

**UNIVERSIDAD DE ALMERÍA
FACULTAD DE DERECHO**



TESIS DOCTORAL

**EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Nuria Martínez Sánchez

**Directora
María José Cazorla González**

Almería 2020

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	2
INTRODUCCIÓN.....	4

PARTE I.

EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD

CAPÍTULO I. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD ANTES DE LA CONVENCIÓN.....	10
--	----

I. MARCO NORMATIVO REFERIDO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	10
---	----

II. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD.....	12
--	----

2.1. Desarrollo normativo: la regulación de la modificación de la capacidad en los orígenes del Código civil.....	12
--	----

2.2. Del Proyecto de Código civil de 1851 a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código civil.....	16
---	----

2.3. El procedimiento sumario y su inadecuación a la realidad e intereses de la persona.....	18
---	----

III. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL ANTERIOR A LA LEY 13/1983.	
--	--

3.1. Disposiciones testamentarias realizadas antes de la declaración de incapacitación: STC 118/1981.....	20
--	----

3.2. La STS 1162/1982: autonomía de la voluntad y sus efectos <i>post mortem</i>	22
3.3. La prueba de la capacidad de testar: la STS 40/1980.....	24
3.4. Inconstitucionalidad: incapacidad para trabajar atendiendo a la edad en la STS de 2 de julio de 1981.....	26
IV. EVOLUCIÓN EN LOS DERECHOS CIVILES DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD BAJO LA LEY 13/1983.....	30
4.1. La Reforma del Código civil de 1983 y sus novedades	32
4.2. Instituciones de protección a la persona con discapacidad.....	34
V. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INCAPACITACIÓN BAJO LA LEY 13/1983.....	37
5.1. Incapacidad e incapacitación.....	38
5.2. El cuestionado carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación.....	39
VI. EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN INTRODUCIDO POR LA LEY 13/1983.....	43
6.1. La valoración de la capacidad en sede judicial.....	44
6.2. Análisis social que acompaña al ámbito jurídico en los procedimientos de incapacitación de antes y en los de modificación de la capacidad de obrar de ahora.....	44
6.3. La graduación de la incapacitación	46
6.4. Las consecuencias e la sentencia de incapacitación bajo la Ley 13/1983.....	48

CAPÍTULO II. LA CONVENCIÓN Y SU INFLUENCIA EN LA AUTODETERMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD..... 53

I.	INTRODUCCIÓN.....	53
II.	MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	56
	2.1.Declaración de Derechos Humanos de 1948.....	57
	2.2.Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.....	58
	2.3.Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.....	59
III.	MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	61
	3.1.Declaración de los Derechos del Retrasado Mental de 1971.....	61
	3.2.Discapacidad y Derechos Humanos: La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.....	62
IV.	LA LLEGADA DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	63
	4.1. La discapacidad como una cuestión de derechos humanos.....	64
	4.2.El valor de la Convención en la mejora de la situación de las personas con discapacidad.....	65
	4.3.Contenido de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.....	70
	4.4. El objetivo de la Convención.....	72
	4.5.La influencia de la Convención en España.....	72

CAPÍTULO III. DISCAPACIDAD Y LOS MODELOS DE TRATAMIENTO

I.	CONCEPTO DE DISCAPACIDAD: LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS Y LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	75
II.	LOS MODELOS DE TRATAMIENTO.....	85
	2.1. Modelo de la prescindencia.....	85
	2.2. Modelo rehabilitador.....	86
	2.3. Modelo social.....	88
	2.3.1. Movimiento de vida independiente: caso Ed. Roberts.....	90
	2.3.2. Similitudes con el movimiento de igualdad de derechos y oportunidades.....	91
	2.3.3. Manifiesto de los principios fundamentales de la discapacidad.....	92
	2.4. Modelo de integración.....	96

CAPÍTULO IV. LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD BAJO LA CONVENCION

I.	EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCION.....	97
II.	RECONOCIMIENTO <i>ERGA OMNES</i> A LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.....	105
III.	LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO.....	108
	3.1. Definición de autonomía de la voluntad.....	109
	3.2. Límites a la autonomía de la voluntad.....	112
IV.	EL RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD BAJO LA CONVENCION.....	114

4.1. La autodeterminación en régimen de igualdad y no discriminación....	117
4.2. La dignidad de la persona.....	120
4.3. El apoyo no es sinónimo de sustitución de la voluntad.....	122

CAPÍTULO V. EL APOYO DISPUESTO JUDICIALMENTE BAJO LA CONVENCIÓN.

I. EL SISTEMA DE APOYOS TRAS LA CONVENCIÓN.....	125
II. EL SISTEMA DE APOYOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA..	143
III. COMPATIBILIDAD DEL SISTEMA DE GUARDA CON LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS.....	150
IV. JURISPRUDENCIA SOBRE EL APOYO.....	159
4.1.La consideración de la curatela como la institución más acorde con la Convención.....	160
4.2. La excepcionalidad de la tutela.....	163
4.3.El principio del fin de la patria potestad prorrogada y de la patria potestad rehabilitada.....	164
4.4.Salvaguardias y principio de proporcionalidad.....	165
4.5. Garantías derivadas del control judicial.....	167
4.6.El Ministerio Fiscal en la aplicación de la Convención	168

PARTE II

EL EJERCICIO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

CAPÍTULO I. EL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

I. INTRODUCCIÓN	172
------------------------------	------------

II. DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN EN LA PERSONA CON DISCAPACIDAD	174
2.1. Consideraciones generales.....	174
2.2. Especial status del derecho al honor.....	180
2.3. Intromisiones ilegítimas.....	181
2.4. El consentimiento de la persona con discapacidad.....	183
III. EL DERECHO A LA VIDA.....	192
3.1. Autonomía de la voluntad y eutanasia.....	195
3.2. Interpretación jurisprudencial del derecho a decidir sobre el derecho a la vida de la persona con discapacidad.....	197
3.3. Autonomía de la voluntad y aborto.....	200

CAPÍTULO II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO.

I. EL CONSENTIMIENTO EN EL ÁMBITO SANITARIO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.....	204
1.1. El consentimiento informado como Derecho fundamental.....	206
1.2. Información y autonomía del paciente.....	211
1.2.1. El consentimiento médico informado bajo la LBAP.....	213
1.2.2. La representación en el consentimiento médico informado.....	215
1.2.3. Interpretación de la regulación conforme a la Convención.....	222
II. DOCUMENTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS Y EL RESPETO A LA VOLUNTAD DEL PACIENTE.....	225
2.1. Consideraciones generales.....	226
2.2. Configuración legal para los deseos expresados por el paciente.....	228
2.2.1 Regulación autonómica.....	230

2.2.2. Capacidad exigida en la legislación autonómica según la Convención.....	236
2.2.3. Formalización de las voluntades anticipadas.....	241
2.2.4. Verificación de la capacidad del otorgante.....	245
2.2.5. El Registro de voluntades anticipadas.....	246
2.3. Límites al documento de voluntades anticipadas.....	248
2.4. Testamento vital y consentimiento informado.....	251
2.5. El valor de la declaración de voluntades anticipadas en relación con la decisión judicial.....	253
2.6. Autodeterminación sobre el propio cuerpo.....	255
III. LA ESTERILIZACIÓN FORZOSA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	258
3.1.La autorización judicial en la esterilización no consentida.....	263
3.2. La vulneración del derecho a la integridad física y moral de la persona con la esterilización forzada.....	266
IV. DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO.....	268
4.1. La capacidad para contraer matrimonio.....	273
4.2.Legitimación para el ejercicio de la acción de separación o divorcio por terceros.....	275
CAPÍTULO III. DERECHO AL VOTO.....	280
I. DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA.....	280
II. EL DERECHO DE SUFRAGIO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL ORDEN INTERNACIONAL.....	281
III. MODELOS DE LIMITACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	289

3.1.	Ordenamientos que privan del derecho de sufragio a las personas con discapacidad.....	288
3.2.	Países cuyo ordenamiento incluye el derecho de sufragio a la persona con discapacidad: Irlanda e Italia.....	290
3.3.	Informe del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en relación al TFUE.....	293
IV.	EL DERECHO DE SUFRAGIO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	294
4.1.	Modificación de la LOREG.....	295
4.2.	Dificultades para el ejercicio del derecho al voto presencial para las personas con discapacidad física.....	296
4.3.	El ejercicio del voto a distancia.....	298
4.4.	Evolución del derecho al voto de las personas con discapacidad: doctrina y jurisprudencia.....	299
V.	APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LOREG.....	303
VI.	REFORMA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LOREG A TRAVÉS DE LA LEY ORGÁNICA 2/2018 DE 5 DE DICIEMBRE.....	306
VII.	EL EJERCICIO INDIVIDUAL DEL DERECHO AL VOTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN.....	309
CAPÍTULO IV. FIGURAS DE APOYO DERIVADAS DE LA AUTODETERMINACIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.....		315
I.	EL SISTEMA DE APOYO EN LA TOMA DE DECISIONES.....	315
II.	LA AUTOTUTELA <i>VERSUS</i> AUTOCURATELA.....	318

2.1. Definición y configuración legal de la autotutela.....	318
2.2.1. Concepto de autotutela.....	319
2.2.2. Configuración legal de la autotutela.....	321
2.2.3. La capacidad suficiente como requisito previo y simultáneo al consentimiento y su acreditación.....	326
2.2.4. La ordenación de la autotutela en documento público notarial..	328
2.2.5. Posición motivada del Juez ante la propuesta o designación efectuada por la persona.....	331
2.2.6. Valor de la declaración de preferencia manifestada por la persona interesada: el derecho a ser escuchado.....	337
2.2.7. Propuesta de designación e idoneidad.....	339
2.2.8. Régimen aplicable a la autotutela bajo el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en agosto de 2020.....	344

III. PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS.

3.1. El poder en el contrato de mandato y en la representación.....	346
3.2. Clases de poderes preventivos.....	351
3.2.1. Poder continuado u otorgado con disposición expresa de continuación en caso de modificación judicial de la capacidad.....	351
3.2.2. Poder preventivo <i>ad cautelam</i> u otorgado en previsión de una futura modificación judicial de la capacidad.....	351
3.2.3. Poderes otorgados sin previsión de pervivencia en caso de pérdida de la capacidad natural del poderdante.....	356
3.2.4. La publicidad de la inscripción del poder preventivo a través del Registro civil.....	363
3.3. Rasgos del apoderamiento preventivo.....	366
3.4. Los poderes preventivos en el Proyecto de Ley.....	372

CONCLUSIONES.....	377
-------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	379
-------------------	-----

INTRODUCCIÓN Y CONCLUSIONES EN LENGUA ITALIANA.....	406
---	-----

ABREVIATURAS

AP Audiencia Provincial.

Art. Artículo

BOE Boletín Oficial del Estado

CCAA Comunidades Autónomas

C.Cat. Código civil catalán

C. Aragonés. Código civil Aragonés

CE Constitución Española

CERMI Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.

C.c. Código civil

CDPD Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

CP Código Penal

DGRN Dirección General de Registros del Notariado.

EM Exposición de Motivos.

LBAP Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil

LH Ley Hipotecaria

LJV Ley de Jurisdicción Voluntaria

LO Ley Orgánica

LRC Ley del Registro Civil

ONU Organización de Naciones Unidas

RAE Real Academia de la Lengua Española

RDRN Resolución de la Dirección General del Registro y Notariado.

TC Tribunal Constitucional

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS Tribunal Supremo

TR Texto Refundido

S Sentencia

UE Unión Europea

UPIAS Union of Physically Impaired Against Segregation.

Vid. Véase

INTRODUCCIÓN

Ya en el siglo XIV decía Dante Alighieri que el mejor regalo que Dios ha dado en su abundancia fue la autonomía de la voluntad. En la actualidad, al margen de ideologías ni creencias, lo cierto es que la autonomía de la voluntad es para la persona el valor fundamental que le permite el libre desarrollo de su personalidad, para actuar conforme a sus ideas, creencias, intereses, deseos o preferencias. Este principio rector del ordenamiento jurídico es el que sustenta el resto de derechos de carácter personalísimo que se atribuyen a todas aquellas personas por el mero hecho de serlo.

En este sentido, las personas con discapacidad, han sido privadas de tal derecho de autodeterminación, al coartar su autonomía de la voluntad mediante la falta de consideración de su capacidad para actuar y ejercitar sus derechos, sustentando tal actuación en la tenencia de discapacidad. Los distintos modelos de concepción de la discapacidad presentes hasta fecha reciente, han propiciado el cercenamiento de derechos y libertades bajo el propósito de protección del mejor interés a la persona, bajo la creencia de que un tercero es más capaz que aquél que tiene discapacidad, para velar por su bienestar, ostentando poder decisorio sobre los asuntos del segundo amparado bajo el mandato legal y judicial.

Con estas premisas, emprendimos nuestro trabajo de investigación sobre el libre desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, adentrándonos en una normativa nacional en auge respecto a la consideración de la persona con discapacidad como sujeto de derechos, dejando atrás su percepción como objeto de protección.

Si bien, el cambio está siendo gradual, existiendo períodos prácticamente estancos, cabe reconocer la raíz de este progreso, la cual se retrotrae a la promulgación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006, firmada y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007. El comúnmente denominado nuevo paradigma que supone la entrada en vigor de un instrumento de rango internacional que considere la discapacidad como una cuestión de

derechos humanos y que articule, en régimen de igualdad, la directrices a seguir por los Estados Partes para garantizar que la persona con discapacidad sea respetada en su dignidad y en el resto de sus derechos, como titular de sus relaciones jurídicas abre un nuevo horizonte en la materia.

Tal consideración de la persona como centro de derechos se consigue, en primer lugar, por el reconocimiento pleno de capacidad jurídica, sin distinguir entre titularidad y ejercicio de derechos. De forma que, la persona puede decidir sobre los asuntos que le competen, sin encontrar privación o restricción en razón de su discapacidad. Ahora bien, el ejercicio de algunos o de todos los derechos no estará exento de obstáculos que la persona podrá salvar con la prestación de apoyo -ya sea este material, tecnológico, humano o sensorial- especializado y determinado para la situación que presente la persona. Tal apoyo, especialmente cuando sea humano, no puede traducirse, bajo el mandato de la Convención, en la representación legal de la persona y en la sustitución de su poder decisorio, por tanto, no conlleva la toma de decisiones por la persona con discapacidad, teniendo en cuenta que es su voluntad, deseos y preferencias los que integran cualquier decisión que a ella afecte o repercuta.

Efectivamente, habrá situaciones en las que la persona no podrá adoptar decisión alguna, aún con apoyo, debido a la merma de sus facultades intelectivas y volitivas, lo que entendemos como su capacidad natural. En tales casos, cuando tras agotar las posibles vías para recabar la voluntad, deseos o preferencias de la persona con la prestación del apoyo, no fuere posible, se deberá actuar conforme a lo expresado por la misma de forma previa o anticipada a través de los distintos mecanismos que el ordenamiento jurídico configura a fin de que toda persona pueda diseñar su futuro en caso de que llegado el día no pueda hacerlo por sí mismo y necesite la intervención de un tercero. En segundo lugar, si la persona no hubiere otorgado o diseñado modelo alguno de planificación futura, se atenderá a su trayectoria vital, a su historia de valores, a la forma en la que hubiera actuado si no se encontrare imposibilitada para ello, aún con la prestación de apoyo. Toda decisión gira en torno a la persona como sujeto de derechos y obligaciones.

Este reconocimiento es especialmente contundente cuando se refiere al ejercicio de derechos dimanantes de la personalidad del sujeto, donde hasta ahora se ha cuestionado, en algunos casos, el recurso a la representación de la persona y, en otros, se ha

considerado la única alternativa viable, siguiendo un sistema de sustitución de la capacidad de la persona.

En materia de derechos de la personalidad son numerosos los ejemplos donde el pretendido régimen de igualdad señalado por la Convención no se aplica ni, tan siquiera se considera, dando paso a notorias vulneraciones de derechos fundamentales en las personas en razón de su discapacidad, lo cual ante la aplicación del instrumento de rango superior que forma, a su vez, parte del ordenamiento jurídico interno, es inviable.

La restricción o, en algunos casos, privación de derechos a las personas con discapacidad encuentra su sustrato en la normativa vigente, que regula un procedimiento donde se modifica la capacidad del sujeto a instancia de la persona, de su núcleo familiar cercano y del Ministerio Público, con motivo de la limitación en la voluntad de persona, lo que conlleva la asunción de tal potestad decisoria desarraigada en la figura de un tercero. La contrariedad de estas afirmaciones con el contenido de la Convención ha dado lugar a numerosas reformas que trata de incardinar el contenido de la misma en el régimen jurídico vigente, dando como resultado, modificaciones cuantiosas pero insuficientes. En este contexto, no cabe dejar de señalar la importancia de la jurisprudencia en el avance hacia el modelo social de discapacidad comprendido en la norma internacional, reconociendo, en las distintas esferas de personalidad su autonomía, aún cuando su ejercicio precise la prestación de un apoyo adecuado, individualizado y salvaguardado que garantice el respeto de la voluntad de la persona, más allá del criterio personal o del estándar de interés personal.

En las distintas esferas de personalidad, se han abordado tales cuestiones relativas al ejercicio de derechos por parte de la persona con discapacidad, especialmente cuando se le ha modificado la capacidad con base a la legislación vigente -contraria a la consideración de una capacidad universal, invariable, no susceptible de graduación por la que aboga la Convención-, encontrando posturas diferenciadas en su seno, desde aquel sector tendente a la vigencia del paternalismo jurídico respecto a los considerados como sujetos más vulnerables, como aquel otro, conforme con el mandato internacional, que promueve el ejercicio de derechos por parte de la persona con discapacidad, con la conjunción de apoyo, cuando así lo requiera.

Ciertamente, reflejo de estas posturas contrapuestas, encontramos regulaciones de derechos de la personalidad en ambos sentidos: desde mandatos imperativos que prescriben la representación de la persona en determinados ámbitos como normativas que se rigen por el principio de igualdad y no discriminación, considerando a la persona como eje central de su ejercicio.

Tal como se expone, es comprensible que el primero de tales ámbitos suponga la conculcación de la norma internacional, con la consiguiente reprobación de su órgano de interpretación y vigilancia, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, contra tales actuaciones. Tal crítica a su ordenación supone, inexorablemente, la prescripción de modificación, derogación o cambio, puesto que, si el Estado ha ratificado la norma, sin excepcionar su contenido, es porque es conforme con el mismo, lo que supone la introducción de modificaciones en su regulación, que llevan en espera alrededor de trece años.

Dentro del ejercicio de los derechos de la personalidad, hemos tenido a bien abordar algunos de ellos, por su interrelación con el artículo 12 del Convención, pilar fundamental en el reconocimiento de la capacidad jurídica en todas personas con discapacidad, lo que supone el reconocimiento de su autonomía, además de su actualidad, debido, bien a las recientes modificaciones para recocer tal ejercicio a las personas con discapacidad, bien por su necesidad urgente de reforma. Así nos hemos introducido en el derecho al voto, el derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen, el derecho al matrimonio y el ejercicio de las acciones que permiten poner fin al mismo, y aquellos relativos al consentimiento médico informado.

En el marco de esta concatenación de reformas, cobra especial trascendencia el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que pretende llevar a cabo una sustancial de la materia para adecuarla, de una vez, a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En la entrevista final del libro que le rinde homenaje por sus años dedicados a la regulación de la discapacidad, decía DE LORENZO que en España estábamos habituados a disparar y sacar a córner respecto a los distintos intentos de las regulaciones legales por aplicar la Convención, sin embargo, todavía no habíamos chutado a gol. Pues bien, parece que ese tanto viene de la mano del mencionado Proyecto

que, si bien, supone un cambio radical en la regulación sobre la materia, puesto que, incorpora como novedades más significativas el reconocimiento de plena capacidad jurídica a todas las personas, terminando así como la doble diferenciación entre vertiente de titularidad y ejercicio que recoge nuestro Código civil, lo que conlleva la eliminación del proceso de modificación de la capacidad, puesto que, al tratarse de una única capacidad universal no es susceptible de graduación.

