

**LA ESPERADA NUEVA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD
JURÍDICA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL A LA LUZ DEL ART.
12 DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE
LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, DE
13 DE DICIEMBRE DE 2006**

María Paz García Rubio
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela
Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación

TITLE: *The expected new regulation of the legal capacity in the Spanish Civil code in light of art. 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 13 December 2006.*

RESUMEN: La contribución trata de hacer un bosquejo de lo que han de ser las líneas generales de la nueva regulación del Código civil español en tema de discapacidad, nueva regulación destinada a cumplir con las exigencias de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y muy en particular con las derivadas de su art. 12. Para ello la autora destaca las ideas clave contenidas en el mencionado precepto convencional, para a continuación poner de relieve los principales pasos que es preciso ensayar, algunos de los cuales ya han sido dados por la más reciente jurisprudencia dictada en la materia. Concluye el trabajo con las más relevantes ideas que se desprenden de las reglas bosquejadas hasta ahora en los trabajos de la Comisión prelegislativa de la que la autora forma parte.

ABSTRACT: *This contribution tries to present the outlines of the new regulation of the Spanish Civil code concerning disability, new regulation intended to satisfy the requirements of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, especially those resulting from art. 12. To this end, the author highlights the main ideas contained in the aforementioned article to consecutively spotlight the principal steps that should be taken, some of which have already been undertaken by the most recent case-law. The paper concludes with the most relevant ideas arising from the work that the pre-legislative Commission has done, of which the author is a member.*

PALABRAS CLAVE: capacidad jurídica, Código civil, discapacidad, sistema de apoyos.

KEYWORDS: *legal capacity, Civil code, disability, support system.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN AL TEMA. II. IDEAS FUERZA CONTENIDAS EN EL ART. 12 CNUPD. 2. IDEAS FUERZA CONTENIDAS EN EL ART. 12 CNUPD. 3. ¿CÓMO SE PASA DE UN RÉGIMEN DE SUSTITUCIÓN A UNO DE APOYOS CON SALVAGUARDAS? 4. LAS LÍNEAS MAESTRAS DEL TRABAJO REALIZADO EN LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN Y EL CAMINO ALLANADO POR EL TRIBUNAL SUPREMO.

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA

Como reza el título que rubrica estas palabras, el objeto de la presente contribución radica en la exposición de las líneas básicas que previsiblemente va a seguir el Código civil español en un futuro próximo si se toman en consideración los trabajos que, hace ya tiempo, viene realizando la Sección Primera de la Comisión General de Codificación para adaptar dicho texto (y otros concordantes, como la Ley Hipotecaria, por ejemplo) a las exigencias derivadas del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas, hecha en

Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad (en adelante CNUDP), ratificada por el Reino de España en Instrumento de 2 de noviembre de 2007 y publicada en el BOE de 23 de abril de 2008.

Han sido muchas las voces que han resaltado el giro realmente copernicano que supone la Convención en lo que atañe al tratamiento jurídico de la discapacidad, al poner el foco del mismo en la consideración de estas personas como sujetos plenos de los derechos humanos en igualdad de condiciones que los demás, lo que significa que no se trata ya que los sistemas jurídicos establezcan mecanismos de protección y tutela de estas personas en razón de su condición de personas con discapacidad, sino que, como en cualquier otro titular de derechos, se parta también para ellos de principios como el respeto a la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual –incluida la libertad para tomar las propias decisiones–, la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana.

Con estas premisas, es palmario desde cualquier punto de vista, que la aplicación directa del texto internacional derivada del valor que le confiere el art. 96 de la Constitución Española no obviaba, sino más bien todo lo contrario, la necesidad de que el legislador español realizase una labor de adaptación de su ordenamiento jurídico interno a los dictados de la Convención, quehacer que ha contado con algunos hitos notables como la Ley 26/2011, de 1 de agosto, llamada precisamente de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta ley, cuyo contenido hace un barrido por distintas normas con rango de ley que afectan a cuestiones tan variadas como igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, la extracción y trasplante de órganos, la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la reproducción asistida, o el estatuto del empleado público, entre otras varias, fue sin embargo expresamente consciente de que quedaban todavía muchos aspectos por adaptar a la nueva Convención. Por ello, dedicó algunas de sus disposiciones postreras a ordenar la elaboración de otros textos legales; así sucedió con la Disposición Final Segunda que ordenaba al Gobierno la refundición de determinados textos legales y que dio lugar al RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Mucho más complicado ha demostrado ser el dar cumplimiento a lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima de la citada Ley 26/2011, que con la denominación de “Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones”, instaba al Gobierno para que, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitiera a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las

Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen.

