/14034> (última consulta 16 de mayo de 2019).

6. Jurisprudencia

A) Nacional:

- STS, Sala de lo Civil, 533/1988, de 18 de marzo, Ponente: MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano, RJ 1988\10355.
- STS, Sala de lo Civil, 848/1998, de 19 septiembre, Rec. núm. 2318/1994, Ponente: VILLAGÓMEZ RODIL, Alfonso, RJ 1998\6399.
- STS, Sala de lo Civil, 1063/2007, de 4 octubre, Rec. 3571/2000 Ponente: SEIJAS QUINTANA, José Antonio, LA LEY 154046/2007.
- STS, Sala de lo Civil, 282/2009, de 29 de abril, Rec núm. 1259/2006, Ponente: ROCA TRÍAS, Encarnación, RJ\2009\2901.
- STS, Sala de lo Civil, 421/2013, de 24 de junio, Rec. núm. 1220/2012, Ponente: SEIJAS QUINTANA, José Antonio, LA LEY 92052/2013.
- STS, Sala Civil, 341/2014, de 1 de julio, Rec. 1365/2012, Ponente: SANCHO GARGALLO, Ignacio, RJ\2014\4518.

- STS, Sala de lo Civil, 20/2015, de 22 de enero, Rec. núm. 1249/2013, Ponente: BAENA RUIZ, Eduardo, RJ 2015\465.
- STS, Sala de lo Civil, 244/2015, de 13 de mayo Rec. núm. 846/2014, Ponente: SANCHO GARGALLO, Ignacio, RJ\2015\2023.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 635/2015, de 19 de noviembre de 2015, Rec. núm. 62/2015, Ponente: SEIJAS QUINTANA, José Antonio, LA LEY 77112/2018.
- STS, Sala de lo Civil, 373/2016, de 3 de junio, Rec. núm. 2367/2015, Ponente SEIJAS QUINTANA, José Antonio, LA LEY 59408/2016.
- STS, Sala de lo Civil, 298/2017, de 16 de mayo, Rec. núm. 2759/2016, Ponente: PARRA LUCÁN, María de los Ángeles, RJ\2017\2207.
- STS, Sala de lo Civil, 597/2017, de 8 de noviembre, Rec. núm. 516/2017, Ponente: PARRA LUCÁN, María de los Ángeles, LA LEY 159002/2017.
- STS, Sala de lo civil, 124/2018, de 7 de marzo, Rec. núm. 4192/2016. Ponente: BAENA RUIZ, Eduardo, LA LEY 10362/2018.
- STS, Sala de lo Civil, 145/2018, de 15 marzo, Rec. núm. 3487/2016, Ponente: PARRA LUCÁN, María de los Ángeles, RJ 2018\1478.
- STS, Sala de lo Civil, 146/2018, de 15 de marzo, Rec. núm. 2093/2015, Ponente: PARRA LUCÁN, María de los Ángeles, LA LEY 12371/2018.
- STS, Sala de lo Civil, 458/2018, de 18 julio, Rec. 4374/2017, Ponente: SEIJAS QUINTANA, José Antonio, RJ\2018\2957.

B) Internacional:

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 27 de marzo de 2008, As. Shtukaturon v. Russia, nº 44009/05, en la Página Web del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22itemid%22%3A%22002-2103%22%7D> (última consulta 17 de mayo de 2019).

7. Resoluciones

- Resolución- circular, de 23 de diciembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación y aplicación del artículo 56 del Código civil, relativo a la forma de celebración del matrimonio, disponible en: http://www.cnse.es/uploaded/publicaciones/10012017141824_1863.pdf (última consulta 19 de mayo de 2019).