En relación a lo prestación de apoyos, de especial importancia en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de la persona, cobran mayor relevancia aquellos designados por la persona en previsión de una futura pérdida de capacidad natural que les impida manifestar su voluntad, deseos o preferencias en el ejercicio de su autonomía de la voluntad. Tales apoyos, a pesar de no ser abordados específicamente por la Convención, se entienden perfectamente enclavados en su contenido, de ahí, el especial interés que hemos mostrado en su otorgamiento. Si bien por su ámbito de aplicación, el Proyecto se centra en dotar de garantías a los poderes preventivos y la autotutela, la declaración de voluntades anticipadas tiene un peso más que considerable en el ámbito sanitario de ejercicio de los derechos de la personalidad.

Por otra parte, se somete a crítica, por parte del sector doctrinal más cercano a la norma internacional, la conservación de ciertas figuras en el seno de la reforma, como es la representación legal mediante la curatela representativa, institución que, junto con la guarda de hecho y el defensor judicial, se erigen como los pilares legales del apoyo a la persona que así lo precise. De hecho, se procuran distintas alternativas, como la curatela gradual sin función representativa o la introducción de una institución nueva que se recoja expresamente el término de “apoyo” aducido acogido por la Convención. De otro lado, hay quien considera viable la perduración de la institución tutelar con carácter residual, para aquellos supuestos excepcionales donde la persona carezca de capacidad natural.

Parte I

El libre desarrollo de la personalidad en las personas con discapacidad.

CAPÍTULO I

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD ANTES DE LA CONVENCIÓN

I. MARCO NORMATIVO REFERIDO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

El clima socio-cultural existente hasta el siglo XX no era propicio a una regulación de las necesidades de las personas con diversidad funcional, pues las mismas no intervenían ni en la vida social y apenas en la familiar por sí mismas. Ciertamente, a mediados de siglo hubo movimientos que promovían a los poderes públicos para que revisaran los institutos de tutela, sin embargo no fue hasta los años 80 cuando se afrontó en los ordenamientos europeos, salvo alguna excepción, la reforma de los sistemas de guarda de incapaces, dando así paso a la búsqueda de mecanismos jurídicos apropiados y eficaces, que compatibilicen la autonomía y la protección de las personas con discapacidad, es decir, se persigue alcanzar el equilibrio entre el libre desarrollo de su personalidad, reduciendo sus derechos cuando no quepa otra solución, y la tutela a los mismos¹.

¹ Prueba de ello son la Ley francesa 1968-5, de 3 de enero de 1968, modificada y completada por la Ley 2007-308, de 5 de marzo de 2007, de reforma de la protección jurídica de las personas mayores, vigente desde el 1 de enero de 2009; la austriaca, Ley 136/1983, de 2 de febrero, intitulada «*Bundesgesetz über die Sachwalterschaft für behinderte Personen*»; la «*Betreuungsgesetz*» alemana, de 12 de septiembre de 1990, en vigor desde el 1 de enero de 1992; la italiana, Ley de 9 de enero de 2004, núm. 6, de «*Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I.º, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizioni e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali*»; o la inglesa, *Mental Capacity Act 2005*. Ver MARTÍN AZCANO, E.M, “De nuevo sobre la incapacitación judicial y la adecuación de los regímenes de guarda tradicionales”, en @LA LEY, Derecho de familia, N° 2 (Segundo trimestre de 2014).

En España, la modificación legislativa que cimienta dicha postura, procede de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela², con la que se trató de suavizar el rígido sistema de salvaguarda de incapaces regulado por el Código Civil de 1889, adaptándolo al contenido de nuestra Constitución española de 1978, la cual ampara la protección de las personas vulnerables velando por el disfrute de sus derechos y prohibiendo cualquier atentado contra su dignidad (artículos 10.1 y 49 CE).

Como explica la profesora MARTÍN AZCANO³, la principal aportación de la Ley 13/1983 fue la sustitución del sistema de incapacitación heredado del Código napoleónico -el cual establecía un sistema común de modificación de la capacidad para toda persona, sin atender al grado de discernimiento que presentase-, por otro que se adecuara a la incapacidad declarada y a las circunstancias de la persona. En este punto, fue esencial la doctrina jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947⁴, la cual evidenció la ineficacia de las instituciones de guarda previstas en el Código civil a la realidad social, y en consecuencia incorporó un modelo de equidad al respecto, adaptando la normativa a las necesidades de cada uno según el grado de capacidad para entender y querer. Así, se incorporaron a nuestro ordenamiento dos nuevas instituciones de protección: el curador y el defensor judicial.

Tras esto, se modificó el Código civil en materia de incapacitación, eliminando la lista taxativa que recogía las causas que daban pie a la misma -locura, sordomudez, analfabetismo, prodigalidad e interdicción civil del penado- por un precepto abierto (art. 200 C.c.), que se conjuga teniendo en cuenta el caso particular, incidiendo en la posibilidad o imposibilidad del autogobierno de la persona con discapacidad. Igualmente, se modificó el régimen de tutela, pasando de una tutela familiar a una de autoridad, por la cual los órganos de guarda quedaron sometidos a la supervisión judicial competente.

Con la entrada en vigor de la Ley 13/1983 (art. 2.2.) se derogó el Decreto de 3 de julio de 1931, el cual permitía el internamiento de enfermos mentales si se contaba con

² Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. BOE, 26 de octubre de 1983, núm. 256, págs. 28932 a 28935.

³ MARTÍN AZCANO, E.M, “De nuevo sobre la incapacitación judicial y la adecuación de los regímenes de guarda tradicionales”, *op. cit.*

⁴ STS de 5 de marzo de 1947.

prescripción facultativa y consentimiento escrito del representante legal o persona encargada del enfermo. Esto último fue derogado y sustituido por el requerimiento de previa autorización judicial, salvo en caso de urgencia, aunque, incluso en este supuesto, se deberá dar traslado al Juez competente antes de que transcurran 24 horas para que ratifique el internamiento.

II. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD.

Para comprender mejor la paulatina evolución del reconocimiento de autonomía de las personas con discapacidad, el cual como decimos aún no ha sido culminado, nos debemos remontar a los antecedentes próximos a la promulgación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

2.1 Desarrollo normativo: la regulación de la modificación de la capacidad en los orígenes del Código civil.

En primer lugar, es preciso hacer referencia, por su enjundia, a nuestro Código civil previo y, más tarde, posterior a la reforma que supuso la propia normativa internacional.

En sus inicios en 1889, nuestro Código recogía en un único apartado de su libro todo el articulado relacionado con las personas con discapacidad, bajo su Título noveno que llevaba la rúbrica “De la tutela”, regulaba todo lo concerniente a la persona con discapacidad, desde la quién debía ser considerada como tal o más bien quién debería ser sujeto de tutela (art. 200 C.c.) hasta todas las peculiaridades que en los distintos ámbitos pudiera suscitar el ejercicio de la tutela, así como su ejercicio y excusas. Especial interés cobra, debido al momento de estudio en el que nos encontramos, la Sección Segunda de dicho texto que bajo el nombre “De la tutela de los locos y sordomudos” exigía *a sensu contrario* en su artículo 213⁵ la declaración de incapacidad para administrar sus bienes de *locos, dementes y sordomudos mayores de edad*, a la hora de poder nombrarles tutor. Es

⁵ Literalmente el artículo 213 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publicaba el Código civil decía: “No se puede nombrar tutor a los locos, dementes y sordomudos mayores de edad, sin que precede la declaración de que son incapaces para administrar sus bienes”.

en este precepto donde encontramos el requisito de la declaración de incapacidad previo a la constitución de tutela de la persona con discapacidad mayor de edad, pues en los artículos previos no se hace referencia a la misma.

A continuación, en los preceptos 214 y 215⁶ el legislador aludía a aquellos familiares, parientes y al Ministerio fiscal, como debidos solicitantes de la declaración de incapacidad el individuo objeto del procedimiento. El artículo 216 recogía la obligación— si bien la denominamos como tal, no estamos seguros de que lo fuera, pues la contundencia del legislador al exigir dicho requisito es cuestionable⁷— de los Tribunales de oír al consejo de familia y examinar al denunciado. Aquellos parientes miembros del consejo de familia que hubiesen solicitado la declaración de incapacidad no podían informar a los Tribunales sobre la situación del denunciado, si bien serían oídos cuando así lo estimase el poder judicial (art. 217). En este punto podemos constatar, que la opinión del presunto incapaz⁸ es irrelevante, pues ni siquiera el Código prevé a asistencia a ser oído, mucho menos su consideración como derecho.

La declaración de incapacidad debía hacerse sumariamente y, en el caso de sordomudos se fijaría la extensión y límites de la tutela en función del grado de incapacidad que tuviere el afectado en el procedimiento (art. 218).

⁶ Artículo 214: “Pueden solicitar esta declaración el cónyuge y los parientes del presunto incapaz que tengan derecho a sucederle ab intestato”.

Artículo 215: “El Ministerio Público deberá pedirla:

1.º Cuando se trate de dementes furiosos.

2.º Cuando no exista ninguna de las personas mencionadas en el artículo precedente, o cuando no hicieren uso de la facultad que les concede.

3.º Cuando el cónyuge y los herederos del presunto incapaz sean menores o carezcan de la personalidad necesaria para comparecer en juicio.

En todos estos casos, los Tribunales nombrarán defensor al presunto incapaz que no quiera o no pueda defenderse. En los demás, será defensor el Ministerio Público”.

⁷ El artículo 216 establece que “antes de declarar la incapacidad, los Tribunales oirán al consejo de familia y examinarán por si mismos al denunciado como incapaz”, utiliza el tiempo verbal futuro para dar por hecho que los Tribunales oirán a los familiares y examinarán al denunciado, pero no los compele a hacerlo, sino que constata un hecho futuro.

⁸ Utilizamos el término incapaz porque era el usado en la fecha en que data el primer Código civil, si bien como el concepto más ampliamente reconocido en la actualidad es el de persona con discapacidad, al margen de si tiene o no la capacidad judicialmente modificada.

Como vemos, no se hace mención en ningún momento a la extensión y límites de tutela en el caso de *locos y dementes*, dos colectivos que se citaban, junto con *sordomudos*, como sujetos de tutela para quienes había que solicitar la declaración de incapacidad.

Sin embargo, en este punto se obvia su citación, dejando como únicos protagonistas en la delimitación de su declaración de incapacidad a los *sordomudos*, pues entendemos con base al contexto social, legal y cultural que eran los únicos casos en los que no cabía la sustitución plena de la voluntad por la de sus parientes o familiares, debido a que en base a su incapacidad sí podían gestionar en cierto modo sus intereses, es decir, podían tener cierto grado de autogobierno.

Lo cual resultaría irrisorio en el caso de *locos y dementes*, quienes por el mero hecho de contar en su haber con una discapacidad mental o psíquica, se les negaba cualquier salvaguarda a la expresión de sus opiniones, pues se consideraba que carecían de autogobierno alguno y, por tanto, requerían la sustitución de su voluntad por la de otra persona de forma plena, lo que imposibilitaba la limitación de su declaración de incapacidad, pues ésta era plena e igual para todos aquellos que se incluyeran en dichos colectivos (marginales). Podemos decir que en el caso de los considerados *locos y/o dementes*, el grado de incapacidad, era único.

Si estuviéramos rellenando un formulario al respecto, las casillas valorativas de la situación, sería una: *locos y dementes*, quedando fuera de contexto las referentes a un menor o mayor grado de incapacidad. Una vez señalada dicha casilla por los familiares, parientes o por el Ministerio Público en su caso, en forma de denuncia dirigida a los Tribunales, el formulario queda enviado para ser analizado bajo la óptica subjetiva del juzgador una vez lo reciba, quien examinaba al denunciado, y, si consideraba que tuviera alguna enfermedad mental (con base al lenguaje de dicho período), se procedía al otorgamiento de la única distinción disponible: la tan temida por unos, y deseada, por otros, declaración de incapacidad⁹.

⁹ Hablamos de la temida y deseada declaración de incapacidad, porque para los familiares o parientes solicitantes de la misma será un premio a su esfuerzo y dedicación por lograrla y poder tomar el control de las decisiones que afecten al nuevo tutelado, más para aquellos que tuvieran alguna enfermedad psíquica en la época, pero tuvieran capacidad para querer y entender sería un verdadero mazazo, ya que todas las decisiones que competen a su vida quedan en manos y mente de otros, quienes no serán los más adecuados para regir su persona, porque tal puesto estaría ocupado por el propio “incapaz” hasta donde alcanzare su

Contra los autos que pusieran fin al expediente de incapacidad, lo interesados podrían interponer demanda de juicio ordinario, mas para el defensor de los incapacitados necesitaría de una autorización especial procedente del consejo de familia (art. 219).

Podríamos decir que este artículo, suponía para el entonces “discapacitado” el que no podía luchar jurídicamente por sus intereses, ya que era preceptiva la autorización especial del consejo de familia para deducir demanda en juicio ordinario contra el auto, entendemos que consejo de familia se refiere a aquellos parientes o familiares que informaron a los Tribunales como miembros del mismo, pues se excluía de facilitar dicho informe a los miembros denunciante. Por tanto, podemos entender poco frecuente el cambio de opinión respecto a la que prestaron ante los Tribunales para enterar a los mismos sobre la situación del incapaz, más teniendo en cuenta la mentalidad social de dicho período, cuando se asumía la incapacidad del enfermo mental.

Tras la promulgación del Código civil y, por su supuesto, con anterioridad al mismo, la idea de que las personas con discapacidad psíquica podían tener autonomía (ni siquiera afirmar la tenencia) para autorregular sus intereses y necesidades, en consonancia con una serie de derechos y facultades, dentro de las lindes que el ordenamiento jurídico pudiera establecer para conservar el bienestar común, era inimaginable. La autonomía de la voluntad era mínimamente concebible para las personas con discapacidad física, inexistente en el caso de que la discapacidad fuera psíquica.

Como apunte, pues las instituciones tutelares serán tratadas con detenimiento en páginas posteriores, constatamos la supresión de la curatela en el Código civil de 1889. En este punto, el codificador se aparta de la tradición jurídica procedente de las Partidas, acogiendo la determinación francesa, de tal forma excluye esta institución como ente

autogobierno. Pero es que además, puede que esos tutores no velen por su interés. Imaginemos el supuesto de una persona con síndrome de Down en 1890, cuando el Código civil citado está vigente, que entiende lo que quiere y sabe cuáles son las consecuencias de sus actos, en definitiva, puede gobernarse a sí mismo. Pero lamentablemente sus rasgos faciales muestran que tiene una discapacidad. Su madre le deja una cantidad económica suficiente al fallecer para que no le fuera necesario depender de otro sujeto, pero su hermano, con objeto de hacerse con dicha cantidad, emprende el procedimiento de declaración de incapacidad. De acuerdo con lo que estipulaba el Código civil, el denunciado no tendría porqué ser oído, mientras que el Juez, al constar la existencia de una incapacidad (sólo con ver al chico ya puede constatar que tiene síndrome de Down) decreta la declaración de incapacidad, con la correspondiente sumisión a tutela de una persona que es capaz de tomar sus propias decisiones y ser consecuente con sus actos. Como podemos comprobar el perjuicio es incalculable y la injusticia manifiesta.

independiente. Por consiguiente, todas las instituciones tuitivas se engloban en el seno de la tutela¹⁰ respecto de los incapaces de gobernarse por sí mismos.

2.2. Del Proyecto de Código civil de 1851 a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código civil.

Sería conveniente traer a colación el Proyecto de Código civil de 1851, el cual si bien nunca llegó a promulgarse, sí contenía una serie de diferencias respecto al primer Código civil promulgado, algunas de ellas relativas a la materia que nos ocupa. Así pues, el también conocido como “Proyecto García Goyena”¹¹, dedicaba el Título octavo a la tutela, la cual tenía por objeto “la guarda de la persona y bienes del menor que no está emancipado, ni sujeto a la patria potestad”, entendemos, por tanto, que la tutela era pensada como una institución de protección de menores de edad, quedando fuera de su aplicación los incapaces.

Empero, ello no quiere decir que se desentienda de aquellos mayores de edad con carestía de autogobierno, sino que su amparo queda recogido en el Título décimo, que bajo la rúbrica “De la curaduría”, regula la institución tuitiva de curatela cuyo sujeto de tutela es “el mayor de edad incapaz de administrar sus bienes por sí mismo”, y aquí encontramos lo que parece una laguna legal, pues dicho precepto alude literalmente al mayor de edad que no puede gestionar sus bienes, pero no incluye a aquél que no rige su persona – utilizando el lenguaje de la época-. Por el sentido de la propia institución tutelar, lo consideramos, por tanto, incluido en la misma, si bien no lo nombra en ningún precepto relativo a la tutela.

Por otro lado, dentro del devenir de este período, en relación a la situación de las personas con discapacidad, fruto del desconocimiento, es cierto que el Proyecto del 51 apunta

¹⁰ En el apartado denominado “El Código civil de 1889”, sito en el libro GUTIÉRREZ CALLES, J.L., *La guarda del enfermo mental: deberes y responsabilidades*, Dykinson, 2004, su autor entiende que la intención del legislador al suprimir la curatela, era simplificar y economizar la normativa relativa a la protección de incapaces, sistematizando en un único bloque las distintas instituciones de guarda, dentro del cual quedaría integrada la anterior curatela de locos y dementes.

¹¹ El Proyecto de 1851 tiene el epíteto “García Goyena”, por ser el entonces Ministro de Gracia y Justicia, Florencio García Goyena, el autor de la práctica totalidad del texto normativo.

superfluamente, pero incluso así ya es en mayor medida que en el código civil del 89, a que el incapaz sea oído.

Como dijimos anteriormente, el art. 216 del Código civil establecía que antes de declarar la incapacidad de una persona, los Tribunales oírían al consejo de familia y examinarían al denunciado como incapaz, sin hacer mención en ningún momento a su derecho a ser oído en el procedimiento, sólo sería examinado bajo la discrecionalidad del órgano receptor del proceso de declaración de incapacidad. Sin embargo, el Proyecto García Goyena utiliza un verbo diferente a “examinar” en su artículo 282 al decir que: “En los juicios sobre declaración de incapacidad, entenderá el Tribunal de primera instancia, interrogando al demandado y oyendo a los facultativos, cuando lo estime necesario....”.

El procedimiento que estipulaba el Proyecto tenía como trámite la interrogación del demandado -que no denunciado como en el Código civil-, dicha interrogación no puede ser equiparable al derecho a ser oído, pues en referencia a lo preceptuado, ese interrogatorio sería más bien acorde a un examen de incapacidad, si bien es cierto que en dicha diligencia el presunto incapaz podría exponer su situación y posible vulnerabilidad ante una demanda infundada.

Por otro lado, el artículo 285 trataba la moderación de la sentencia dependiendo del grado de incapacidad de la persona para gobernar sus bienes, así el Tribunal modularía según los casos y circunstancias, pudiendo declarar la interdicción absoluta del incapaz o prohibiendo únicamente ciertos actos, como litigar, tomar prestado, recibir capitales impuestos a interés, transigir, enajenar u otros que se deberían mencionar de forma expresa en la resolución judicial¹². Este Proyecto no llegó nunca a ver la luz final, al no ser promulgado¹³.

¹² El contenido del Proyecto de Código civil de 1851 ha sido extraído de la web: <http://www.um.es/atika/webs/>, página creada como parte de un proyecto realizado por la Universidad de Murcia, a través del Área de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones Aplicadas (ATICA); para dar servicio al profesorado de la Universidad de Murcia. El enlace del Proyecto es: webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf

¹³ El Proyecto de 1851 pretendió unificar todos los regímenes jurídicos del Estado, si bien bajo una óptica centralizadora, pues el eje central y único era el Derecho castellano, con una clara influencia de la codificación francesa. Véase RODRÍGUEZ ENNES, L.: “Florencio García Goyena y la codificación iberoamericana”, en *Anuario de historia del Derecho español*, Nº 76 (2006) págs. 705-726.