Muchos años después el mandato normativo sigue sin estar culminado, aunque es justo decir que algunos pasos sí se han dado, sobre todo por parte de la doctrina y de la jurisprudencia que en buena parte en ella se inspira. Tampoco creo que debamos rasgarnos las vestiduras por el retraso, y no solo porque de nada sirve hacerlo, sino también y sobre todo porque el empeño tiene la suficiente enjundia – se trata, sin lugar a dudas, del mayor reto que la Convención representa para cualquier ordenamiento jurídico, reto que también es el más difícil- como para acometerlo con el mayor cuidado y tomándose el tiempo necesario para hacerlo de la mejor manera posible.

Para intentar dar una cabal idea de lo que tal labor significa, en lo que atañe al Código civil español (y, como he dicho, a otros textos estatales afectados, sobre todo la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero también la Ley Hipotecaria, por ejemplo), las páginas que siguen se dedicarán de modo sucesivo a tres temas: el primero, la exposición de las ideas fuerza que sustentan el art. 12 de la CNUPD y sobre las que habrá de basarse la nueva regulación española (en este caso estatal, pero a la que también deberían acomodarse las legislaciones autonómicas competentes, cuestión sobre la que no puedo aquí entrar); el segundo, el perfilado de las líneas que han de marcar el paso de un sistema como el que tenemos todavía en vigor en nuestro Código civil, a un sistema nuevo, como el que diseña la CNUPD; el tercero y último, la relación sucinta de cómo se pretenden plasmar esas ideas en el nuevo Código civil español, de acuerdo con la propuesta que, más temprano que tarde, habrá de hacer la Sección Primera de la Comisión General de Codificación.

2. IDEAS FUERZA CONTENIDAS EN EL ART. 12 CNUPD

Con la rúbrica, un tanto equívoca, de “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, el art. 12 CNUPD tiene el siguiente contenido:

- 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*
- 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*
- 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*
- 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.*

Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

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

Aunque tan extenso texto daría para una exégesis mucho más dilatada, me voy a limitar aquí a señalar las tres ideas básicas que, a mi juicio, contiene este artículo si de lo que se trata es de influir en un ordenamiento jurídico como el nuestro, esto es, perteneciente a un sistema codificado de corte eminentemente continental y en el que ya, por hipótesis, se respetan los derechos humanos o, al menos, se respetan en sus líneas más diáfanas.

Tres son a mi juicio tales ideas. La primera la de capacidad jurídica, que se menciona en el párrafo segundo del citado art. 12 y que, como ha señalado expresamente la Observación General número 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, publicada en 2014, incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos, como la capacidad de ejercerlos. Por consiguiente, el término no se identifica con el capacidad jurídica en el sentido que tradicionalmente se le ha dado en nuestro Derecho, esto es equivalente al de personalidad jurídica (capacidad legal según el Informe del Comité de Derechos Humanos de la ONU), sino que abarca también la capacidad de ejercer tales derechos, esto es, lo que tradicionalmente hemos denominado capacidad de obrar y que el citado Comité prefiere designar como legitimación para actuar.

Pues bien, más allá de la cuestión terminológica, parece evidente que el aspecto de la capacidad jurídica que habitualmente se niega o en el que se discrimina a la persona con discapacidad en los ordenamientos jurídicos digamos modernos, ha sido el segundo, es decir, en la capacidad de estas personas en igualdad de condiciones que las demás, para el ejercicio de actos con transcendencia jurídica, como pueden ser, entre muchos otros y solo a título de ejemplo, los de votar, contraer matrimonio, testar, vender, comprar, pedir préstamos, consentir o no a determinados actos médicos, o incluso otros aparentemente más modestos como la toma de decisiones sobre el propio domicilio o residencia.