Un amplio sector doctrinal explica el fracaso en la promulgación de este Código de corte afrancesado debida a su “antiforalidad” en palabras de SALINAS QUIJADA en SALINAS QUIJADA, F. “Navarra en el

2.3 El procedimiento sumario y su inadecuación a la realidad e intereses de la persona.

Es conveniente destacar la connotación que tiene el procedimiento sumario en relación a la incapacitación de la persona supuestamente incapaz, ello conlleva a que el procedimiento prescinda de las dilaciones que podría tener un procedimiento ordinario y que se agilice debido a la inmediatez y urgencia de la situación (persona que no puede gobernar su persona ni sus bienes por sí misma). Concebido de esta forma, puede resultar un procedimiento idóneo para el tipo de pleito en el que se encontraría una familia en el siglo XX, en la que uno de sus miembros no cuenta con la capacidad para regirse a sí misma, pues dicho proceso aligeraría la tramitación en la asunción de la tutela.

El problema que vislumbramos, según lo investigado, es que en muchas ocasiones esta rapidez del proceso dificulta la constatación real de la situación del presunto incapaz. A pesar de dicha prontitud en el proceso para incapacitar a una persona, además de los distintos defectos de los que adolecía el citado proceso, donde la palabra del considerado incapaz por la familia, parientes o Ministerio Público quedaba silenciada, incluso a instancia judicial; la réplica judicial o el recurso en caso de disconformidad con la resolución dictada, si bien debiera ser igualmente sumaria, las probabilidades de éxito de su consecución eran cuestionables.

En primer lugar, porque el cauce normal para la interposición de un recurso cuya *causa petendi* fuera la modificación de la capacidad, es decir, eliminar el yugo que suponía la incapacitación para una persona capaz de gestionar sus intereses personales y, en su caso, patrimoniales, sin la necesidad de que un tercero tomara por ella sus decisiones; era una de las atribuciones del tutor designado a tal efecto.

Proyecto isabelino de Código civil de 1851 y en las Concordancias de García Goyena”, en, *Príncipe de Viana*, Nº 45, Nº173 (1984), págs. 655-698. Véase al respecto CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral, tomo primero*, vol. 1º. 11ª. Edición, revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, Madrid, 1975, pág. 233; citado por SALINAS QUIJADA en su obra.

Por tanto, el propio tutor, discrecionalmente decidía si se interponía dicho recurso o no, el mismo constataba si la persona era capaz o no, con o sin peritaje alguno de por medio. Podría afirmarse que el tutor centralizaba todo el poder de la situación. Si bien es cierto que, en caso de discrepancia con la decisión del tutor, el tutelado podía acudir al amparo del consejo de familia que no hubiere informado en su día al Juez *a quo* de su situación para proceder a la incapacitación.

En tal caso, aunque podríamos estar ante intereses imparciales y acordes con el principio de mayor beneficio a la persona con discapacidad, también podríamos encontrarnos ante la situación opuesta o ante la indiferencia en dicho asunto.

Si se encontrara en el primer caso, el incapacitado contaría con un aliado en esta senda plagada de trabas; en caso contrario, los obstáculos pueden llegar a ser insalvables. Con relación al Ministerio Público, no estamos seguros si su actuación pendía de la intervención del propio tutor y/o del consejo de familia, en función del caso o, si actuaría con la sola petición del interesado e incapacitado. Pues, si bien es cierto que el Código civil establecía que dicho cargo público venía a velar por el interés del incapaz, no lo es menos que el número de resoluciones judiciales que traen causa en una modificación de la capacidad, cuando el incapacitado hubiere recuperado la misma, emprendidas por el Ministerio público en representación de los intereses del incapacitado escasean.

III. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL ANTERIOR A LA LEY 13/1983.

Para conocer mejor la situación de las personas con discapacidad hasta la entrada en vigor de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código civil en materia de tutela, que analizaremos posteriormente; vamos a estudiar la jurisprudencia de la época, la cual es el mejor reflejo del devenir del período.

Consideramos pertinente expresar nuestra sorpresa ante el ínfimo número de sentencias procedentes del Alto Tribunal en la materia objeto de estudio, más casi la totalidad de las mismas abordan la incapacitación una vez que ha fallecido el causante y cuyo testamento provoca intereses enfrentados. Es entonces cuando surge el conflicto que tiene como pieza

angular la capacidad del causante, en muchos casos emprendido por los tutores. Si bien, es necesario precisar de igual forma, que las sentencias que hemos podido revisar al respecto, en un porcentaje muy elevado de resoluciones, el Tribunal declaraba la validez del testamento, no dando lugar al recurso interpuesto por el tutor o tercero interesado en incapacitar *post mortum* al causante con efectos retroactivos.

A continuación, traemos a colación algunos de los supuestos que nos permitirán delimitar la aplicación de las normas civiles vigentes en aquellos años en España.

3.1 Disposiciones testamentarias realizadas antes de la declaración de incapacitación: STC 118/1981.

A este respecto podemos mencionar la Sentencia 118/1981, de 24 de febrero de 1981¹⁴, donde la doctrina considera que, para estimar la posible incapacitación de un sujeto ante posibles pretensiones de nulidad de testamentos otorgados bien antes, o bien, después de una sentencia de incapacitación que afectara al testado. A este respecto se ha ido desarrollando una doctrina jurisprudencial que puede afectar a la capacidad testamentaria cuando antes de la declaración judicial de incapacitación se otorga el testamento o después¹⁵.

El supuesto planteado gira en torno al antiguo artículo 674 del Código civil, donde se establecía que “el testamento hecho antes de la enajenación mental, es válido, cuando éste es anterior a dicha declaración”. El tutor del causante tiene como pretensión principal demostrar que el segundo se encontraba enfermo, pues padecía “esquizofrenia paranoide” desde su juventud de curso progresivo, por lo que fue incapacitado en 1964, mas, con anterioridad, otorgó testamento en 1961, manifestando el tutor recurrente la imposibilidad

¹⁴ STS (Sala de lo Civil), núm. 118/1981, de 24 de febrero de 1981.

¹⁵ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “Aptitud mental y capacidad testamentaria antes y después de la sentencia de incapacitación: Comentario a la STS de 15 de marzo 2018 (RJ 2018, 1090)”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 108 (2018), pág. 301. TORRES GARCÍA, T., y GARCÍA RUBIO, M^a P., “La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones”, en *Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo*, 2014, pág. 75.

de que su tutelado tuviera plena capacidad para testar en dicha fecha a pesar de no estar incapacitado.

Si bien tenemos que decir que ante esta situación es difícil analizar la posición de la persona con discapacidad psíquica en el siglo XX, pues en el supuesto planteado como en algunos de los siguientes que relataremos, el contencioso tiene lugar una vez fallecido el presunto incapaz, por tanto, no podemos hacer mención de si se le asistió en su derecho a ser oído, aunque cabe resaltar que, no abundan las resoluciones en la que se tenga en cuenta su declaración, más allá de los informes periciales. En este tipo de recursos vislumbramos la sempiterna condena social, así como judicial y política, para aquél que conviva con una enfermedad mental o psicológica, aunque hay que admitir que el Tribunal Supremo no siempre ha sido proclive a cercenar la voluntad.

Pero sí es cierto que aún hoy es una asignatura pendiente, a pesar de que dicha enfermedad (la tendencia a cercenar la voluntad de aquel con discapacidad psíquica por el mero hecho de su tenencia) ha encontrado su penicilina particular, como es la Convención, queda mucho camino por recorrer como veremos en su momento, ya que el principal escollo es su incompleta aplicación.

Otro de los problemas más relevantes en la materia y para el que ha sido difícil encontrar una solución idónea, es el procedimiento a seguir en el caso de que exista una discapacidad psíquica que impida a la persona gobernarse por sí misma, pero sin que haya sido incapacitada¹⁶ o, como en la actualidad no se le haya modificado judicialmente su capacidad, pues es un encrucijada legal y judicial para la que todavía no hay un camino trazado, como veremos.

Retomando la Sentencia aludida e invocando al propio Tribunal, el mismo manifestó su parecer en el considerando primero al negar la existencia de prueba alguna que acreditase

¹⁶ La STS (Sala de lo Civil), núm. 40/1980, de 23 de noviembre de 1980, en su considerando octavo afirma que “antes de la incapacitación judicial existe sin duda un período sospechoso”. Dicho lapso de tiempo es el que preocupa a juristas y especialistas en la materia, ya que la enfermedad o trastorno causa de la incapacitación puede ser anterior a la misma, lo cual supone que en ese período la persona con discapacidad haya estado desprotegida y sus decisiones adolezcan de eficacia. Mas, también es posible que ese lapso de incertidumbre no exista y que incapacitación sea justa en tiempo. En todo caso, la contribución de los profesionales expertos en la materia es lo que puede resolver para cada caso esta controversia.

la falta de capacidad del sujeto el día de realización del acto testamentario, a pesar de los dictámenes médicos aportados por el recurrente, los mismos no demuestran que en aquel momento careciera de autogobierno ni tampoco su comportamiento ante el notario otorgante.

Asimismo, el considerando segundo apela al entonces vigente artículo 663 del Código civil, en cuyo apartado segundo recogía la incapacidad para testar en la persona “que habitual o accidentalmente no se hallara en su cabal juicio”, pues en la fecha de otorgamiento del testamento el testador no se encontraba incapacitado, por ende, el Tribunal aplica el artículo 665 del mismo texto que establece que “el testamento hecho antes de la enajenación mental, es válido”.

También nos parece interesante el planteamiento que realiza en el mismo considerando el órgano judicial respecto del artículo 665 del Código civil, el cual exige el dictamen de dos facultativos que cercioren el estado de lucidez del demente que quiere testar. El Tribunal a este respecto entiende que “al no concurrir el supuesto de hecho de la demencia, para que el precepto pueda ser aplicado”.

Por consiguiente creemos que, si en el momento en que una persona acudía ante fedatario público para otorgar testamento parecía encontrarse con lucidez suficiente o plena capacidad –recordemos que el fedatario no tiene porqué conocer al otorgante, y solamente se inhibe, en su caso, dependiendo de su propia percepción a la hora de tratar con el sujeto-, aunque padeciere alguna enfermedad de signo mental, no se le puede considerar lo que la legislación entendía como demente en ese momento y son preceptivos los dictámenes médicos a los que se refiere el Código civil. El desencadenante de esta argumentación judicial fue la desestimación del recurso por parte del tutor del causante, otorgando plena validez al testamento emitido por el mismo en su día, al margen de su posterior incapacitación.

3.2 La STS 1162/1982: autonomía de la voluntad y sus efectos *post mortem*.

La Sentencia del Tribunal Supremo número 1162/1982, que data del siete de octubre de 1982¹⁷, relaciona el entonces artículo 763 del Código (buscar artículo porque el del BOE no coincide con lo expresado en la Sentencia) con la declaración de voluntad testamentaria, la cual debe manifestarse de forma libre, en consonancia con el querer y entender de la persona otorgante, en caso contrario, cuando el negocio jurídico *mortis causa* adolezca de la falta total o la insuficiencia de las facultades intelectivas y volitivas, devendrá ineficaz¹⁸.

En resolución tiene lugar como consecuencia de un recurso de casación que interponen algunos familiares del fallecido para impugnar su testamento esgrimiendo como argumento principal la invalidez del mismo por no contar en su momento con la capacidad requerida. El Tribunal en el considerando segundo recoge la doctrina jurisprudencial relativa a los artículos 662, 663, 666, 685, 695 del Código civil originario, indicando la “línea invariable” que ha seguido la misma a la hora de aplicar los principios informadores en la materia¹⁹. Igual que en el caso anterior, el recurso fue desestimado por

¹⁷ STS (Sala de lo Civil), núm. 1162/1982, de 7 de octubre de 1982.

¹⁸ Expresamente la Sentencia dice: “Necesitada toda declaración de voluntad, encaminada a la producción de efectos jurídicos, de aptitud en el sujeto que la emite, es claro que integrado el testamento por un elemento constitutivo primordial, en que consiste la manifestación del causante tendente al logro de un resultado que el ordenamiento respeta y protege como querido por el testador, obviamente carecerá de eficacia el negocio jurídico "mortis causa" cuando su autor adolece de falta total o de insuficiencia de las facultades intelectivas y volitivas, de manera que en el momento de otorgado, que es el de valoración de su capacidad, no ha podido el testador expresar su voluntad libre y conscientemente, ajustada al propio entender y querer interno. En este sentido el artículo 763, número segundo, del Código Civil, niega la testificación activa al que habitualmente o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio...”.

¹⁹ Así el considerando segundo establece: “Primero. Toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y por consecuencia ha de presumirse la capacidad del testador en cuanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración, testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulado y presunción *iuris tantum* que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti* y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental.

Segundo. Aunque la apreciación afirmativa de capacidad hecha por el Notario y los testigos en el testamento público puede ser destruida en el correspondiente proceso declarativo demostrando que en el acto de otorgarlo no se hallaba el testador en su cabal juicio, esta prueba no deberá dejar margen racional de duda, puesto que la aseveración del fedatario autorizante reviste especial relevancia de certidumbre.

Tercero. La cuestión referente al estado mental tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia, asistida de la potestad de valorar libremente la prueba pericial, sin más sujeción que la pauta que ofrecen las reglas de la sana crítica, según disponen los artículos 1.243 del Código Civil, y 632 de la Ley Procesal, armonizándola con la resultancia de los demás elementos de convicción, pues el dictamen de los técnicos dejó de constituir el llamado "juicio de peritos" contemplado en la Ley de Enjuiciamiento de 1855 y quedó reducido a simple medio probatorio no vinculante para el Juzgador (sentencias de 10 de abril de 1944, 10 de febrero de 1945, 9 de abril de 1948, 1 de febrero de 1956, 25 de

el Tribunal al no quedar demostrada la falta de capacidad del causante el día en que prestó declaración de voluntad testamentaria.

Como hemos podido comprobar con los ejemplos jurisprudenciales anteriores, la autonomía de la voluntad ha prevalecido *post mortem* en ambos casos, pues se han desestimado los intentos de derribar la declaración de voluntad intrínseca a ese poder innato en la persona que supone el principio de autonomía de la voluntad, cuyo ejercicio pende de la plena capacidad del sujeto.

Podríamos hablar de esa plena capacidad para querer y entender del sujeto, pero a nuestro parecer, no estaríamos recogiendo todo lo que conlleva la plena capacidad. Ello no obsta, a que dicha aptitud sea muy relevante pero no engloba todo lo que significa la capacidad, pues durante el transcurso de la vida de cualquier individuo se toman decisiones que si bien no son las más queridas o las mejor entendidas sí pueden ser adecuadas o incluso erróneas e incoherentes, pero su toma no tiene que ver con carencias en la voluntad del sujeto ni con enfermedades que nublen su autogobierno. En este sentido, entendemos que la amplitud del concepto de capacidad es mucho más extenso que el contenido en las facultades de querer y entender la decisión que se plantea.

3.3 La prueba de la capacidad de testar: la STS 40/1980.

La presunción que ordena el ámbito de la capacidad de la persona, ha de ser como en tantos otros *iuris tantum*, es decir, es preciso demostrar por la parte recurrente la mantenida incapacidad del sujeto, hasta que se pruebe el sujeto es perfectamente capaz. Creemos que ello no sólo es una cuestión ética sino un criterio de justicia e igualdad social.

Ergo, como predicaba el artículo 1249 del Código civil, referenciado en la Sentencia del Tribunal Supremo de veintitrés de noviembre de 1980²⁰, “las presunciones no son

marzo de 1957 , 16 y 25 de abril de 1959 , 19 de enero de 1960 , 12 de mayo de 1962 , 30 de septiembre de 1966 , 8 de marzo de 1972 y 20 de febrero de 1975 , entre otras”.

²⁰ Considerando quinto de la STS (Sala de lo Civil), núm. 40/1980, de 23 de noviembre de 1980.

admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado”, añadiendo que la jurisprudencia hubo interpretado esta norma en el sentido de que “no puede construirse la presunción invocada sobre un hecho inexistente, y que el hecho de que han de deducirse ha de estar completamente probado; estableciendo la sentencia de 25 de febrero de 1956, que no es lícito sostener como presunción lo que no pasa de ser conjeturas”.

Por el interés que despierta la modificación de la capacidad una vez que hubo sido incapacitada la persona, y antes de las variaciones legislativas que se condensaron tras la promulgación de la Convención de Naciones Unidas, traemos a colación la Sentencia del Alto Tribunal de veintitrés de noviembre de 1981²¹, la cual ronda en torno a los ejes doctrinales relativos a la institución de tutela y su irrenunciabilidad y, la validez de los actos realizados antes de la incapacidad.

Decimos que es una resolución interesante, pues no son abundantes las resoluciones de modificación de la capacidad en la época, es decir, personas que habían sido previamente incapacitadas, varía la situación que dio lugar a su incapacitación y retornan la capacidad perdida, mas ésta no llegaría a los Tribunales en muchos casos.

En el supuesto que da lugar a la Sentencia analizada, como recoge la recurrente en el cuarto motivo que sustenta su recurso de casación es inusitado e incluso extraordinario el caso que nos ocupa, pues fue promovido juicio ordinario pidiendo la nulidad del auto de incapacitación, sin contar con la autorización del consejo de familia y habiendo sido el Procurador de la incapacitado reiteradas veces desautorizado y revocado su poder.

Aún así, el Juez estimó la petición de doña Victoria (incapacitada previamente) y revocó la declaración de incapacitación hecha anteriormente contra su persona, a pesar de la oposición de su tutor y del consejo de familia. Esta actuación de Jueces y Magistrados consistente de estimar la demanda en su día que tenía por objeto anular la previa declaración de incapacidad sin la intervención de un tercero, sino solamente con la declaración de voluntad de la persona afectada representada por su procurador en el proceso, evidencia la consideración por parte de los juzgadores (y en lo que les repercute,

²¹ STS (Sala de lo Civil), núm. 169/1981, de 23 de noviembre de 1981.

los legisladores) de la autonomía de la voluntad de la persona, que si bien está incapacitada, su situación es reversible y en tal caso debe ser modificada²².

3.4 Inconstitucionalidad: incapacidad para trabajar atendiendo a la edad en la STS de 2 de julio de 1981.

Haciendo una comparativa, desde la más rigurosa intención de ahondar en el aprendizaje de esta rama de conocimiento, una Sentencia del Plenario del Tribunal Constitucional, perteneciente a la jurisdicción social, limita la capacidad para desarrollar un trabajo atendiendo a la edad.

Hablamos de la Sentencia de 2 de julio de 1981²³, planteada por un Magistrado del Trabajo del número 9 de Madrid, acerca de la Disposición adicional 5ª del Estatuto de los Trabajos en relación a la jubilación por edad, lo cual con base a una interpretación que la

²² El considerando tercero de la Sentencia citada, explica la omisión de la intervención de la institución tutelar, en este caso la hermana de la incapacitada y del consejo de familia; y la legitimación del procurador para emprender el proceso de recuperación de la capacidad. Así argumenta: "...siendo de recordar... que según el artículo 262 del Código Civil "el tutor "representa" al menor o incapacitado en todos los actos civiles" y la única excepción permitida es la de "aquellos que, por disposición expresa de la Ley, puedan ejercitar por sí solos", índice bien elocuente de que el juzgador, atendiendo la pretensión actora, no es que descuidase o desdeñase la existencia del organismo tutelar, sino que se atuvo estrictamente a lo dispuesto legalmente en cuanto a la representación del incapacitado, es decir (del tutor, que no puede estar en condiciones de alegar un desistimiento o renuncia de sus funciones, justo porque lo impide el carácter semipúblico de las mismas, significativo de deberes y no sólo de derechos que, de suyo, son irrenunciables),... b) el segundo es el relativo a la validez del poder del Procurador, otorgado por la declarada incapaz, con lo que se dice infringido (al ser aceptado como bueno) el artículo 1.732, párrafo primero, del Código Civil, en relación con el 262 (motivo tercero), pues el primero de los preceptos alegados se refiere a la "revocación», que aquí no existió, y el segundo se limita a declarar, como antes se dijo, la representación que incumbe al tutor del menor o incapacitado, pero además, porque es conocida por lo reiterada la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, en el sentido que responde a un incuestionable presupuesto jurídico, de la validez de los actos efectuados por el incapaz antes de que la incapacidad sea judicialmente declarada, a menos que, concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate, lo que aquí no ocurrió; c) y el tercero y último hace entrar en juego el artículo 219 del Código Civil, diciendo que, para la iniciación del pleito hubiese sido necesaria la autorización especial del consejo de familia, exigencia limitada sólo al supuesto segundo de los contemplados en dicho precepto, en relación con el "defensor» del presunto incapaz que no pueda o no quiera defenderse, cargo que debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 215, párrafo segundo, pero que nada tiene que ver con los supuestos, como el aquí contemplado, en que el que actúa es el propio interesado".