Y ello ha sido así porque el sistema tradicional seguido en estos ordenamientos se basa en un modelo protector del discapacitado, que exige trabajar con la idea de sustitución de estas personas en la toma de las decisiones que les afecten, sobre todo en caso de

discapacidad cognitiva de cierta entidad; sería algo así como lo siguiente: puesto que estas personas no tenían capacidad cognitiva (no saben bien lo que hacen) lo que el Derecho debe procurar es que alguien con plena capacidad de decisión decida por ellos lo que más les conviene. Se trata pues, de un modelo de sustitución en la toma de decisiones, de carácter eminentemente paternalista y basado en la idea del mejor interés de la persona con discapacidad. Baste con decir, por el momento, que el art. 12 CNUPD rompe con este modelo que, para mayor claridad, ha de considerarse radicalmente incompatible con el contenido de la Convención.

En este nuevo escenario surge la segunda de las ideas fuerzas a las que antes hice mención; el modelo sustitutivo en la toma de decisiones ha de ser reemplazado por el de apoyo a la persona con discapacidad en la toma de sus propias decisiones, tal y como se reconoce en el párrafo tercero del reiterado art. 12.

Aunque también sobre este concepto cabría hacer muchas precisiones, me limito a señalar que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 señala, apoyo es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones, desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona discapacitada. Luego apoyo no es simplemente la medida de autoridad institucionalizada y reglada en un Código o en otra norma del rango y naturaleza que sea; apoyo es un término mucho más amplio que a veces puede encontrarse en realidades puramente fácticas y que en otras requerirá una más acabada construcción técnico-jurídica.

Finalmente, y con ello llego a la tercera de las ideas clave que deseaba apuntar, cabe decir que con el fin de asegurar que las medidas de apoyo no suponen el regreso por la puerta de atrás a los sistemas sustitutivos de la capacidad de obrar que se quieren expulsar del nuevo sistema, el art. 12.4 CNUPD establece la necesidad de que los Estados establezcan en sus ordenamientos jurídicos, además de los apoyos, todas las medidas de salvaguarda que sean adecuadas y efectivas para que el nuevo modelo se respete, es decir, se establezcan las garantías que sean necesarias para asegurar el reconocimiento *tout court* de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos y la toma de sus propias decisiones. Dice la reiterada Observación que estas medidas estarán destinadas a asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona y que cuando no sea posible determinar esa voluntad y esas preferencias después de haber hecho un esfuerzo considerable, el modelo del “interés superior” o del “mejor interés” de la persona con discapacidad debe ser sustituido por el de “la mejor interpretación posible de su voluntad y sus preferencias”. Por consiguiente, debe de quedar claro que el concepto de interés superior no es una salvaguarda o garantía válida en relación con las personas adultas, puesto que las personas con discapacidad no son menores de edad, y lo que vale para estas no es aplicable a para aquellas.

Señalaré por último, en relación a esta tercera idea fuerza, que las salvaguardas que se diseñen en los sistemas jurídicos que acojan la Convención no solo han de garantizar la toma de decisiones por la persona con discapacidad, con los apoyos que sean necesarios, sino que también deben impedir, en su caso, que la persona que presta apoyo ejerza influencia indebida (miedo, amenazas, agresión, manipulación, etc.) sobre la persona discapacitada.

3. ¿CÓMO SE PASA DE UN RÉGIMEN DE SUSTITUCIÓN A UNO DE APOYOS CON SALVAGUARDAS?

Para responder a la pregunta antecedente he de apuntar que los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones pueden revestir muchas formas diferentes; entre ellas, la más conocida entre nosotros es la tutela entendida en su modo más plena, esto es, como supuesto de representación legal general o cuasi-general en el que el tutor toma las decisiones por el tutelado y ha de hacerlo además en su mejor interés (cf. *ad. ex. art. 216 CC* “en beneficio del tutelado”); pero también responden en cierta medida al mismo modelo las figuras de sustitución parcial o limitada, como pudiera ser según alguna concepción la que en nuestro Código actual se denomina curatela (art. 289 CC, aunque también con los matices que se derivan del concepto de “asistencia” contenidos en este precepto y que la mayoría de la doctrina viene considerando como mero “complemento” de una capacidad de actuar que, por hipótesis, sería incompleta).