²³ STC (Pleno), núm. 22/1981, de 2 de julio de 1981 (RTC/1981/22).

considere como norma que recoja la incapacidad para trabajar a los 69 años, podría adolecer de inconstitucionalidad.

El supuesto de hecho en la Sentencia recoge un caso donde un señor, al cumplir los setenta años, tenía sesenta y nueve cuando entra en vigor la normativa establecida en la Disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores, la empresa en la que ha trabajado durante treinta y cinco años finaliza su relación laboral argumentado lo estipulado en el Estatuto. Ante dicha situación el ahora ex trabajador de la empresa formula demanda ante la Magistratura de Trabajo, apoyándose en los siguientes argumentos:

a) Plena capacidad para continuar trabajando y necesidad del salario para cubrir sus gastos personales y familiares.

b) Interpretación de la norma. Si se entiende que la edad de jubilación contenida en la Disposición como una edad orientativa, de acuerdo con el contexto social del momento, la misma podrá variar y ser acordada en Convenio Colectivo o por pacto individual que regule este extremo. O si, por el contrario, la señalada es la edad de jubilación forzosa, se estaría contraviniendo el principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 14 de la Constitución y los artículos 7 y 17 del Estatuto de los Trabajadores.

c) Irretroactividad de la norma.

d) Derecho al trabajo y a una remuneración suficiente para cubrir las necesidades personales y familiares, consignado en el artículo 35 de la Constitución²⁴.

Por su parte, el Ministerio Fiscal aboga por la constitucionalidad del precepto, si bien expresa que, hasta la promulgación del Estatuto, “la jubilación era un derecho y no una

²⁴Este último apartado fue introducido por la parte demandante dentro del plazo de audiencia concedido a las partes y al Ministerio Fiscal por el Magisterado del Trabajo. Así alega el contenido del artículo 35 de la Constitución a pesar de que su artículo 40 delega en los poderes públicos, en cuanto a la creación de una política de pleno empleo, la cual, expresa la demanda, no puede llevarse a cabo “a base de discriminar a los mayores de sesenta y nueve años”, pues ello colisionaría con el artículo 14 del mismo texto normativo, en consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, consolida el principio de igualdad y la prohibición de cualquier tipo de discriminación.

obligación para el trabajador, pero no existe inconstitucionalidad alguna en que las Cortes impongan esa obligación ya existente para los funcionarios, pues la edad, al ser causa de limitación de capacidades y aptitudes, no es en sí misma motivo de discriminación”. Por tanto, la Fiscalía equipara la jubilación a la obligación de rescindir del trabajo como consecuencia de la paulina decrepitud de la persona.

La empresa, como es lógico, defiende la constitucionalidad del precepto, mientras que el Magistrado del Trabajo ante esta situación acuerda plantear la citada cuestión de inconstitucionalidad y elevarla al Tribunal Constitucional. Tras dar traslado al Abogado del Estado y al Fiscal General, ambos con posturas tendentes a la constitucionalidad del precepto, el Tribunal Constitucional falla en favor de la inconstitucionalidad del precepto, contando con un voto particular que opta por la desestimación del recurso.

En este contexto social y legal, lo que a nosotros nos interesa son algunas de las explicaciones que expresa el Tribunal para dar sentido a su argumentación. Así, en su fundamento de Derecho tercero, alude directamente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, citando su contenido: “toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación” y su alusión en diversas sentencias del TEDH, donde señala que “el artículo 14 del Convenio Europeo no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”. No obstante, un argumento de este tipo que casi se interioriza por el pesar de la lógica, no predica con la misma intensidad si la desigualdad viste el atuendo de la discapacidad.

La proporcionalidad rinde su esfuerzo en *pos* de la protección del bien jurídico principal como es el bienestar de la persona incapacitada, lo cual vulnera directamente el argumento referenciado, pues se agota la medida entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Ello se completa con lo establecido en el fundamento quinto de la citada Sentencia que pule la que el Tribunal considera la primera línea argumental esgrimida por las partes en sus escritos de alegaciones: “la presunción de ineptitud”.

El órgano distingue entre “actividades que requieren unas condiciones físicas o intelectuales que el transcurso del tiempo puede menoscabar”, en esos casos “puede presumirse razonablemente que esa disminución de facultades resulta ya patente a una edad determinada y sobre esta base establecerse la extinción de la relación laboral”. Podemos constatar una evidente relación entre la explicación dada por el Tribunal y su aplicación al supuesto de las personas con discapacidad, pues dependiendo de la misma y, sobre todo, de su graduación que determina la gravedad de la misma, podrá realizar con mayor soltura unas actividades que otras, pero ello no obsta a que pueda desempeñar actividades, cargos o trabajos de distinta índole en función de sus facultades, las cuales no merman de forma total y absoluta por el mero hecho de tener una discapacidad, sino que dependerá su afectación de la graduación y características de la misma.

La casuística es muy amplia, pues cada persona que tenga una discapacidad derivada de un mismo trastorno o enfermedad, podrá tener características -expresadas en el ejercicio de su poder para tomar decisiones y actuar en el mundo- totalmente diferentes, con distinta graduación, diagnóstico y efectos. Es decir, a pesar de poder encontrarnos con dos personas que tienen la misma enfermedad e idéntica sintomatología, hay muchísimas otras que aún teniendo la misma enfermedad o trastorno que las primero mencionadas, ostentarán unas facultades diferentes derivadas de su entidad biológica. Por ejemplo, si pensamos en una persona que tiene una enfermedad esquizofrénica con brotes persecutorios que tienen lugar cuando sufre alguna alteración nerviosa, esa misma enfermedad también la padecerá un segundo individuo con igual manía persecutoria, pero ésta solamente ha tenido lugar una vez, a pesar de sufrir alteraciones nerviosas no ha vuelto a brotar... Tiene la misma enfermedad, la misma sintomatología, sin embargo, no estamos ante el mismo caso, puesto que varía en la periodicidad de su aparición. Por tanto, las dos personas en la misma situación seguramente no actuarán de la misma forma.

Continúa el Tribunal admitiendo que “dadas las distintas aptitudes requeridas en las diversas actividades laborales, lo que ya no es razonable es presumir esa ineptitud con carácter general y a una misma edad para todos los trabajadores, cualquiera que sea el sector económico en que se hallen integrados y el tipo de actividad que dentro de él

desarrollen²⁵”. Dicho argumento es igualmente aplicable a las personas con discapacidad. La variedad de discapacidades más la variedad de empleos sólo nos pueden llevar a una conclusión: en este trocito de universo podemos encontrar un lugar para cada uno, tanto en el ámbito personal y familiar como en el laboral. La cuestión es que se permita que cada uno encuentre su sitio de acuerdo con los principios constitucionales, en especial los referentes a la dignidad humana y la no discriminación por razón alguna, bajo la guía de la equidad y el principio de igualdad, teniendo que dentro de este último se pueden crear situaciones de desigualdad, como veremos más adelante²⁶.

IV. EVOLUCIÓN EN LOS DERECHOS CIVILES DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD BAJO LA LEY 13/1983.

En los antecedentes de la normativa relativa al derecho de las personas con discapacidad, no encontramos consideraciones como personas con autonomía de la voluntad, si bien hay avances con respecto al proyecto 1951 y al texto del Código civil de 1889, aunque en aquel entonces era impensable el desarrollo de la personalidad que a día de hoy se recogen a nivel internacional y hemos trasladado a nuestro ordenamiento jurídico.

De algún modo, era impensable aceptar que una persona con discapacidad, infinitamente más difícil si esa discapacidad era psíquica, pudiera asumir las consecuencias de su comportamiento y tomar decisiones al respecto. Esta cuestión queda ampliamente

²⁵ Concluye el Tribunal este argumento ahondando en la dificultad para defender la ineptitud general para desempeñar un trabajo a partir de los sesenta y nueve años si la propia exceptúa a los trabajadores por cuenta propia. Así recoge: “...aun más difícil resulta alegar esa ineptitud para justificar una limitación al derecho al trabajo si se tiene en cuenta que se presume no de todos los ciudadanos que alcanzan una edad determinada, sino sólo de los trabajadores por cuenta ajena a que se refiere el artículo primero del Estatuto de los Trabajadores, que no se hallen expresamente excluidos del ámbito regulado por dicha ley, de tal suerte que esa presunción de ineptitud desaparece si al llegar a la edad fijada el trabajador ejerciere libremente la misma actividad profesional. En cualquier caso, la incapacitación generalizada para trabajar basada en una presunción de ineptitud «iuris et iure» carecería de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial”.

²⁶ Parece que el instrumento más acorde con el respeto de los derechos fundamentales, en la práctica, apela a la equidad y a aquella máxima de Ulpiano de dar a cada quien lo que le corresponde, adaptándose a la situación de la persona. Por supuesto, el respeto del principio de igualdad es fundamental, pero desde la óptica de la equidad, somos iguales pero con diferentes necesidades y sobre ellas hay que actuar para alcanzar la pretendida igualdad.

respaldada por el propio procedimiento de incapacitación presente en dicho periodo, en donde el certificado de discapacidad suponía la propia incapacitación para el libre desarrollo de la personalidad, el cual quedaba en manos a veces afines, a veces ajenas, como es la asunción de la tutela por familiares o instituciones.

Continuando con los antecedentes legales y jurisprudenciales que acontecen a la creación y promulgación de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, la cual es considerada como la pieza angular en materia de los derechos de las personas con discapacidad, es momento de abordar la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código civil en materia de tutela²⁷.

La norma modifica los Títulos IX y X del libro I del Código civil, regulando la incapacitación en los de las personas en los artículos 199 a 214 inclusive en el primer caso, y las instituciones tutelares en el segundo bajo la rúbrica “De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados”, bajo los artículos 215 a 306.

Sin ánimo de extendernos en este apartado, en las instituciones tutelares particularmente, nos vamos a centrar en las disposiciones generales y en el proceso de incapacitación como antecedentes directos a la normativa actual, lo cual nos permitirá ampliar la óptica de la autonomía de la voluntad en el seno del libre desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad.

Antes de la Reforma, el Código civil no contenía la normativa regulatoria relativa a la incapacitación de las personas, aparece por primera vez tras la promulgación de esta Ley 13/1983. De hecho, el primer artículo que componía el Título IX del Código civil hacía referencia a la guarda de la persona y/o sus bienes como objeto de tutela cuando la persona no estuviera bajo la patria potestad. Así establecía el artículo 199 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publicaba el Código civil que “el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando la patria potestad, son incapaces de gobernarse a sí mismos”.

²⁷ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código civil en materia de tutela. BOE, de e 26 de octubre de 1983, núm. 256, págs. 28932 a 28935.

4.1 La Reforma del Código civil de 1983 y sus novedades.

Aquí, el legislador ya alude a un concepto fundamental en la materia, y que estudiaremos detalladamente a lo largo de este trabajo, nos referimos al concepto de autogobierno. Con la modificación de la Ley 13/1983, el artículo 199 sustituye la tutela por la incapacitación de las personas, dejando la primera de las cuestiones para el Título siguiente. Este nuevo artículo 199 establece la delimitación en la incapacitación al recoger que “Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas por la Ley”. La modificación exige la sentencia judicial para incapacitar a una persona, es decir, el conductor de este tren llamado incapacitación en el que montan a la persona que tiene alguna enfermedad o trastorno persistente, es el Juez, quien valorará si el estado del sujeto le impide su autogobierno o no, así como las esferas de la personalidad que puede desarrollar sin la intervención de un tercero. Siguiendo con la metáfora, el Juez decidirá en que estación se baja el incapaz, dependiendo de su capacidad para gestionarse.

Claramente quien propicia la entrada en ese tren suele ser la propia familia. En la estación le esperará bien un señor o una señora que se intercambiará por él, montando en ese tren de regreso a la que hasta entonces era su vida, para asumir su papel, mientras que él se verá abocado a vivir en una casa que no es la suya, bajo unas reglas que no comprende y con la única libertad de decidir si tiene hambre, sed o le apetece algún capricho, el resto de decisiones ya las está tomando su acompañante que le esperaba en la estación.

El precepto señala que mediante sentencia judicial se declarará la incapacidad de un sujeto si acaece algunas de las causas dispuestas en la Ley. En concreto, dichas causas aparecen recogidas en el nuevo artículo 200 del Código, el cual sostiene que “son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

Ese último término habría que subrayarlo en negrita pues será la clave de la incapacitación, la capacidad de autogobierno. Ser incapacitado suponía ser sometido a una institución tutelar, ya que por sí sola la persona no puede realizar actos civiles. De ahí que el anterior artículo 200 estableciera como sujetos de la tutela:

1.º Menores no emancipados legalmente.

2.º Los locos o dementes, aunque tuvieren intervalos lúcidos, y los sordomudos que no supiesen leer y escribir.

3.º Aquellos declarados pródigos por sentencia firme.

4.º Quienes estuvieren sufriendo la pena de interdicción civil.

Todos los referenciados en el antiguo artículo 200 eran sometidos a tutela, lo que suponía su incapacitación. Como vemos, la generalidad de sujetos que se pueden incluir en este precepto era muy amplia, pues locos o dementes a juicio de instancias médicas, legales, judiciales y sociales, eran todos aquellos que tuvieren cualquier enfermedad o trastorno mental y, por si quedaba algún resquicio sin cubrir, alude expresamente a sordomudos que al no saber leer y escribir no tienen posibilidad de comunicarse.

Con el nuevo precepto, se delimita, focaliza y sesga el ámbito de actuación de la incapacitación, centrándose en aquellos que por tener una enfermedad o deficiencias de cualquier tipo que impidan el autogobierno de la persona. Ello permite excluir a aquellos que a pesar de padecer una enfermedad de tinte psíquico, desarrollen su personalidad de forma ordinaria con las alteraciones que a su diagnóstico acompañen pero que el tratamiento resguarde, pues no le impiden gestionar sus intereses.

Además, se añade otro requisito novedoso para considerar la incapacitación, como es que la enfermedad o deficiencia sea persistente, pero ¿cuánto tiempo se considera persistente? Es una cuestión a la que intentaremos dar respuesta más adelante.

Por otro lado, novedad sin duda alguna son los artículos 207 y 212 pues introducen de forma notoria el derecho a ser oído del presunto incapaz y la posibilidad de modificar la sentencia de incapacitación en caso de que concurran circunstancias sobrevenidas. En concreto, el artículo 207 en su párrafo segundo establecía que “El presunto incapaz puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación”. Este reconocimiento legal de la voluntad de la persona en el procedimiento, a priori le permitirá defender sus intereses dentro del procedimiento de incapacitación y ante los que le demandaren. Ya no

solamente como decíamos anteriormente, será examinado por el Juez de instancia competente sino también podrá ser parte activa en el procedimiento al poder declarar.

El artículo 212 escoge las siguientes palabras para posibilitar la reversibilidad de la resolución judicial de incapacitación en caso de que varían las circunstancias que dieron lugar a la mismas: “La sentencia recaída en un procedimiento de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”.

Como comprobamos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1981, la recurrida -que había sido incapacitada en solicitud de su hermana que llegó a ser su tutora- que logró que le modificaran la capacidad pues los efectos de la enfermedad que padecía revirtieron concediéndole la capacidad para contratar a un Procurador que la representara en dicha modificación, se encontró con fuertes argumentos esgrimidos en su contra, los más relevantes fueron la no intervención en el procedimiento de la persona que ha de representarla en los actos civiles pues ella estaba incapacitada, es decir, su tutora y, en su caso, el consejo de familia. En este caso, a pesar de que la normativa del Código civil no acogía la modificación de la capacidad, el Tribunal estimó dicha demanda y revocó la declaración de incapacitación. Mas como hemos podido constatar en la búsqueda jurisprudencial realizada, tales situaciones no abundaban en la época. A partir de ahora, con el reconocimiento expreso del Código civil veremos si aumentaban las modificaciones de la capacidad que revocan la incapacitación previa.

4.2 Instituciones de protección a la persona con discapacidad.

Aun faltaban años para que llegara la Convención y se hablara de apoyos, siendo la protección de las personas con discapacidad lo que justificaba instituciones como la tutela.

Pero antes de entrar a analizar la jurisprudencia dictada tras la entrada de en vigor de la citada Ley que reforma en Código civil en materia de tutela en el Título X del Código civil. Respecto a ese segundo Título completamente modificado por la Ley 13/1983, lo

primero que nos llama la atención es la propia rúbrica. El Título IX anterior a la modificación obrada por la Ley que Reforma el Código civil en materia de tutela, regulaba esta institución, más en su rúbrica hacía referencia a la tutela (“De la tutela”) sin llamar la atención sobre otras instituciones como son la curatela y el defensor judicial.

A lo largo del articulado que regulaba y concentraba la normativa referente a esta materia, no se hacía referencia alguna a dichas instituciones.

El Código civil obviaba la existencia de la curatela y el defensor judicial, instituciones acogidas por nuestro ordenamiento procedentes de la tradición romanística. En cuanto a la curatela como figura más afín a facultar el desarrollo de la personalidad de la persona con discapacidad, erigiéndose al curador como apoyo en la toma de decisiones que al curatelado le afecten o interesen, era silenciada. Si bien, es una figura utilizada para apoyar a la persona en la gestión de sus bienes e intereses, de su patrimonio, pero no parara guardar y procurar la protección en lo referente a la propia persona con discapacidad (patrimoniales y personales, pero no a costa de la decisión o voluntad de la propia persona, es decir, no supone una representación legal como la tutela). Esa doble función se reserva al tutor.

La normativa no se queda únicamente con la mención realizada en el Título sino que ahonda en cada una de las instituciones²⁸. El Título se compone de tres capítulos:

- el primero de ellos dedicado a las disposiciones generales aplicables a las tres instituciones de guarda, el mismo se compone de los artículos 215 hasta el 221;
- el segundo Capítulo se ciñe a la tutela, al ser la institución cuyo contenido es más amplio y que supletoriamente será de aplicación a la curatela y al defensor cuando exista un vacío normativo en su regulación, abarca los preceptos 222 a 285;
- el tercer Capítulo aborda la curatela en sus artículos 286 a 298 ;
- el cuarto Capítulo se dedica al defensor judicial, en sus artículos 299 a 302 y;

²⁸ En lo que aquí concierne, el artículo 215 que abre el Título X del Código civil, expone que “La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante:

- 1.º La tutela.
- 2.º La curatela.
- 3.º El defensor judicial”.

- la guarda de hecho cierra el quinto y último Capítulo del Título X del Código civil tras la reforma de la Ley 13/1983, valiéndose de los artículos 303 a 306.

Por lo que aquí respecta, sólo hemos querido hacer referencia las novedades que introduce la Ley 13/1983, de Reforma del Código civil en materia de tutela, pero no es momento para entrar a analizar singularmente ninguna de ellas en esta parte de nuestro estudio. Ello, en su caso, corresponderá a apartados posteriores.