Lo cierto es que estos regímenes tienen, según el varias veces aludido Comité de la ONU en sus Observaciones de 2014, ciertas características en común, puesto que son sistemas en los que: i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no sea la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el "interés superior" objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias.

Pues bien, como ya he anticipado, la CNUPD obliga a que expulsar de los ordenamientos jurídicos de los Estados destinatarios este tipo de regímenes y este tipo de figuras, que habrán de ser sustituidas por sistemas de apoyo en la toma de decisiones que han de pilotar las propias personas con discapacidad. Estos nuevos sistemas pueden ser diversos y pueden ser diseñados y modulados por cada ordenamiento jurídico según sus propios principios estructurales, sus preferencias o sus exigencias; no obstante, en todo caso, según el Comité de la ONU, han de respetar los siguientes postulados:

- a) El apoyo para la adopción de decisiones debe estar disponible para todos.
- b) Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo.
- c) El modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o cuando sea comprendida por muy pocas personas.

- d) La persona o las personas encargadas del apoyo que haya escogido oficialmente la persona concernida deben disponer de un reconocimiento jurídico accesible. Esto debe incluir un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad de la persona encargada del apoyo, así como un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida.
- e) Las personas con discapacidad han de poder obtener ese apoyo a un costo simbólico o, mejor aún, gratuitamente, de modo que la falta de recursos financieros no sea un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.
- f) El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio, o a establecer una unión civil, y a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad.
- g) La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento.
- h) Deben establecerse salvaguardas para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, con el objetivo de garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona.
- i) La prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental; muy al contrario, para ese apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se requieren indicadores nuevos y no discriminatorios.

Una elemental reflexión sobre las exigencias que se acaban de exponer deja bien a las claras las dificultades tanto valorativas como meramente técnicas a las que se enfrenta el encargado de adaptar el Código civil español al nuevo modelo. No en vano, el avezado Ministerio Fiscal de la STS de 2009 sobre la que inmediatamente me detendré, calificó la necesaria aplicación del art. 12 de la CNUPD de verdadero “desafío para nuestro sistema”.

4. LAS LÍNEAS MAESTRAS DEL TRABAJO REALIZADO EN LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN Y EL CAMINO ALLANADO POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Ya he anticipado más arriba que aunque el Código civil español no haya sido todavía modificado en este punto, la Convención de Nueva York ya ha tenido un profundo impacto en nuestro sistema, en especial en lo que se refiere al nuevo significado de la capacidad jurídica y al pleno reconocimiento de la misma a las personas con discapacidad, incluyendo muy especialmente el aspecto que atañe a la toma de sus propias decisiones cuando estas hayan de producir efectos jurídicos, lo que es tanto como decir, al pleno reconocimiento de su capacidad de obrar o, si se prefiere, de su legitimación para actuar.

Ante la inacción del legislador ha sido la jurisprudencia la encargada provisionalmente de hacer el tránsito; lo ha hecho a través de una interpretación que me atrevo a llamar pro-Convención de las normas codificadas vigentes, al menos cuando estas o en la medida en que estas, lo permitan. Se puede decir que la resolución que dio el pistoletazo de salida a esta nueva concepción fue la STS de 29 de abril de 2009, en la que fue ponente la entonces magistrada del Tribunal Supremo, y que hoy lo es del Tribunal Constitucional, Dña. Encarna Roca i Trías. La sentencia traía su causa en un proceso de incapacitación instado por dos hijas de la demandada, Dña. Victoria a la que posteriormente se adhirió una tercera, y con el que esta y otros hijos no estaban conformes. En primera instancia el juzgado estimó la demanda de incapacitación al entender que “D^a Victoria, no puede gobernarse por sí misma, y en consecuencia y por tanto y en su beneficio y de los hijos, procede declararla incapaz total y absolutamente y nombrarle tutor”; en realidad nombró tutor en su persona y bienes a dos de las hijas y a un tercero como tutor de sus bienes. D^a Victoria apeló la sentencia a través de sus hijos D. Carlos Alberto, D^a Ariadna y D. Juan Antonio, actuando en representación y defensa de la presunta incapaz. La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 20 marzo 2006 desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia apelada; tras hacer diversas consideraciones de orden médico y jurídico, concluyó que “[...] evidentemente la demandada D^a Victoria es una persona necesitada de protección, que sólo cabe obtener legalmente a través de los mecanismos de guarda, protección o custodia previstos en la Ley, por lo que aparece como necesaria la declaración de incapacidad de la misma; y teniendo en consideración la importante cuantía de su patrimonio así como la situación de permanente enfrentamiento entre sus hijos, con dos grupos bien diferenciados, en orden a garantizar la mejor defensa de su persona y patrimonio, ha de considerarse plenamente adecuado que lo sea en su modalidad de incapacidad total con la constitución de la correspondiente tutela, tal y como ha hecho la sentencia de instancia. Y ello viene corroborado por la propia actitud de los mismos hijos recurrentes, quienes, por un lado, se oponen a la declaración de incapacidad de la madre y, por otro, están actuando de hecho como si tal incapacidad existiera, [...] Por lo que este primer motivo de impugnación no puede ser acogido, debiendo ser mantenido el pronunciamiento de la sentencia impugnada que declara a la demandada D^a Victoria incapaz de modo absoluto y permanente para regir su persona y administrar sus bienes, con la consiguiente constitución de la tutela”.

Frente a esta sentencia se presentó el recurso de casación en el que resulta de especial interés el escrito del Ministerio Fiscal, que era un buen panegírico de la Convención de Nueva York y en el que se decía que “[...] la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta más idónea. De un lado porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan

falta”. No obstante en este caso, la sentencia de casación no siguió totalmente la opinión del Ministerio Fiscal sino que, partiendo de la necesaria integración de los preceptos convencionales, constitucionales y legales, admitió expresamente la compatibilidad con la CNUPD de los sistemas de protección establecidos en los ordenamientos jurídicos como el nuestro. También reconoció que tal sistema de protección no debe ser rígido, en el sentido de que no debe ser estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y además, constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección. A pesar de lo cual en el caso de autos la sentencia consideró que D^a Victoria estaba afectada por una incapacidad total y permanente que limitaba funcionalmente la capacidad para regir su persona y administrar sus bienes y que justificaba para este caso la constitución de la tutela.

La chispa del cambio ya había prendido en el Tribunal Supremo y el desafío que representaba esta nueva concepción fue aceptado con todas sus consecuencias en sucesivos casos que llegaron al Alto Tribunal; en consecuencia, la figura representativa general que supone la tutela y que ha sido durante mucho tiempo la medida de protección mayoritariamente utilizada como consecuencia de los procedimientos de la antes mal llamada “incapacitación” y ahora igualmente mal denominada “modificación judicial de la capacidad”, está siendo progresivamente desplazada por la curatela, figura que es considerada más flexible y menos intrusiva y, por lo tanto, más respetuosa con la CNUPD. Aunque existen ya muchas decisiones en este sentido, por tratarse de una de las más recientes y completas me permito destacar la STS 16 de mayo de 2017, en la que la Ponente es D^{ña} M^a Ángeles Parra Lucán. Se trataba de un caso en el que tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia habían sometido a la persona con discapacidad, enfermo de Alzheimer y con deterioro cognitivo y alteraciones en su conducta, a tutela. De esta opción se aparta el Supremo al entender que la descripción de la situación del afectado que se contiene en ambas sentencias no es la propia de una discapacidad total en la que la persona se encuentre privada de toda capacidad de decisión de modo que otro deba decidir en su lugar, que es la que en puridad daría lugar al sometimiento a tutela.