Como explica la profesora MARTÍN AZCANO²⁹, la principal aportación de la Ley 13/1983 fue la sustitución del rígido sistema de incapacitación heredado del Código napoleónico – el cual establecía un sistema de incapacitación común para todo incapacitado, sin atender al grado de discernimiento que presentase -por otro que se adecuara a la incapacidad declarada y a las circunstancias de la persona. En este punto, fue esencial la doctrina jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947, la cual evidenció la ineficacia de las instituciones de guarda previstas en el Código civil a la realidad social, y en consecuencia incorporó un modelo de equidad al respecto, es decir, dar a cada uno lo suyo según el grado de discapacidad que padezca.

Así se incorporaron a nuestro ordenamiento dos nuevos órganos de protección: el curador y el defensor judicial. Tras esto, se modificó el Código civil en materia de incapacitación, eliminando la lista taxativa que recogía las causas que daban pie a la misma –locura, sordomudez, analfabetismo, prodigalidad e interdicción civil del penado- (añadir a la parte previa a la Ley 1983 pero ver cómo ha evolucionado el Código y las sentencias de 1942 y 1947, la segunda sobre a graduación de la incapacitación y la primera sobre la prodigalidad), por un precepto abierto (art. 200 C.c.) que se conjuga teniendo en cuenta el caso particular, incidiendo en la posibilidad o imposibilidad del autogobierno de la persona con discapacidad. Igualmente, se modificó el régimen de tutela, pasando de una tutela familiar a una de autoridad, por la cual los órganos de guarda quedaron sometidos a la supervisión judicial competente.

²⁹MARTÍN AZCANO, E.M, “De nuevo sobre la incapacitación judicial y la adecuación de los regímenes de guarda tradicionales”, en @LA LEY, Derecho de familia, N° 2 (Segundo trimestre de 2014).

Más tarde, la Ley 13/1983 (art. 2.2.) derogó el Decreto de 3 de julio de 1931, el cual permitía el internamiento de enfermos mentales si se contaba con prescripción facultativa y consentimiento escrito del representante legal o persona encargada del enfermo. Esto último fue abrogado y sustituido por el requerimiento de previa autorización judicial, salvo en caso de urgencia, aunque, incluso en este supuesto, se deberá dar traslado al Juez competente antes de que transcurran 24 horas para que ratifique el internamiento.

Posteriormente, con la entrada en vigor de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria³⁰, incorporó las figuras de autotutela y de los poderes preventivos, dando pie a la denominada autoincapacitación. Se pretende sustentar un sistema de protección de las personas con discapacidad, proporcional y eficaz, en el que además de la regulación del patrimonio protegido de las mismas, éstas puedan organizar libremente su situación personal y/o patrimonial de forma anticipada ante la amenaza de una futura pérdida de capacidad. De tal forma, la citada disposición legal introduce un nuevo sistema de protección patrimonial de las personas con discapacidad sin incapacitarlas, dependiendo del grado que padezcan. Este sistema se aplica a quienes estén afectados por una minusvalía psíquica igual o mayor al 33% o aquellos que tenga una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65% (art. 2.2).

V. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INCAPACITACIÓN BAJO LA LEY 13/1983.

A la hora de abordar el concepto de incapacitación se nos plantean diversas cuestiones a razonar. En primer lugar, respecto a la extensión que abarca dicha definición, pues si bien podemos referirnos o incluir el proceso, por contra, prescindir de él en el mismo, aludiendo únicamente a la incapacitación consagrada, es decir, cuando la persona ha culminado el proceso y su nuevo estado civil es inscrito en el Registro civil. Igual la

³⁰ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

disparidad pende de la rama del Derecho por la que se estudie la institución, si por la procesalista o la civilista.

Así pues, si contemplamos el proceso como una serie de trámites tendentes a alcanzar el resultado previsto, podríamos definir la incapacitación como el proceso judicial tendente a declarar la incapacidad del sujeto para regir las esferas de su competencia, culminando con la modificación del estado civil del declarado incapacitado. En dicho proceso es preceptiva la intervención del Ministerio fiscal y la posterior inscripción en el Registro civil. Por su parte, teniendo en cuenta únicamente la resolución judicial y los efectos que la misma comporta para la persona declarada incapacitada, es preciso hacer referencia al concepto del profesor DE CASTRO Y BRAVO³¹, el cual lo designa como el “acto judicial que modifica el estado civil de una persona, sometiéndola a una especial tutela”. Desde este punto de vista, vemos que adquiere relevancia la figura del órgano tutelar, mientras que en el proceso de incapacitación no la hemos mencionado, puesto que entendemos que es una consecuencia de la declaración de incapacidad.

5.1 Incapacidad e incapacitación.

Esta panorámica conceptual, nos lleva a diferenciar dos situaciones que si bien analizaremos más detenidamente en apartados siguientes, podemos comentarlos brevemente. Nos referimos a la incapacitación frente la incapacidad (lenguaje utilizado en esta época).

La incapacitación del sujeto lleva aparejada inexorablemente la imposición de un tutor o curador, pero la realidad social muestra una diferencia notable respecto a la realidad jurídica: la guarda de hecho. Cuando un familiar se encarga del cuidar y velar por los intereses de aquel que notoriamente no tiene capacidad para hacerlo por sí mismo.

Aunque cabe recordar que, a pesar de la reiteración de la doctrina, de la propia legislación y de la jurisprudencia, de enlazar fielmente la figura del tutor o curador con la del

³¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Volumen II, Thomas Civitas, 2008, págs. 291 y ss.

incapacitado, la realidad muestra una excepción a dicha regla o por lo menos la entendemos así: la guarda de hecho.

Sin embargo, centrándonos en la resolución judicial final constitutiva de la modificación del estado civil de la persona, sí haremos referencia a este elemento intrínseco (como demuestra la práctica jurídica) a la incapacitación: el sometimiento a tutela o curatela, en su caso. Si bien es cierto, que con relación a la esencialidad de este elemento como eje central de la naturaleza de la incapacitación no ha existido consenso en el seno de la doctrina. Es más, un grupo mayoritario de los estudiosos de la materia considera epicentro de la naturaleza jurídica de esta institución la sentencia judicial emitida en favor de la modificación del estado civil de la persona encausada. Ciertamente, sin sentencia que declare la incapacidad de una persona no hay incapacitación y, por ende, no se procede al sometimiento de la misma a institución tutelar alguna.

Esta disociación no obsta para rebatir ciertos argumentos por parte de la postura doctrinal encabezada por el profesor GORDILLO CAÑAS, el cual confiere espacio y cabida en este escenario a la situación de aquellos que tengan una discapacidad notoria pero que no está declarada. En este sentido, es preciso tener en cuenta la raíz de la discrepancia radica en la consideración o no del carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación, siendo los vértices de las posturas enfrentadas los autores previamente mencionados.

Tal como redactó en su día GULLÓN BALLESTEROS³², los grandes pilares de ambas concepciones doctrinales fueron, respectivamente, Federico DE CASTRO y Antonio GORDILLO CAÑAS. Así pues, siguiendo el orden cronológico de sus principales publicaciones relacionadas con la disyuntiva planteada, empezaremos aludiendo a la tesis defendida por el primero y al que quizás podamos aplicar la expresión latina *prior in tempore potior in iure* como veremos a continuación.

5.2 El cuestionado carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación.

³² GULLÓN BALLESTEROS, A., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, en “Los discapacitados y su protección jurídica”, en *Estudios de derecho judicial*, N° 22 (1999), págs. 17 y ss.

DE CASTRO³³ defendía el carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación, con lo que pareció estar de acuerdo el codificador tras la modificación del artículo 199 del Código civil mediante la Ley 13/1983, de 24 de octubre, el cual propugnaba que “nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial y en virtud de las causas establecidas por la ley”. Por tanto, cuando adquiere firmeza la sentencia, dicha declaración de incapacidad es el título que da acceso al Registro civil en orden a modificar el estado civil de la persona declarada. Siendo la sentencia judicial de incapacitación, requisito *sine qua non* para la constitución de la tutela.

Por tanto, esta primera tesis se centra en tres ideas claves: el valor constitutivo o como dice el autor, “modificativo” de la sentencia o auto declarativo de la incapacidad, ya que supone una limitación a la capacidad de obrar de las personas, afirmando que la misma dependerá de la incapacitación y no de su capacidad natural, siendo de este modo factor determinante de un nuevo estado civil en la persona y la irretroactividad de la resolución judicial, pues la misma tendrá eficacia erga omnes una vez inscrita en el Registro correspondiente pero no tendrá eficacia en relación a los actos realizados por el presunto incapaz con anterioridad a la modificación de su estado civil.

En este orden de nociones, es preciso poner de relieve uno de los efectos de la incapacitación, según el autor: la modificación del estado civil de la personal. Ésta es la verdadera clave de la incapacitación y lo que rige tanto su concepto como su naturaleza jurídica, sustentando esta teoría en el procedimiento a seguir para obtener la

³³ A este respecto DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España op cit.*, págs. 291 y 292, considera que existen dos posturas doctrinales distintas: por un lado, aquellos partidarios del carácter constitutivo de la incapacitación, lo que conlleva la limitación de la capacidad de obrar de la persona por esta vía, independientemente de la capacidad natural del individuo con anterioridad a la declaración de incapacidad. Es decir, la capacidad de obrar sólo se modifica mediante la incapacitación. Por otro lado, se encontraban aquellos otros que apoyaban su argumento en la incapacitación como pilar de la constitución de la tutela. Desde este punto de vista, el estudio de la incapacitación debía incluirse en el Derecho de familia, ya que la importancia de la declaración de incapacidad respecto a la institución tutelar traspasaba la consideración de la incapacitación tan sólo como determinadora de la capacidad de obrar, por lo que se estudiaba en la parte general del Derecho civil. A pesar de la existencia de ambas perspectivas, el autor parece no identificarse netamente con ninguna, puesto que según él mismo olvidan añadir a sus tesis la esencialidad de la institución: “el ser determinante de un estado civil de las personas”. Como consecuencia de la importancia que el autor profiere a este último elemento, defiende que la incapacitación debe ser objeto de estudio en el Derecho de las personas, puesto que el ámbito de su eficacia es mucho más extenso que su mera consideración como limitación de la capacidad de obrar, ya que afecta a toda la situación jurídica de la persona.

incapacitación la cual en palabras del autor no sólo reúne todos los rasgos distintivos de un acto modificativo de estado civil, produciendo los efectos del mismo y siendo acciones de estado las tendentes a pedir la declaración de incapacitación y la de recuperación de la capacidad.

Esta es la postura seguida mayoritariamente por la doctrina³⁴ y la jurisprudencia³⁵, favorables a la consideración de la sentencia como acto constitutivo y retroactivo. Tanto es así, que algunos autores conceptúan la incapacitación como un estado civil, es decir, conceden el peso de la definición a su estatus modificador, admitiendo que la incapacitación también se refiere a la declaración judicial resultante del procedimiento seguido³⁶.

De contrario, encontramos la argumentación seguida por el profesor GORDILLO CAÑAS³⁷, que entiende la hasta ahora analizada como la postura formalista, mientras que él defiende una más realista. Si bien no niega el carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación tampoco centra su importancia en la aparición de un nuevo estado civil sino en la institución tutelar. Es decir, pone en relevancia la resolución judicial como pase de entrada a la tutela dentro del escenario de la incapacitación. Sin dicho pase, no podrá constituirse tutela.

Sin embargo, desde la perspectiva de la capacidad de obrar de la persona, el autor considera que la sentencia de incapacitación no puede ser constitutiva de la situación de

³⁴ Entre ellos, Instituciones de Derecho Privado (Civitas). Instituciones de Derecho Privado. Tomo I. Personas. Volumen 2º, “La incapacitación”, *Aranzadi*, enero 2015.

³⁵ Véanse entre otras, las SSTs de 7 de abril de 1903, 27 de febrero de 1914, de 9 de febrero de 1943, de 23 de marzo de 1994, de 19 de febrero de 1996, 19 de mayo de 1998. Citadas en GONZALEZ POVEDA, M. y PICÓN MARTIN, J.C: *Los discapacitados y su protección jurídica*, Dykinson, Madrid, 1999, págs.: 15 a 17.

³⁶ Véase DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 229. En este sentido, entiende que la “incapacitación es un estado civil de la persona física que se declara judicialmente cuando concurre en ella alguna de las causa establecidas por la ley”, teniendo en cuenta que el mismo vocablo se refiere también a la declaración judicial procedente de la culminación del proceso seguido para dictarla. Pero, ponen de relieve la importancia del carácter constitutivo de la resolución judicial que declare la incapacidad, pues culmina con la constitución de un estado civil mediante el ejemplo de una persona calificada como loco, el cual no cambia de estado civil de capaz a incapaz hasta que no se dicte sentencia judicial firme en consonancia con el artículo 199.

³⁷ GORDILLO CAÑAS, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986.

la persona. Aunque nosotros precisaríamos respecto a la tesis mantenida que no sólo la resolución judicial puede ser título constitutivo del estado civil de la persona, pues bajo su percepción del proceso de incapacitación, debería darse relevancia jurídica a la situación de la persona que tuviere una incapacitación notoria a pesar de carecer de declaración de incapacitación. Como apunta algún autor³⁸, parece que la postura de GORDILLO gira en torno a la descomposición de la sentencia de incapacitación en dos partes: por un lado, la ateniendo al título que comporta para constituir la tutela y, por otro, la relativa a la capacidad de obrar del incapacitado donde se plantearía la retroactividad de la resolución, excepto para terceros de buena fe que contrataron con el presunto incapaz creyéndolo capaz.

Como ha puesto algún autor de manifiesto, con el que compartimos opinión, la tesis de GORDILLO plantea ciertas dudas³⁹. A nuestro parecer, la concepción mantenida sufre profundas grietas jurídicas e incluso sociales.

³⁸ GULLÓN BALLESTEROS, A., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar” *op cit.*, pág. 18.

³⁹ En este sentido, nos parece muy interesante el razonamiento de GULLÓN BALLESTEROS, A., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar” *op cit.*, pág. 18 y ss., respecto a la retroactividad de la sentencia de incapacitación en relación a la tutela o curatela. Así, el autor alude a la indisociable relación entre la declaración de incapacitación y el sometimiento de la persona al tutor o curador que completa su falta de capacidad, la cual se rompe si no se constituye el órgano tutelar con efectos retroactivos. De tal forma que, en caso de entender que la declaración tiene efectos retroactivos, inevitablemente se entiende que la persona ha estado incapacitada durante un tiempo anterior a la sentencia, sin embargo, durante ese periodo ha actuado libremente como si fuese capaz, lo cual resulta cuanto menos confuso. En base a ello, la tutela o curatela debería constituirse también con anterioridad a la incapacitación, puesto que en caso contrario se podría cuestionar el principio de protección que presta el ordenamiento jurídico a la persona incapacitada, al permitirle obrar libremente estando incapacitada sin la intervención de un tutor o curador.

En virtud de ello, el hacedor de lo expuesta recuerda el Proyecto de Código civil de 1851, considerando que la postura doctrinal estudiada pretende ser una “resurrección” del mismo, ya que el trabajo de modificación de la codificación declaraba nulos de pleno derecho los actos *a posteriori* del incapacitado, mientras que aquellos realizados *a priori* eran considerados anulables cuando la causa de incapacitación fuese notoria al tiempo de ser el otorgamiento (artículo 289). Asimismo, señala la alusión que hace GORDILLO al artículo 297 C.c., el cual representa en su argumentación la adhesión del Código civil a la concepción realista de la incapacitación, y al que interpreta *a sensu contrario*, de tal forma que los actos posteriores a la demanda de prodigalidad y anteriores a la sentencia sí podrán ser atacados debido a la citada prodigalidad, ya que la misma tiene efectos aunque aún no esté declarada. Tal y como pone de manifiesta el autor este argumento carece de sustento, ya que, entre otros motivos, la Ley 13/1983 no opta por el Proyecto del 51, lo que es un indio evidente de su disconformidad con lo preceptuado al respecto en el mismo y, por su parte, separa ostensiblemente incapacitación y prodigalidad, por tanto, el artículo 297 no es aplicable a supuestos de incapacitación.

En primer lugar, atenta contra la seguridad del tráfico jurídico, puesto que al admitir la retroactividad de la sentencia de incapacitación en pos de la incapacidad notoria, carecemos de elemento objetivo para desarrollar la autonomía de la voluntad.

En segundo lugar, en relación directa con el argumento anterior, creemos que la postura doctrinal aludida derroca la presunción de capacidad de toda persona, pues si la declaración de incapacidad puede ser retroactiva, quiere decir que la persona aparentemente no es capaz sino incapaz para llevar a cabo los actos que le competan. Ello puede ser un arma de doble filo, pues si bien, de esta forma se podrían proteger a terceros de buena fe contratantes con el presunto incapaz, igualmente, podríamos estar vulnerando el principio de igualdad del mismo, pues estamos juzgando su estado de forma subjetiva careciendo de pruebas que acrediten dicha incapacidad notoria.

En relación con ello, tal como establece el artículo 200 del Código civil las causas de incapacitación eran y son hoy en día una enfermedad persistente en el tiempo que impida el autogobierno de la persona, en este punto, la tesis de GORDILLO quiebra dicho mandato legal, puesto que la incapacidad aparente no nos permite acreditar la persistencia o temporalidad de la enfermedad.

VI. EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN INTRODUCIDO POR LA LEY 13/1983.

El proceso de incapacitación que ordenó e introdujo como tal la Ley 13/1983 en el Código civil ha estado vigente, con las modificaciones que expondremos a lo largo de este trabajo, desde entonces hasta prácticamente nuestros días. Como podremos constatar con la práctica jurisprudencial que en su momento abordaremos, así como con los artículos doctrinales que nos acercan al régimen jurídico existente en torno a la materia, el proceso no ha estado exento de contradicciones y resoluciones adversas en sede judicial en relación a casos que guardan identidad de razón y semejanza. Realmente la uniformidad en la jurisprudencia respecto a la incapacitación ha sido históricamente más un ideal que un hecho.

6.1. La valoración de la capacidad en sede judicial.

Si bien es cierto, que existen puntos coincidentes y que la teoría como argumentación de cualquier resolución jurisprudencial no difiere notablemente pero sí se bifurca en sentidos opuestos, pues los artículos del Código civil son inamovibles y preceptivos en orden a estudiar un posible caso de incapacitación. Por tanto, en lo que difieren los Tribunales es en la interpretación de esos artículos a la hora de aplicarlos caso por caso.

Debido al peso que comporta para la autoridad judicial el tema de la incapacitación, pues la introducción generada por Ley 13/1983 delega su desarrollo, control y supervisión en sus filas, las resoluciones discrepan unas con otras, debido a que objetivamente la “subjetividad” de cada Juez o Tribunal es patente en esta materia. Lo que para uno es incapacidad manifiesta, para otro es incapacidad parcial compensable con la intervención de un curador y para otro no es incapacidad que precise la actuación de un agente externo. Si aplicamos un criterio más humano que jurista, puesto que nos encontramos ante una rama eminentemente personal del Derecho, entendemos que el Juez, limitado por la legislación aplicable, elige la alternativa que considera más justa dependiendo de sus conocimientos, vivencias y experiencias. Al final, el órgano está siendo fiel al texto legal pero lo interpreta abiertamente en base a su bagaje profesional y vital.

También la propia sociedad y el tiempo constriñen las decisiones que tomamos, lo cual afecta del mismo modo a quienes juzgan nuestras acciones, pues la vivencias, si bien más amplias por su profesión, pueden ser las mismas.

6.2. Análisis social que acompaña al ámbito jurídico en los procedimientos de incapacitación de antes y en los de modificación de la capacidad de obrar de ahora.