Entiende el Supremo que el tribunal inferior mantiene la tutela porque considera que la curatela supondría una mera asistencia para actos muy concretos y determinados y que, en consecuencia, no facilitaría la protección de las actuaciones más genéricas, como las atinentes a la medicación y seguimiento de los tratamientos propios de la enfermedad padecida por el interesado así como a su posible actuación en lo patrimonial. Esta presuposición no es compartida por la sentencia de casación; muy al contrario, afirma 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. Rebate así la idea, mantenida por muchos durante mucho tiempo, según la cual en nuestro CC vigente, la curatela es una institución limitada al ámbito patrimonial, limitación que solo acepta en el caso de la curatela de los emancipados y los pródigos, pero no en la destinada a las personas con

discapacidad, pues tal limitación ni resulta de la letra del art. 287 CC, ni es coherente con la exigencia de adoptar un sistema de apoyo que se adapte a las concretas necesidades y circunstancias de la persona afectada. En consecuencia entiende el Tribunal Supremo que la curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial, o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona y cita otros pronunciamientos anteriores en igual sentido (SSTS 421/2013, de 24 de junio, 337/2014, de 30 de junio, 553/2015, de 14 de octubre, 557/2015, de 20 de octubre, 716/2015, de 17 de diciembre, 373/2016, de 3 de junio, 216/2017, de 4 de abril).

Aclara además, por lo que se refiere al ámbito patrimonial, que la intervención del curador no se circunscribe necesariamente a los actos a que se refiere el art. 290 CC, sino que puede extenderse a todos aquellos en los que sea precisa la asistencia; cuestión distinta es que, cuando la sentencia no los especifique, el legislador se refiera subsidiariamente a los actos que genéricamente considera de mayor complejidad o trascendencia para el patrimonio de la persona con discapacidad, que son aquellos para los que el tutor necesita autorización judicial. La sentencia procede a señalar con esmero los actos para los que D. Leopoldo requerirá del apoyo de su curador, diferenciando los relativos a la esfera personal de los que atañen a la esfera patrimonial; en este segundo plano destaco especialmente que frente a la privación ex ante de la capacidad para testar que habían hecho las sentencias precedentes, opta por lo que considero la solución acorde con la CNUPD, que es estar a lo que se dispone en el art. 665, de suerte que dicha capacidad sea valorada precisamente en el momento de testar y conforme al procedimiento allí descrito. Relevante es también señalar, por ser un tema polémico, que la sentencia del Supremo, como las precedentes, mantiene expresamente la capacidad de sufragio activo.

Existe un segundo punto en el que esta sentencia se revela como especialmente interesante, cual es el relativo a la valoración de la voluntad de la persona con discapacidad para decidir quien ha de ser la que le preste el apoyo necesario. Al no haber designación de autocurador, la sentencia se plantea el valor de la preferencia manifestada en el propio procedimiento, admitiendo en abstracto la eficacia de dicha posibilidad si la persona goza de la capacidad suficiente para manifestar tal preferencia, supuesto en el que estima que la opción manifestada no es vinculante para el juez, pero este ha de tenerla en cuenta como criterio relevante para apartarse motivadamente del orden legal establecido. No obstante, se estima también en la resolución que en el caso en cuestión D. Leopoldo no hizo una manifestación de voluntad terminante dirigida a alterar el orden del llamamiento legal, por lo que “atendiendo al interés de la persona con discapacidad” mantiene al hijo que había sido designado como tutor en la sentencia recurrida, si bien ahora en calidad de curador, imponiéndole además la obligación de informar periódicamente al interesado sobre su situación personal.

En mi opinión, la sentencia resulta modélica de lo que ha de ser un sistema acorde con al Convención, con un ligero matiz; entiendo que en este modelo resulta superfluo y hasta contraproducente la alusión al interés de la persona con discapacidad, pues este criterio no ha de ser nunca relevante para la decisión. Si la voluntad, deseos y

preferencias del interesado no existen o no pueden manifestarse en modo alguno, habrá de aplicarse el orden legal establecido porque es el subsidiario para el caso, sin que sea precisa referencia alguna al mejor interés.

Con todas las premisas expuestas, dejo para el final el bosquejo de las líneas maestras con las que se está trabajando la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, con el fin de modificar de modo radical el Código civil para hacerlo conforme con la nueva concepción de la capacidad jurídica contenido en el art. 12 CNUPD.