Quizás sea más fácil de explicar si narramos un ejemplo, sobre la base de la jurisprudencia leída a lo largo de este. Una señora que empieza a olvidar sus rutinas diarias, el teléfono de sus allegados, la receta que tantas veces cocinó, el cumpleaños de su hijo, las pastillas de la tensión, el estante de las camisas, el *off* de la vitrocerámica, el camino de vuelta a casa, la cara de su nieto, el ronquido de su marido, las risas de sus amigas, el trinar de los pájaros... y, que termina olvidando, que tenía una casa, familia, amigas, un nombre, que

levantaba la cuchara para tomar la sopa o que los sonidos de la habitación no eran extraños, de unos “hombres que entran a casa sin su consentimiento” sino simplemente la televisión. Esta situación, lamentablemente común en los hogares donde habita alguna persona con Alzheimer, puede desnaturalizar al más humano.

De tal forma, que un ciudadano que además de vecino, familiar o amigo tenga la ley en sus manos, la cual abre un abanico de posibilidades a su ejecución, puede considerar sus presupuestos de distinta forma si la amplitud del texto así lo permite. En este caso concreto, cuando conoce el desenlace final de la enfermedad, la progresividad y rapidez de su declive y el sufrimiento de los allegados, recurre al que considera como remedio más práctico, en el camino más llano, la incapacitación o, si tiene lugar con posterioridad, a la modificación judicial de la capacidad, solicitando la plena sustitución de la voluntad y la constitución de tutela⁴⁰.

Esta decisión es jurídicamente coherente con la postrimería de la enfermedad, entendiéndolo que la persona no es capaz de gobernarse a sí misma, cuando irrevocablemente el familiar que la ha venido cuidando desde que fue diagnosticada, tendrá que asumir las decisiones que le afecten, pero no antes. El trascurso de la enfermedad nos va a mostrar facetas más o menos cercanas de la persona, momentos de inconsciencia y rutinas de lucidez donde el enfermo entenderá lo que quiere y apreciará la ayuda que otro le otorgue en la asunción de cualquier decisión que le afecte. De tal forma, que la incapacitación tras el diagnóstico supone un segundo impacto en la sensibilidad de la persona, el cual se puede posponer o evitar en función del desarrollo de la personalidad de aquél.

La modificación de la capacidad de la persona a través de la incapacitación o mediante los mecanismos actuales que veremos a lo largo de estas páginas, no debería consistir en evitar en daño sino en evidenciarlo, es decir, hacer partícipe a la persona de las circunstancias de su vida, ayudarle a vivir no vivir por ellos.

⁴⁰ A pesar de esta posibilidad, entre tantas familias, también se ha priorizado, el cuidado de sus familiares de forma fáctica, sin el revestimiento legal que tiene el proceso anteriormente mencionado, esto es, erigiéndose como guardadores de hecho de sus familiares.

Digamos que es como si nosotros, hasta donde sabemos tenemos plena capacidad de obrar, nos ofrecen un contrato de arrendamiento de una casa en Alemania, por supuesto, el contrato está en alemán y nosotros no tenemos ni idea de este idioma. El señor de la inmobiliaria se ofrece a acordarlo por nosotros, mirando siempre por nuestro bienestar, pero no estamos de acuerdo. No queremos que el señor de la inmobiliaria negocie por nosotros el contrato, queremos que nos ayude con el mismo, que nos traduzca su contenido y sus cláusulas y que transmita al arrendador las nuestras, queremos un asistente, una mano amiga que abra nuestro campo de visión, opaco debido a las dificultades lingüísticas. Una vez que ese asistente nos facilite esa información, podremos velar nosotros mismos por el interés que más nos convenga, de otro modo nuestra voluntad queda empañada. Igual ocurre a las personas con discapacidad intelectual, mental, psíquica, sensorial... cuando un tercero se empodera de su interés, quizás con la mejor intención, pero ello no quiere decir que sea la correcta.

Después de este exhaustivo ejemplo donde simplemente intentábamos abordar la situación desde una perspectiva social para así en cierta medida comprender la vertiente jurídica, vamos a continuar con la incapacitación de la persona y lo que ello ha supuesto como obstaculización en el desarrollo de su personalidad, pues hablamos de 32 años de hegemonía de la institución⁴¹.

6.3. La graduación de la incapacitación.

Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 13/1983, de la redacción original del Código civil se desprendía la absolutez y permanencia de la incapacitación, sin lugar a la graduación de la sentencia y, por ende, de la propia institución, salvo en los casos de sordomudez y prodigalidad⁴². Es decir, aquellos considerados como locos o dementes,

⁴¹ Hasta que entró en vigor la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que introdujo la modificación judicial de la capacidad aboliendo la incapacitación. En las siguientes páginas detallaremos esta transición así como la vigente figura jurídica.

⁴² El texto del Código civil de 1889 establecía la graduación de la declaración de incapacidad para el supuesto de personas incapacitadas por causa de sordomudez, así lo exponía en su artículo 218 al recoger que “La declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente. La que se refiera a sordomudos fijará la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad de aquéllos”. En este precepto hacía clara distinción entre las causas de incapacitación, al citar expresa y exclusivamente a las personas que padecieran sordomudez y no a aquellos declarados dementes o locos, a los que obvia en todo momento en

aún teniendo intervalos lúcidos (art. 200) que fueren declarados incapaces por sentencia judicial, lo eran en su totalidad, el tutor que les hubiera sido asignado debía representarlos en todas sus esferas sin limitación. No es hasta la publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947⁴³ que la jurisprudencia empieza a aplicar la graduación de la declaración de incapacidad respecto a aquellas personas con niveles intelectivos bajos. La sentencia mencionada sustentaba la interpretación del precepto en la ausencia de diferenciación que realizaba el Código respecto a las enfermedades que afectan al intelecto, obviando la distinción entre demencia y el retraso o debilidad mental, subsumiendo ambas tipologías dentro de la calificación técnica de oligofrenia. Por ello, el Tribunal entendiendo que existe una laguna legal que ha de ser integrada mediante el propio ordenamiento jurídico, entiende factible y efectivo aplicar por analogía lo regulado legalmente para los casos de sordomudez y de prodigalidad a los supuestos de retraso o debilidad mental, lo que supone la admisión de la graduación de la incapacitación en todos éstos bajo criterios de semejanza e identidad de razón.⁴⁴ Esta argumentación parece ser la más acorde para el legislador, puesto que en la reforma del Código civil de 1983 es incluida la graduación de la incapacitación sin especificar la causa que diera lugar a la misma, bajo el literal de su artículo 210 que establecía: “La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado”⁴⁵. Así pues, tras la citada

la limitación de la institución de incapacitación. Sin embargo, al igual que ocurría con el primer caso, aquellos declarados pródigos también podían gozar de una declaración de prodigalidad parcial, pues el artículo 221 en relación a lo mencionado, consideraba que “... La sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre, y los casos en que por uno o por otro habrá de ser consultado el consejo de familia”. Vid. La disparidad en la jurisprudencia que va desde las sentencias donde se establecen la incapacitación total Sentencia del TS de 16 de septiembre de 1999 (Tol 2320), la sentencia de 29 de abril de 2009 (Tol 1.514.778), o mas reciente la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de mayo de 2004 (EDJ 2004/52295). En todas ellas se entendía que la persona incapacitada no podía gobernarse por si mismo. Por otra parte encontramos sentencias que determinan la incapacitación parcial como las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona 8 febrero 2002 (EDJ 2002/18222) o la de 17 de febrero de 2004 (SAP 1921/2004), donde se determina la incapacitación parcial y la curatela para la parte patrimonial. Así como otras sentencias en las que Tribunal Supremo modifica la capacidad al sustituir una incapacitación total por una incapacitación parcial, como sucedió en la STS 16 marzo 2001 (Tol 26.965).

⁴³ STS de 5 de marzo de 1947.

⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil, Volumen I*, Tecnos, 2012, págs. 232 y 233.

⁴⁵ STS (Sala de lo Civil), núm. 3535/2017, de 11 de octubre de 2017 (RJ 2065\2016). En esta sentencia el ponente Sancho Gargallo, entiende que la fórmula legal es lo suficientemente amplia y flexible como para que cualquier enfermedad o deficiencia que finaliza con la determinación de una discapacidad o con la necesidad de apoyo y protección de la persona que la padece, pueda ser apreciada como causa de incapacitación; porque facilita al juez los parámetros necesarios para valorar dicha discapacidad natural y

modificación legislativa, será la decisión judicial el factor determinante de la incapacitación, pues tras estudiar la probatoria del caso concreto, dilucidaría si la parte demandada precisa un tutor o curador, dependiendo de los actos que pueda realizar por sí mismo sin la intervención de un tercero, así como las facultades y actos para los que resultare incapacitado y necesitare dicha participación (por ejemplo, aquellos actos relacionados con el cuidado de la propia persona, la gestión de sus bienes, las facultades de disposición o aquellas relativas a la gestión del patrimonio, etc), constituyéndose de este modo una incapacitación absoluta o limitada, en función de la necesidad y procedencia en el supuesto manifestado, independientemente de la causa que hubiera dado lugar al proceso.

6.4 Las consecuencias de la sentencia de incapacitación bajo la Ley 13/1983.

La nada vetusta institución de incapacitación conllevaba la irremediable limitación de la capacidad de obrar de la persona, restringiendo o anulando, dependiendo del contenido de la sentencia de incapacitación, el ejercicio de los derechos y obligaciones de los que el ciudadano es titular⁴⁶. Esta limitación al desarrollo de la personalidad como medida de protectora de la persona culminaba con la declaración judicial de incapacitación. La sentencia al adquirir firmeza, modifica el estado civil de la persona, desplegando su eficacia erga omnes, constando en todas las esferas institucionales como incapacitado, lo que es lo mismo, no apto para realizar determinados actos⁴⁷, estando sometido por necesidad a la interdicción civil.

el alcance de la necesidad de constituir una guarda legal en interés de la persona que padece la discapacidad. A partir de aquí, el régimen de incapacitación o modificación de capacidad se complementa con el art. 760 LEC (sucesor del art. 210 CC), que expresamente prevé la necesidad de que la sentencia que declare la incapacitación determine la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que deba estar sometida la persona incapacitada. Y también con el art. 761 LEC, que prevé la posibilidad de reintegración de la capacidad y la modificación del alcance de la incapacitación, permitiendo así modular los apoyos según las circunstancias y situación de la persona en cada momento.

⁴⁶ Tal como mantiene nuestro Código civil en su artículo 199 “Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas por la Ley”.

⁴⁷ Hablamos de determinados actos, puesto que como comentaremos más adelante la sentencia de incapacitación no tiene que ser ineludiblemente absoluta, sino que recogerá en su seno la extensión y límites de la modificación de la capacidad. Así lo continúa reflejando el artículo 760.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, al decir que “la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento sin perjuicio de lo dispuesto

Las novedades introducidas por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, incidieron en dos aspectos fundamentales: por un lado, sistematizó el proceso de incapacitación y, por otro, acogió una nueva positivización de las instituciones de guarda.

Para tratar el origen de la incapacitación es ineludible remitirnos a DE CASTRO y BRAVO⁴⁸, poniendo de relevancia que esta figura jurídica tan importante dentro de nuestro ordenamiento jurídico hasta hace algunos años, no aparece *ex novo* en el siglo XX, pues hunde sus raíces en el Derecho romano, cuyo “*intercedere bonis*” respecto al pródigo y la posible imposición (“*invictus*”) de curatela a los púberes carentes de razón, son considerados antecedentes de la institución.

En este sentido, la doctrina entiende que la relación entre la curatela de aquellos carentes de razón en el Derecho romano y la propia incapacitación se sustenta en la consideración que tenía la facultad de discernimiento en la propia institución de guarda, la cual exigía para su consagración la intervención del órgano judicial y la inexorable publicidad de la declaración de incapacidad de aquél que no es considerado capaz para administrar sus bienes. Este proceso objetivaba la situación jurídica de la persona, pues la misma no dependía de su idiosincrasia natural, sino que variaba únicamente por la declaración judicial, lo que apremiaba la seguridad jurídica para terceros y dotaba de estabilidad al estado del sujeto. Por tanto, la persona no sería privada de la gestión o mera actuación en el mundo jurídico por su evidente enfermedad, sino que para ello sería precisa la resolución de un Juez conocida mediante la publicación de dicha declaración de incapacidad.

En este punto la doctrina no encontraba solución cierta o convincente para el caso de los dementes en relación a la curatela, pues oscilaban entre hacerla depender de la propia locura o derivarla de la declaración judicial pertinente. Si bien es cierto, que era

en el artículo 763”. Por tanto, la incapacitación debe ser un procedimiento especial para cada individuo, dependiendo de sus circunstancias personales. De tal forma, que dos personas que tengan el mismo grado de discapacidad pueden no requerir idénticas limitaciones en la aptitud de ejercicio de derechos, de ahí que cada sentencia debiere ser distinta. Mas, en la práctica, como veremos, abundaba la identidad de resoluciones falladas en favor de la incapacitación absoluta, sin ahondar de forma exhaustiva en la probatoria para determinarla.

⁴⁸DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España. Volumen II*, Thomson Civitas, 2008, págs. 289 y ss.

preceptivo el nombramiento por el juez del curador, la duda principal radicaba en los períodos de lucidez del diagnosticado o considerado loco, pues fluctuaba entre la regencia del curador en dichos intervalos o la asunción de la administración por parte del demente (entiéndase en el contexto social al que nos remitimos).

Mientras, en el supuesto de los pródigos el mecanismo era claro: para imponer la curatela era precisa la interdicción de la declaración judicial.

El sistema francés, por su parte, despejó esta oscilación al equiparar todas las causas de incapacitación, es decir, extendió la institución a todos los supuestos que daban pie a la misma, incluyendo pródigos y dementes, requiriendo la interdicción como fundamento necesario para proceder a la incapacitación y a la imposición de curatela, cuya duración pendería de la decisión judicial, tras interrogar al incapacitado mediante investigación para averiguar si había recobrado la razón.

Esta disyuntiva de la doctrina española es paliada legislativamente cuando trasciende al ordenamiento jurídico. En concreto, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1885⁴⁹, en su artículo 1.244 recoge la obligación de recabar “justificación cumplida de la incapacidad” para proceder al nombramiento de curador. Si bien es cierto que el texto legal no señala las causas motivadoras de la declaración de incapacidad, sí viene a reiterar a lo largo de su articulado las disposiciones que afectan al “incapacitado”, término que se empieza a acuñar en el ordenamiento jurídico y que suele ir acompañado de la figura del menor en el que la Ley centra su atención respecto a la curatela, si bien como decimos, también alude al “incapacitado” en este ámbito.

Como hemos cotejado, la LEC del 1885 (cuando aún se escribía mujer con “g”) se refiere directamente al incapacitado en distintos preceptos, entre otros, al regular el nombramiento de la curatela y los sujetos que pueden desempeñar dicho cargo, familiares directos del incapacitado o, en su defecto, parientes o amigos íntimos de aquél o de sus padres (art. 1.245 y 1.247).

⁴⁹ Ley de Enjuiciamiento Civil de 1885.

Anteriormente, en el Título IX relativo a los sucesores *ab intestato*, el artículo 353 desgana la labor judicial consistente en proveer de tutor o curador a aquellos parientes que fueren menores o incapacitados.

De este modo, una vez provista la persona de curador, se le haría entrega con su nuevo cargo del caudal de aquél previsto mediante inventario que se unirá al expediente del mismo (art. 1.250).

El expediente que referencia la ley formado para el nombramiento del curado ejemplar, debía ser “protocolizado en la escribanía pública” del lugar del domicilio del incapacitado o, en su caso, en la Juez designara (art. 1.251). Con ello, simplemente constatamos la importancia que igualmente se le daba al principio de publicidad, puesto que se erigió la obligatoriedad de inscribir el expediente de la persona incapacitada, en relación a la curatela impuesta en el registro público pertinente. El objeto de dicha publicación no puede ser otro que proteger a terceros de buena fe que debieren realizar negocios jurídicos con el curador del incapacitado presente y, al propio, expedientado.

En consonancia con la práctica francesa y parte de la doctrina española a la que nos referíamos en líneas anteriores, la ley opta por extender la incapacitación no sólo a los pródigos y a que el Juez del domicilio de la persona cuya capacidad se cuestiona, nombre curado ejemplar a la misma después de tener noticia de su incapacidad (art.1.243) y posterior a la obtención de la “justificación cumplida de la incapacidad” (art. 1.244). Este proceso suponemos pretendía garantizar la tutela de derechos a la persona, ya que expuesto tal como aparece en la ley se presume su sanidad y, por tanto, no precisaría órgano tutelar, hasta que el Juez manifieste cosa distinta tras cerciorarse de la incapacidad del sujeto. Por tanto, la curatela se hacía depender de la declaración judicial no de la mera enfermedad de la persona.

Por lo que respecta a las cuestiones procesales, cabe resaltar, en último lugar respecto a la LEC de 1855, que las medidas comentadas tendentes a facilitar un curador a aquellos que no tuvieran capacidad suficiente para administrar sus bienes, se llevaban a cabo mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria, tal como aparecen amparados todos los artículos citados dentro de la Segunda Parte relativa a la Jurisdicción Voluntaria.

Posteriormente, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881⁵⁰, al igual que lo hiciera su predecesora, regula a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria (Libro III) la materia relativa a las instituciones tutelares, centrándose en la Sección tercera en el nombramiento de curadores ejemplares. De igual modo, el legislador era partidario de obtener una prueba fehaciente de la incapacidad de un sujeto para administrar sus bienes. En este caso, dicha evidencia procedía de la declaración de incapacidad mediante sentencia firme (art. 1.847) que llegaba a conocimiento del Juez competente para tramitar el nombramiento de curador al declarado incapacitado.

Asimismo, el artículo 1.848 amparaba la salvedad de la “incapacidad por causa de demencia” que no hubiese sido declarada en sentencia firme, en dicho caso, se hacía precisa su acreditación sumariamente en un “antejuicio”, nombrándose un curando ejemplar interino. Esta línea ha sido pulcramente seguida por nuestro Código civil para nombrar cargo tutelar, esto es, la declaración judicial de incapacidad o, la posterior incapacitación, es trámite ineludible para atender a la figura del tutor o curador. En este ámbito es preciso recordar que en ninguna de las leyes de enjuiciamiento civil mencionadas se hacía mención de la persona incapacitada respecto a la tutela, o lo que es lo mismo, no se estipulaba disposición alguna relativa a la implantación de la figura tutelar a aquellos declarados incapaces, sólo se reconocía la curatela para la administración de sus bienes.

⁵⁰ Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil. Gaceta de Madrid, de 5 de febrero de 1881, núm. 36, páginas 326 a 329.

CAPÍTULO II

LA CONVENCION Y SU INFLUENCIA EN LA AUTODETERMINACION DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

II. INTRODUCCION

La aptitud para gobernarse a sí mismo ha de ser apreciada ante el juez, el cual debe valorar si una persona tiene una discapacidad que suponga la necesidad de modificar dicha capacidad.

El profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN⁵¹, trayendo a colación al DÍEZ-PICAZO dice *“lo que quiere decir es que dejada la persona a merced de sus propios impulsos y fuerzas, existe la posibilidad de que lleve a cabo una actividad socialmente valorada como inconveniente o perjudicial para ella misma, por eso el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad como en el plano económico o patrimonial. Sólo cuando la incidencia que la enfermedad física o mental persistente o la deficiencia ejerza en el autogobierno de la persona se produzca, y se produzca en grado estimable, la incapacidad será procedente”*.

De tal manera, que hay que atender a aquellos actos que la persona con discapacidad pueda realizar por sí mismo, porque posee la capacidad de entender y saber lo que quiere,

⁵¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad”, en *RJUAM*, N.º 23 (2011), págs. 53-81.

siendo su consentimiento válido y eficaz; de aquellos otros actos jurídicos que precisen el complemento a su capacidad por otra persona que proteja los intereses de la persona con discapacidad, evitando abusos de terceros tanto en su esfera personal como patrimonial, dirigiéndonos así al cumplimiento del artículo 12 de la Convención, dirigido a que las personas con discapacidad tengan capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás, con el apoyo preciso que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica y con acceso a 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 que han de ser proporcionales, 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.

Dicho contenido, viene siendo recogido por la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, que ha dado un giro interpretativo a la hora de aplicar el Código civil y demás leyes, en la protección de la persona con discapacidad bajo la inclusión de la misma en los actos que realiza pero con el complemento necesario a su consentimiento cuando sea necesario para dar aplicación a la Convención, llegando a asentar jurisprudencia que tienen su origen en la Sentencia del Tribunal Supremo número 282/2009, de 29 de abril⁵², en lo relativo a las causas de incapacidad y “a la presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que, aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media”⁵³. Y adaptar a cada situación la institución que

⁵² STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 282/2009, de 29 de abril (RJ 2009\2901).

⁵³ Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 19 mayo 1998, 26 julio 1999, 20 noviembre 2002, 14 julio 2004; como afirma la Sentencia de 28 julio 1998, “[...] para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico [...] lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma”.

complemente la voluntad de la persona, bajo el respeto a una verdadera inclusión social y ejercicio de su derechos, a la aplicación del C.c. y la LJV, estableciendo cuando procede la tutela, curatela o guarda de hecho, o valorando otras medidas que no pasan por un procedimiento de modificación de la capacidad respecto a aspectos patrimoniales, reguladas en la reforma del Código civil efectuada por la Ley 41/2003⁵⁴ y, donde se introdujeron figuras como la autotutela⁵⁵ y los poderes preventivos⁵⁶.

Por tanto, para lograr la protección de las personas desamparadas y de su patrimonio, no es necesario acudir al procedimiento de modificación de la capacidad de obrar de la misma, sino que existen otros instrumentos respetuosos con la capacidad natural y el libre desarrollo de la personalidad ya recogidos en nuestro Ordenamiento jurídico, como la guarda de hecho que, provisionalmente y bajo control judicial e incluso administrativo,

⁵⁴ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. BOE, de 19 de noviembre de 2003, núm. 277.

⁵⁵ FÁBREGA RUIZ, C.F. y GONZÁLEZ RUIZ, F.J., *Práctica de Tribunales*, en Sección Estudios, Editorial Wolters Kluwer N° 123 (Noviembre-Diciembre 2016). Ambos autores nos muestran que la Ley 41/2003 en su reforma del artículo 757.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, legitimó a la persona con presunta falta de capacidad para poder presentar ella misma su propia demanda de modificación de la capacidad. Quizás podría haberse prescindido de esta novedad, que parece creada por inercia con la autotutela, dados los problemas de distorsión en el sistema que plantea. Por un lado, parece complicado que quien se encuentre con una alteración o enfermedad permanente que le impida gobernar su persona o sus bienes, que es la causa de la modificación de la capacidad, se encuentre en condiciones, y tenga capacidad bastante, para poder decidir válidamente sobre su posible declaración de modificación de la capacidad, puesto que o no podrá o, en el supuesto contrario, podremos dudar de que exista causa de modificación de la capacidad. También se presentarán problemas a la hora de otorgar el poder correspondiente a favor del procurador que le represente en el proceso.

⁵⁶ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad", en @LALEY, N° 15231 (Abril 2011). La doctrina denomina poder preventivo propiamente dicho o ad cautelam cuando es otorgado precisamente en previsión de una futura pérdida de capacidad del mandante o poderdante. Quiere decirse que el poder no producirá efectos hasta que tenga lugar esa pérdida de capacidad. Ésta es la situación contemplada, que, en palabras de la profesora PEREÑA VICENTE, «vendría a ser algo así como la condición suspensiva de cuyo cumplimiento depende que el poder despliegue o no sus efectos». Debo manifestar que tan apoderamiento preventivo es el denominado «continuado» como el «ad cautelam», porque, aunque de diferente modo, ambos están previniendo frente a una eventual incapacidad del mandante; en el «continuado», lo excepcional, pero querido por las partes, es que el mandato preventivo no deje de producir efectos -como, en buena lógica, debería ocurrir- cuando se produzca la incapacidad del mandante; en cambio, en el «ad cautelam», lo excepcional, pero querido por las partes, es que el mandato comience a producir efectos -cosa que, normalmente, no podría suceder- desde el momento mismo en que se produzca la incapacitación del mandante. Por tanto, en ambos casos, lo que las partes pretenden es que la incapacidad del mandante no impida la producción de efectos del mandato preventivo. Por eso, tiene razón Cristina DE AMUNÁTEGUI cuando afirma que «en materia de mandatos preventivos la pieza que pone en marcha el mecanismo de autoprotección es la voluntad del sujeto, recogida de forma expresa en el documento de apoderamiento, tendente a la configuración de la institución como respuesta a su falta de capacidad futura.

puede posibilitar tal protección siendo su filosofía más acorde con las directrices que inspiran la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, y en cuyo desarrollo la legislación autonómica también está participando con la creación de nuevas figuras (como la del «asistente» en Cataluña) que asumen funciones que hasta ahora podrían ser ejercitadas por el guardador, quedando vinculado el guardador de hecho a los casos de cuidado de personas menores o mayores en los que concurran causa de incapacitación, mostrando su carácter transitorio. En cualquier caso, éste sería un dato más que aboca a la necesaria reflexión sobre el guardador de hecho regulado en el Código civil español, encaminada a preparar el camino de una posible reforma para delimitar o ampliar su esfera de actuación.

II. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El desarrollo de la personalidad de la persona con discapacidad que da título a nuestro trabajo doctoral guarda, como es sabido, estrecha e intrínseca relación con el ámbito de la autonomía de la voluntad, es decir, con la esfera de libertad en la toma de decisiones del sujeto. En este aspecto, tras siglos de marginación, exclusión o aislamiento de la discapacidad, el reconocimiento de su *status* como persona, primario y fundamental, con independencia de la tenencia de discapacidad fue, legislativamente hablando tardío, aunque certero a nivel internacional⁵⁷. Con ello, nos referimos a la superación de la discriminación en favor de la diversidad. Si bien es cierto que este reconocimiento de la persona per sé tiene lugar a nivel internacional, mientras que las normativas nacionales de la mayoría de los estados se anclan con fuerza a concepciones pasadas.

Es momento de abordar el instrumento internacional que supuso el momento álgido en la superación de antiguos estándares y el reconocimiento de la persona con discapacidad, como persona, puesto que antes de visualizar la discapacidad debemos ver a la persona. El marco normativo internacional previo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada el 13 de diciembre de 2006 en la sede de las Naciones

⁵⁷ Al utilizar estos vocablos nos referimos directamente a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, al ser *de facto* el único cuerpo normativo en la materia, además de haber sido ampliamente aplaudido y alabado por los especialistas, organizaciones y personas con discapacidad.

Unidas en Nueva York. Es inexistente si buscamos normas cuya finalidad sean las personas con discapacidad, pero no es así. Ciertamente, no encontramos ningún cuerpo normativo que regule específicamente y de forma unitaria la situación de las personas con discapacidad, pero si diferentes normas internacionales como la Declaración de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

Algunos autores aluden a la práctica ausencia de este colectivo en los diversos tratados internacionales, siendo cierto que las referencias al mismo son muy escasas e insuficientes, además de ser abordadas siempre desde el principio de no discriminación, pero sin un estudio en profundidad que realmente propugne la igualdad de derechos y deberes, así como las salvaguardas o deberes estatales e internacionales para garantizar los mismos. Podría pensarse, que la mención expresa de las personas con discapacidad en los tratados internacionales garantes de los derechos humanos, es innecesaria, pues al aludir a la persona en general ya se está contenido a la persona en particular. Es decir, el continente abarca el contenido. Claramente, ese sería el ideal, en un mundo justo y competente, donde no fuese necesario hablar de raza, sexo, religión o discapacidad, sino simplemente de personas prescindiendo del matiz, incorporando garantías que pudieran paliar problemas o injusticias que potencialmente pudieran afectar a los ciudadanos en igual medida, siendo la vulnerabilidad una cuestión relativa a la situación del sujeto no de sus características intrínsecas⁵⁸.

2.1 Declaración de Derechos Humanos de 1948.

⁵⁸ Lo que pretendemos decir con esto es que en ese ideal ciertamente utópico hasta la fecha, no sería necesario aludir a colectivos más vulnerables (como lo han sido la mujer, la raza negra, la discapacidad), cuya vulnerabilidad proviene de un ADN diferente al considerado estándar, de su physis o de su cuerpo, pues se consideraría a la persona en su plenitud sin subterfugios. Claro que existirían situaciones discriminatorias y personas vulnerables debido a sus circunstancias económicas o sociales, a su propia idiosincrasia, a su principios o moralidad, pero esa diferenciación, por otro lado, inevitable debido a la propia diversidad de seres humanos que habitamos, no sería un causada por nuestra naturaleza. Es decir, una persona con discapacidad psíquica podría ser diferenciada por sus ideas políticas, por su situación económica, por su actitud y comportamiento, por su opinión... pero no por su discapacidad, porque lo que lo identifica es lo que hace, dice o calla, no lo que es.

Como veníamos diciendo, los grandes titanes legislativos de derechos humanos obviaban o citaban de forma superficial la discapacidad. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵⁹ que marca un importantísimo antecedente en la historia de los derechos no hace mención expresa en su articulado a las personas con discapacidad, cierto que en su segundo precepto expone la igualdad de derechos y libertades de todas las personas, sin distinción alguna en razón de “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Como podemos apreciar, el legislador dejó abierta la lista de motivos discriminatorios al incluir la expresión “de cualquier otra índole” o “cualquier otra condición”, mas debemos imaginar incluida la discapacidad en ellos pues a la misma no la referencia en ningún lugar.

2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 1966⁶⁰, elude de igual forma la alusión expresa al colectivo de personas con discapacidad. Sin embargo, como ocurría en el caso anterior, tampoco incorpora un *numerus clausus* de causas de discriminación prohibidas y repudiadas por el ordenamiento jurídico, sino que deja la puerta abierta a aquellas otras que no enumera bajo las coletillas “de cualquier otra índole” o “cualquier otra condición social”, abrigadas dentro de su artículo 26 y del artículo 24, con la salvedad de que este último apunta a los niños como sujetos de protección; constatando, como podemos observar, que estamos ante una disposición muy similar a la recogida en el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶¹.

⁵⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III). Como recoge la página web de la organización la Declaración desglosa por primera vez en la historia internacional, los derechos humanos fundamentales que son objeto de protección y defensa en todo el mundo.

⁶⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

⁶¹ En este sentido, el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos recoge textualmente: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición ...”. Mientras que el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dice: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos

Si bien es cierto, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos plantea la discriminación desde una perspectiva unitaria que no engloba la discapacidad en su artículo 4, pues en el mismo se estipula la intervención de los Estados partes en situaciones excepcionales, siempre que no entrañen discriminación alguna fundada “únicamente” en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. En esta última consideración es donde podríamos recoger la situación de las personas con discapacidad desde la perspectiva de un modelo social de la misma, aunque, como veremos más adelante, en 1966 dicho modelo no gozaba de tal calado en la sociedad internacional.

2.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

El siguiente cuerpo normativo internacional que no contempla directamente la situación de las personas con discapacidad como materia protegida por las garantías de los derechos humanos es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶², el cual en su artículo segundo, apartado del mismo número, establece el compromiso de los Estados Partes a garantizar los derechos que en el mismo se contienen, sin que medie discriminación por las causas recogidas en los tratados anteriores, prescindiendo de forma directa de la alusión a la discapacidad pero utilizando las coletillas que sus antecesores, donde se podría incluir.

Como podemos comprobar, a pesar de no gozar de una disposición expresa de aplicación directa sobre el reconocimiento de derechos de aquellos que tienen discapacidad, podemos considerar aplicables los mencionados instrumentos internacionales, ya que no delimitan taxativamente su ámbito de actuación sino que parecen proclives a proyectarse en torno a cualquier colectivo que sufra o pueda sufrir discriminación.

de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

⁶² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Cabe resaltar que, de forma paulatina, el eco de aquellas organizaciones de personas con discapacidad o de familias de éstas, fue resonando con mayor fuerza en la sociedad, lo cual siempre es caldo de cultivo para su posterior inserción en el ámbito jurídico. De esta forma, algunos instrumentos nacionales e internacionales fueron comprendiendo la necesidad de incluir en sus regulaciones la discapacidad. Así, podemos citar la Convención sobre los Derechos del niño de 1989⁶³, que en su artículo 23⁶⁴ precisa la necesidad de especial protección de los niños “mental o físicamente impedidos” y compele a los Estados Partes a promover y garantizar la atención, cuidados y derechos en relación a las necesidades especiales que el menor presente para lograr su autonomía e inserción activa en la sociedad.

Respecto a este proceso de reconocimiento de la discapacidad como materia de derechos humanos, algunos autores apuntan la importante labor de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a la hora de exhortar a los órganos de vigilancia para que actúen bajo la óptica de respeto y reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, lo cual supone la interpretación de los instrumentos internacionales en favor de la persona con discapacidad, de forma que la aplicación de cualquier cuerpo normativo

⁶³ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

⁶⁴ Artículo 23. “1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

internacional debe ser adaptada a “las necesidades y al contexto específico de la discapacidad”⁶⁵.

No es hasta mediados del siglo XX cuando comienzan a germinar políticas tendentes a la intromisión de la discapacidad como una situación necesitada de dedicación legislativas tras varias resoluciones de Naciones Unidas en el seno de la Asamblea General y el Consejo Económico y Social, relativas a la “prevención de la discapacidad” y a la “rehabilitación”⁶⁶.

III. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

3.1 Declaración de los Derechos del Retrasado Mental de 1971.

El primer instrumento que enarbola este cambio es la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental de 1971⁶⁷, donde en su artículo primero reconoce el merecimiento de “deficiente mental” de disfrutar, “hasta el máximo grado de viabilidad”, de los mismos derechos que el resto de seres humanos. A esta proclamación le seguirían otras tantas, catalogados como *soft law*, debido a que no son vinculantes, pero que supusieron los primeros pasos, sumando además el incansable esfuerzo de organizaciones y familias por visibilizar la situación en la que se encontraban las personas con cualquier tipo de discapacidad, para el cambio de patrón vigente hasta la fecha, siendo, como veremos, su máximo exponente la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Es importante recalcar, aún a riesgo de reiteración, que la discapacidad es objeto de derechos humanos. Si bien es cierto que siempre no fue abordada desde esta óptica, de hecho, podríamos afirmar que es relativamente reciente.

⁶⁵ PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, 2007, págs. 29 y 30.

⁶⁶ PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *op. cit.*, págs. 31 y ss.

⁶⁷ Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, proclamada por la Asamblea General en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971.

3.2. Discapacidad y Derechos Humanos: La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006

Concretamente, desde la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Este instrumento internacional no sólo debe ser considerada como la musa inspiradora y orientadora de los ordenamientos jurídicos de los estados firmantes, sino que además supone la elevación a la categoría de humanos de los prácticamente inexistentes u ocultos derechos de las personas con discapacidad, lo que supone su reconocimiento internacional y amplía exponencialmente su ámbito de protección y decisión, equiparándolo al de cualquier otra persona sin discapacidad. Este último extremo, como veremos más adelante, es el que presenta mayores problemas para los operadores legislativos, por la colisión entre protección y autonomía de la persona. A pesar de ello, los estudiosos de esta vertiente jurídica describen la consagración de la materia dentro de la cápsula protectora de derechos humanos como un cambio de paradigma, el más importante operado hasta la fecha en la misma.

La doctrina ha entendido la culminación de este proceso como un cambio de paradigma en la concepción de la discapacidad. Esta afirmación y su relación con la protección que otorga la consideración de la discapacidad como cuestión de derechos humanos, se explica al reparar en los tres modelos de tratamiento de la discapacidad que han regido en diferentes épocas hasta la actualidad y que han tenido eco en una esfera tripartita: la sociedad, la medicina y el Derecho.

Como consecuencia de su afección a distintos ámbitos, la transición de un modelo a otro no la podemos entender fortuita, pues trae causa del sucesivo devenir en los descubrimientos médico-científicos, los cambios de la mentalidad social y lo que podríamos considerar como un fenómeno sensibilizador empujado por asociaciones de familias y las propias personas con discapacidad.

IV. LA LLEGADA DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Si intentásemos establecer un punto de partida acerca de la lucha de las personas con discapacidad por el reconocimiento de sus derechos, la reivindicación de su autonomía y su inclusión en sociedad, nos costaría cierto esfuerzo. Puesto que, a pesar de ser un colectivo arduamente sometido al rechazo, en muchos casos, y la indiferencia, en otros más, ha conseguido ir saltando los obstáculos impuestos en su camino, de un modo pacífico y tolerante, pero al mismo tiempo incansable no sólo consecuente del esfuerzo de las personas con discapacidad, sino también fruto de la entrega de organizaciones y familias. En este punto de superación y constancia, llegó en 2006, la ansiada promulgación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad⁶⁸.

La Convención ha sido el instrumento internacional de este tipo con mayor reunión de signatarios en el día de su apertura, a la firma el día 30 de marzo de 2007, obteniendo 82 firmas, mientras su Protocolo Facultativo⁶⁹ obtenía 44. Como manifestó en su día MALLOCH BROWN⁷⁰- vicesecretario general de la ONU en 2006- en nombre de KOFI ANNAN -secretario de la organización en el año de promulgación de la CDPD, la Convención “es el primer tratado del siglo XXI en ser adoptado, el tratado que se ha negociado con mayor rapidez en la historia del derecho internacional y el primero que surgió del cabildeo emprendido por internet”. Quizás podamos entender la eficacia de la gran acogida que tuvo la Convención como una especie de resarcimiento por tantos años de ignorancia y discriminación o por el “trato lamentable” -como recoge el ex vicesecretario- que han padecido a lo largo del tiempo.

⁶⁸ Como dato de interés sobre el proceso de negociación, tal y como expone la página web de Naciones Unidas sobre la Convención <https://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=24&pid=787>, fue la primera vez que las organizaciones no gubernamentales gozaron de participación activa en la creación de un tratado de protección de los derechos humanos. El Comité Especial, corporación de la Asamblea General de Naciones Unidas y encargado de “preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”, estaba formado por representantes de las organizaciones no gubernamentales, de los gobiernos, de las comisiones nacionales de derechos humanos y de las organizaciones internacionales.

⁶⁹ Protocolo Facultativo de la Convención.

⁷⁰ Noticia titulada “ONU adopta Convención sobre derechos de las personas con discapacidad” publicada el 13 de diciembre de 2006 en el Boletín de la ONU, cuyo enlace es el siguiente: <https://news.un.org/es/story/2006/12/1093621>.

Como destacó MALLOCH en el citado mensaje publicado por el boletín de noticias de la ONU, las personas con discapacidad “han sido objeto de vergüenza, lástima o caridad”, procediendo algunas sociedades a esconderlos y ocultarlos.

Hablamos de 650 millones de personas con discapacidad a finales de 2006, lo que constituía un 10% de la población mundial, no estábamos ante un colectivo pequeño, incluso es difícil catalogarlo como minoría, sino ante una comunidad muy heterogénea pero estrechamente unida en alcanzar unos ideales comunes⁷¹.

Llegados a este punto, tras haber evidenciado someramente la antesala de la Convención tras el resumen de los modelos de tratamiento de la discapacidad, lo cual constituye una mera presentación para aquélla, la pregunta es clara: ¿qué supuso la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad?, ¿por qué la podemos considerar la Carta Magna en cuestión de discapacidad?

4.1. La discapacidad como una cuestión de derechos humanos.

La discapacidad es una cuestión de derechos humanos. Esta afirmación tan reiterada y protegida ante posibles vulneraciones constituye la base principal de la estructura que conforma el catálogo de derechos y libertades de cualquier persona, especialmente en el caso de las personas con discapacidad. Incidimos en las personas con discapacidad utilizando el vocablo “especialmente” porque anteriormente a la Convención -y aún hoy en día por la falta de plena aplicación de ésta- no primaba la condición de persona sino la deficiencia o, posteriormente, la discapacidad.