La propuesta parte de un concepto amplio de discapacidad que, sin embargo, centra su regulación en aquellos supuestos en los que dicha discapacidad afecta sobre todo a la integridad de la conciencia y la voluntad en la toma de decisiones, que evidentemente es lo que más interesa al Derecho civil. No obstante, se prevén disposiciones específicas en ciertas materias para otro tipo de discapacidades, como puede ser el caso de las sensoriales que implican necesidades específicas de apoyo para emitir determinadas declaraciones de voluntad; o incluso discapacidades físicas cuando repercuten en cuestiones a las que ha de atender la normativa civil, como pudiera ocurrir con los mayores gastos o necesidades en el seno de una familia.

Como no puede ser de otra manera, toda la propuesta de regulación está basada en el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad, la tutela de sus derechos fundamentales y la prevalencia de su voluntad, deseos y preferencias, por encima de cualquier consideración relativa al interés de la persona con discapacidad, en la inteligencia de que, como regla general, es él el encargado de decidir su mejor interés.

La prevalencia de la voluntad del interesado implica la preferencia por las medidas de apoyo que él decida (poderes preventivos, autotutela) que han de prevalecer sobre las establecidas o reconocidas por la ley (curatela, guarda de hecho, defensor judicial); en estas últimas también se da el mayor margen posible a la voluntad de necesitado de apoyo.

Con carácter general se trata de evitar el recurso a las figuras que implican modelos de sustitución en la toma de decisiones de carácter general, básicamente la tutela, pero también la patria potestad prorrogada y rehabilitada; la tutela queda solo para los menores no sometidos a patria potestad.

Se parte de una concepción del apoyo como un “traje a medida”, o mejor aún, “tantos trajes a medida como sean necesarios” que ha de ajustarse a las necesidades y deseos de la persona, y que puede afectar tanto a su esfera personal (médica, domicilio, familiar, etc), como patrimonial.

Se produce un reconocimiento amplio de los apoyos no formales o no formalizados; el guardador de hecho pasa a ser considerado como una genuina institución de apoyo y sobre el que se establecen mecanismos de control o salvaguardia.

Se recoge una figura flexible, la curatela, que ha de ser designada en un procedimiento probablemente no contencioso, donde no se podrá prescindir de la voluntad, deseos y preferencias de la persona. La figura no ha de suponer una institución monolítica, sino un mecanismo de gran plasticidad adaptado a las necesidades de apoyo concretas de la persona con discapacidad y que, como regla, no puede sustituir al interesado en la toma de sus decisiones.

Ello supone el carácter excepcional de la curatela representativa, incluso aunque sea para actos aislados, y más excepcional aun la de la curatela representativa de alcance general que solo deberá decretarse en aquellas situaciones en la que la persona con discapacidad esté absolutamente privada de cualquier capacidad de decidir. En los supuestos de representación o sustitución, el curador tratará de determinar la decisión que hubiera tomado la persona con discapacidad en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que esta habría tomado en consideración, de suerte que el motivo de la decisión no descansa el mejor interés de la persona con discapacidad.

Vuelve al Código civil, pero sólo en sus líneas generales, la espinosa cuestión del internamiento, regla que requerirá la condición de ley orgánica, según exigencias del Tribunal Constitucional. Esta regla sucinta prevé la necesidad de autorización judicial ex ante para el internamiento no voluntario, tanto médico como asistencial, así como el reconocimiento de la posibilidad de internamiento no voluntario por urgencia médica con necesaria comunicación inmediata a la autoridad judicial, quien habrá de ratificarlo o no en un breve plazo de tiempo.

Se produce una adaptación transversal de toda la regulación codificada en otras materias como la nacionalidad, las reglas sobre crisis matrimoniales, las sucesorias (con especial intensidad en materia testamentaria), las contractuales (régimen de validez y eficacia de los contratos), e incluso las relativas a la responsabilidad extracontractual.

La necesaria cautela y el deber de confidencialidad que implica la condición de Vocal de la Comisión General de Codificación me impiden, por el momento, realizar mayores precisiones, lo que es lógico tratándose de un trabajo que todavía no está acabado y puede ser todavía objeto de reflexión y modificación. Lo que sí puedo asegurar es que se trata de un trabajo meditado, en el que se ha procurado escuchar las demandas de los interesados y de los mejores conocedores del tema y con el cual, como no puede ser de otra manera, se trata de hacer nuestros los postulados de la CNUPD.