Por tanto, aunque pudieran aparecer sutilmente incluidas en los distintos instrumentos internacionales de reconocimiento de los derechos humanos, la realidad distaba mucho del

⁷¹ Como señala el ex vicesecretario en la publicación citada supra, “fue la comunidad de las personas con discapacidad que trabajó incansablemente para promover esta Convención y la ONU respondió”. No sabemos si todo, pero gran parte del mérito de que este instrumento normativo internacional viera la luz es el resultado del incansable esfuerzo de las propias personas con discapacidad, por ser escuchadas y por ser tenidas en cuenta en un mundo que parecía ser el verdadero discapacitado, al hacer oídos sordos y en mirar con ojos ciegos, la discapacidad.

papel, pues los principios que erigían aquellas declaraciones no eran aplicadas a los teneros de discapacidad, ya que o bien se les consideraba incapaces para cualquier labor o actividad o eran foco de lástima y caridad. En uno u otro caso, los derechos humanos eran selectivos entre los seres humanos.

Pero la Convención cambia esta situación, si ya el paso al modelo social fue un cambio de paradigma en la concepción de la discapacidad, la Convención es el fénix en esta transformación, suponiendo la verdadera adhesión de los derechos humanos a las personas con discapacidad, dejando atrás las sutilezas para referirse a ellas de forma directa. Podríamos decir que con la Convención se culmina un proceso en el que los derechos humanos alcanzan a la humanidad, por lo menos gran parte de ella⁷².

Que la discapacidad se convirtiera en materia de derechos humanos además de ser un paso de gigante en el otorgamiento de derechos y libertades, así como el máximo estado de protección a nivel internacional, metafóricamente podríamos decir que se trata del recurso de anagnórisis, porque a partir de este momento las sociedades capitaneadas por gobiernos e instituciones, parecen darse cuenta de la personalidad que hay detrás de la discapacidad como soporte natural y común al ser humano, reconociendo su identidad.

4.2. El valor de la Convención en la mejora de la situación de las personas con discapacidad.

¿Era necesario un instrumento internacional especial para reivindicar y dotar de protección a las personas con discapacidad?⁷³

Como cabe esperar, después de las pinceladas contextuales que hemos tratado sobre el panorama en el que se encontraba la discapacidad antes de la Convención, la respuesta correcta parece ser una rotunda afirmación. De hecho, no erramos en nuestra observación,

⁷² Entendiendo la frase como una metáfora de la situación acaecida hasta la Convención. Mas, sin olvidar que los derechos humanos en la actualidad no alcanzan a todos los seres humanos, pues la falta de adhesión de distintas naciones, los conflictos bélicos y sociales, el hambre, la situación colectivos especialmente protegidos en ciertos países, así lo demuestran.

⁷³ Estas cuestiones y otras tantas son tratadas por la organización de Naciones Unidas en su página web: <https://www.un.org/spanish/disabilities/convention/qanda.html>

pues la propia ONU a través de las herramientas de comunicación de que dispone aclaró distintos puntos sobre la necesidad de una Convención internacional sobre las personas con discapacidad⁷⁴.

En primer lugar, en cuanto a la necesidad de un instrumento internacional especial para un colectivo concreto como son las personas con discapacidad, lo cierto es que era totalmente necesario, pues si bien, los derechos humanos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos están dirigidos a todo ser humano sin excepción, la práctica dista mucho del papel.

En realidad, este colectivo no disfrutaba de los derechos de los que a priori era titular, debiendo hacer frente a innumerables barreras, algunas de ellas insalvables para una sola persona o para un grupo de ellas. Por esta razón, entre otras, era tan precisa la existencia de una norma universal jurídicamente vinculante, para poner de manifiesto a la propia persona con discapacidad y garantizar sus derechos. Enlazado con ello, la ONU aborda un punto fundamental para la creación de este convenio de calado internacional, como es la carencia de oportunidades, defenestradas por la exclusión social que han sufrido, lo que les ha impedido aprender, formarse, desarrollar sus ideas e intereses, progresar y crecer profesional y personalmente, por los prejuicios y el miedo a que erren.

Ergo, ¿los tratados y compromisos sobre derechos humanos, incluían como destinatarios a las personas con discapacidad? Sí, la aplicación era imperfecta o nula, es decir, no se cumplían. De ahí, la necesidad de un tratado especial, que si bien reconoce y recoge los mismos derechos que para cualquier persona pretende garantizar su verdadero cumplimiento en relación a este grupo tan vulnerable.

Quizás, el origen de toda esta obstaculización sea el mero desconocimiento de la discapacidad. La sociedad encabezada por juristas, médicos y gobernantes, parece

⁷⁴ No hablamos de una Convención internacional para las personas con discapacidad, porque pensamos que la misma no sólo va dirigida a ellas sino, quizás en mayor medida, a todas las instituciones, gobiernos y ciudadanos. Las personas con discapacidad pueden saber de que son capaces, tal vez debido a la constante infravaloración muchas pueden no considerarse de tal forma, pero lo que ha quedado evidenciado es que la sociedad no ha sabido reconocer su capacidad ni ha podido equipararla a la del resto de personas. Por tanto, la Convención recoge, regula y protege los intereses de las personas con discapacidad, pero su proyección es global.

haberse encargado de solucionar con premura aquello que no entendían en vez de pararse a escuchar a los interesados.

En segundo lugar, es preciso poner de relieve, que la Convención no crea *ex novo* nuevos derechos para las personas con discapacidad⁷⁵, sino que declama los ya existentes creados para toda persona pero cuya aplicación no se ha extendido universalmente a aquéllas, de tal forma que la regulación del convenio pretende manifestar la inherencia de estos derechos de la forma más adecuada a la situación vigente en ese momento de la persona, constituyendo un instrumento de refuerzo, protección y garantía de los derechos que conforman el escenario del libre desarrollo de la personalidad de la persona con discapacidad.

Empero, cabe resaltar las medidas que implanta para combatir la discriminación contra este colectivo, así como aquellas otras tendentes a la participación activa de la persona en sociedad, tutelando sus intereses desde su propia autonomía y garantizando el ejercicio de sus derechos y libertades, como desgranaremos más adelante.

En tercer lugar, consideramos conveniente referenciar dos puntos clave: el concepto de discapacidad que la ONU fija en la Convención y la mejora que supone la misma en la vida de las personas.

⁷⁵ Como planteó la delegación de Nueva Zelanda durante la cuarta sesión en el Comité Ad Hoc de la Convención internacional, no era necesario ni deseable crear nuevos derechos ni restar importancia a los derechos humanos contenidos en otros instrumentos internacionales y otorgados a todas las personas sin distinción, sino que la Convención dejara claras las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de esos derechos y libertades fundamentales por parte de las personas con discapacidad. Es decir, los derechos los tienen al igual que cualquier otra persona, el problema radica en su ejercicio, pues no gozan de los medios necesarios para disfrutarlos. Además, incidía en la conveniencia de considerar las condiciones sociales, culturales, económicas, civiles y políticas existentes en los distintos estados a objeto de que garantizar el ejercicio de sus derechos a todas las personas con discapacidad con independencia de su residencia, suponiendo reconocer la discapacidad en un marco de derechos más que en un marco de bienestar, como ha sido la tónica general hasta el momento. Vid. New Zealand. Dr. Jan Scown. Ad Hoc Committee on an International Convention, Fourth Session, 23 August – 3 September 2004. Contributions to proposals for a comprehensive and integral international convention on the protection and promotion of the rights and dignity of persons with disabilities. Second session of the Ad Hoc Committee on a comprehensive and integral international Convention on protection and promotion of the rights of persons with disabilities. New York, 16 to 27 June 2003.

En relación a la primera cuestión, siguiendo el modelo social de discapacidad, la Convención reconoce la discapacidad como un concepto evolutivo consecuencia de la relación entre la propia “deficiencia” y las barreras que obstaculizan su desarrollo y que impiden su inserción social de forma efectiva. Entendiendo la discapacidad como cualquier deficiencia de carácter físico, mental, intelectual o sensorial, como ceguera, sordera, deterioro de la movilidad y deficiencias en el desarrollo. Como arguyó en su momento la Organización, la persona cuantas más trabas encuentra en el camino, más discapacitada se vuelve.

Además, alude a la presencia de la discapacidad en la vida, pues además de encontrar a personas que tengan varias discapacidades, la gran mayoría de la población estará en contacto con ella de un modo u otro, pues si no la albergamos durante nuestra vida como consecuencia de enfermedades, trastornos o accidentes, podremos llegar a ella con la vejez y, en caso contrario, es altamente probable que conozcamos con alguien con discapacidad. Con ello queremos llegar a la idea rectora en cualquier materia de derechos humanos, aunque sólo sea por motivos egoístas, la aceptación, empatía, reconocimiento, sensibilización y protección han de estar omnipresentes. Por otro lado, no hay que olvidar la mejora que supone el convenio en la vida de las personas, no sólo en la de aquellas que tengan alguna discapacidad. La medida de estas últimas es lógicamente, enorme.

El valor fundamental que creemos guarda la convención es la reversión de la osada incapacidad de la persona al reconocimiento de su capacidad, lo que conlleva ineludiblemente la dotación de autonomía, pilar de cualquier persona: la posibilidad de decidir sobre los asuntos que le competan, garantizando la oportunidad de vivir con la forma más plena posible. Ello repercute favorablemente en la economía de un país, pues facilita la inserción laboral de muchas personas que han tenido hasta la fecha, vetado el desempeño de un trabajo. Así pues, se reducirían pensiones por incapacidad y aumentarían los tributantes: empresarios, empleados y consumidores, además de contar con un mayor número de personal cualificado. A ello hay que sumar obviamente, el beneficio que supone cualquier cambio no sólo para el tenedor de discapacidad sino también para la comunidad, pues las mejores arquitectónicas estarán disponibles para cualquier ciudadano así como adaptaciones para facilitar la comprensión material jurídico, médico, académico...

Por su parte, respecto al gasto que supone la plena incorporación de la Convención a los ordenamientos firmantes, la Organización solicita “la realización progresiva”, entendiendo la diferencial situación de los Estados. De tal forma, que aquellos con mayor amplitud financiera podrán poner en funcionamiento ciertas medidas sin la colaboración internacional, mientras que aquellos con menos recursos, la ONU proyectaba hacia ellos la mencionada ayuda y señalaba su prologando descuido en cubrir las necesidades de las personas con discapacidad.

A diferencia de otros acuerdos internacionales, uno de los rasgos distintivos de la Convención es su carácter vinculante, de forma que todos los estados firmantes tienen la obligación de adaptar sus ordenamientos jurídicos a lo preceptuado en el pacto internacional universal de derechos humanos. Sin olvidar que, a pesar de ser de gozar de una Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, un instrumento internacional protector de los derechos humanos específicamente sobre un colectivo, tras formar parte del ordenamiento interno del Estado firmante una vez publicado oficialmente -al menos en el caso de España, como recoge la Constitución⁷⁶, ello no obsta para que se sigan aplicando en igual medida que hasta ahora (más si cabe, si consideramos la puesta en valor que supone la carta de derechos humanos en discapacidad para el colectivo que le da nombre), el resto de tratados internacionales garantes de derechos humanos, aunque enfoquen la materia desde una perspectiva global y general que abarca a todas las personas por el mero hecho de serlo.

Por ende, como ha practicado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) en algunos pronunciamientos⁷⁷, aunque el caso objeto del proceso judicial afecte

⁷⁶ Así lo establece la Constitución en el primer apartado de su artículo 96, que dice así: “.1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

⁷⁷ Baste, como muestra de lo dicho, la STEDH (Sección 1ª) de 24 de julio de 2012, caso Dordevic contra Croacia (JUR/2012/25513), que versa sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar, concretado en el acoso físico y psicológico sufrido por un menor con discapacidad psíquica de parte de sus vecinos también menores, demandando la víctima junto con su progenitora el incumplimiento del Estado croata en su obligación positiva de proteger la integridad física del solicitante de las actividades delictivas de sus congéneres. La demanda fue interpuesta en 2010, tras un largo período -comprendido entre el 31 de julio de 2008 y febrero de 2011- padeciendo burlas, humillaciones y agresiones, como queda demostrado en el proceso, siendo el motivo principal del acoso la condición de discapacidad del sujeto. Por tanto, recordando que la Convención es Derecho vigente en Croacia tras su ratificación en julio de 2007 y su consiguiente entrada en vigor el 3 de mayo de 2008, estaríamos dentro del ámbito de aplicación de la Convención de

a una persona con discapacidad, el asunto se puede dilucidar aplicando la normativa general declarativa de derechos humanos, al margen de la mención que se le haga a la Convención, puesto que como decíamos anteriormente ésta no dota a sus destinatarios de unos derechos especiales o ajenos al resto de instrumentos de derechos humanos.

Por otro lado, además de enfocar esta ansiada promulgación –todavía podemos imaginar que resuenan los ecos de las vibrantes “*habemus* Convención” entre los que llevaban tanto tiempo esperándola, algunos prácticamente una vida- desde un punto de vista jurídico, es de rigor aludir a su vertiente ética combativa de la discriminación y ensalzadora del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre todos los miembros de la sociedad internacional.

4.3. Contenido de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

Dejando a un lado los beneficios que objetivamente supuso la Convención⁷⁸ y las repercusiones que ha tenido en el panorama jurídico moral internacional, vamos a centrarnos en el contenido de la misma. Así pues, lo primero que podemos apreciar, es

Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en concreto el caso sería válidamente subsumible en sus artículos 15 (“Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”), 22 (“Respeto de la privacidad”) y 23 (“Respeto al hogar y a la familia”). Sin embargo, los demandantes invocan la vulneración de los artículos tercero (“Prohibición de la tortura”) y octavo (“Derecho al respeto a la vida privada y familiar”) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Así pues, a pesar de la alusión que realiza la Asamblea Parlamentaria de la propia Convención, el Tribuna resuelve conforme a los preceptos aducidos, considerando suficiente el análisis del demandante desde la perspectiva del artículo 3 del Convenio (considerando número 93 de la resolución). Al margen del devenir del proceso, lo que aquí interesa es la elección de la normativa general protectora de derechos humanos en detrimento de la Convención, quizás por su novedad en el período referenciado o, simplemente, como predica la Asamblea parlamentaria en el considerando 78, párrafo tercero, de la Sentencia, porque el Convenio Europeo del Consejo de Europa sobre derechos Humanos “protege a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad”.

⁷⁸ En cuanto a la estructura del documento, encontramos un preámbulo dividido en veinticinco apartados ordenamos alfabéticamente contenidos de recomendaciones, recordatorios, considerandos y reconocimientos, entre otros, a los Estados firmantes; cincuenta artículos repartidos entre el propósito de la norma (art. 1), definiciones (art. 2), principios generales (art. 3), obligaciones generales estatales (art. 4), derechos y libertades (arts. 5, 10, 12, 13, 14, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30) concienciación (art. 8), accesibilidad (arts. 9, 20), situaciones de especial vulnerabilidad (situaciones de riesgo y emergencias humanitarias del art. 11) y sujetos especialmente vulnerables (arts. 6 y 7 relativos a las mujeres y niños y niñas con discapacidad, respectivamente), protección (arts. 15, 16 y 17), pautas formales para velar por el desarrollo aplicativo de la Convención (arts. 31-40) y cláusulas formales (arts. 41-50).

que estamos ante un pacto relativamente⁷⁹ clarificador de la que debe ser la situación de la persona con discapacidad en el seno de la sociedad nacional e internacional, previniendo sendas garantías para su consecución y retóricos derechos en cualquier instrumento que vele por la protección de los derechos humanos.

Como podemos apreciar, la Convención recoge una amalgama bastante completa de derechos y libertades enfocada en los distintos ambientes que están en contacto con cualquier individuo, de forma que cubra de protección todos los posibles ámbitos de actuación del ciudadano, aboliendo la ínfima posibilidad de discriminación o exclusión de la persona por su discapacidad. Parece que uno de los objetivos de los promotores del convenio era eliminar cualquier resquicio de desigualdad en el trato de las personas, pretendiendo que el único tipo de discriminación plausible fuera aquella positiva, de forma que la persona con discapacidad anulada anteriormente fuera equiparada al resto.

Quizás por ello, como pone de relieve algún autor⁸⁰, el catálogo de derechos que expone el pacto internacional no se encuentra clasificado en función de tipologías doctrinales ni dividido en categorías, parece que con la idea de favorecer la transversalidad de la presencia de la persona en todas las esferas y promover la interdependencia de los derechos humanos, estando omnipresente la vocación de autonomía y defensa de la dignidad.

No procede al objeto de este trabajo analizar minuciosamente todo el articulado de la Convención, empero, siendo la pieza angular en la materia, nos detendremos ampliamente en distintos preceptos y fines en relación con su aplicabilidad o, en su caso, aplicación en el ordenamiento jurídico español, así como representativamente a nivel internacional. Una vez expuesto lo anterior, vamos a detenernos en ciertas partes más significativas como consecuencia de su importancia y repercusión radicadas en la actividad interpretativa a la hora de aplicar la norma.

⁷⁹ A lo largo de este trabajo, comentaremos algunas opacidades que se han puesto de manifiesto de la Convención en relación con su interpretación, de ahí que en esta presentación utilicemos el vocablo “relativamente”.

⁸⁰ DÍAZ CEBALLOS PARADA, B., “Iniciativa mexicana para la elaboración de una Convención Internacional de las Naciones Unidas para la promoción y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, N° 78 (octubre de 2006), pág. 190, citando a este respecto la Declaración y el Programa de Acción adoptados por la Conferencia Mundial sobre Derechos humanos, celebrada en Viena, en 1993.

4.4. El objetivo de la Convención.

Una vez referenciada su estructura, es preciso señalar el propósito de la Convención, que no es otro que “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad. Y promover el respeto de su dignidad inherente”. El precepto puede resultar repetitivo por su obviedad, pero sitos en un espacio socio temporal donde la discapacidad ha desempeñado involuntariamente el puesto de grupo vulnerable quizás más olvidado de la sociedad⁸¹, la propuesta no es redundante sino imprescindible.

Por tanto, el fin perseguido por la organización de Naciones Unidas al culminar su instrumento internacional, consistía en visibilizar, garantizar y velar por los derechos y libertades de las personas con discapacidad, respetando su libre desarrollo personal, pretendiendo equiparar su situación a la de cualquier otro ser humano titular de idéntico catálogo de creaciones jurídico morales, con la salvedad de la incidencia en su cumplimiento, de ahí la especialidad de la Convención, dirigida a las personas con discapacidad como grandes olvidadas por los distintos instrumentos legislativos internacionales en derechos humanos.

4.5 La influencia de la Convención en España.

La influencia de la Convención en el Ordenamiento jurídicos español, llegó con la entrada en vigor de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil

⁸¹ Entendiendo que no estamos en una competición sobre las causas de discriminación más o menos significativas de la historia, puesto que cualquiera es reprobable y atentatoria, más incidimos en el olvido de la discapacidad, porque es un hecho constatable que tanto leyes, instituciones e individuos apartaron a aquellos tenedores de discapacidad quizás considerando más fácil excluir la diferencia que entenderla. Sin embargo, planteamos el superlativo más porque la experiencia muestra que la discapacidad supone doble vulnerabilidad para colectivos de por sí vulnerables. Penemos en niños con discapacidad desgraciadamente objeto de abusos con más frecuencia que el resto, así como la mujer o, en su tiempo, la mujer negra con discapacidad, portadora de malos augurios y nigromancia.

y de la Normativa Tributaria⁸², que incorporó las figuras de autotutela y de los poderes preventivos⁸³, dando pie a la denominada autoincapacitación. Se pretende sustentar un sistema de protección de las personas con discapacidad, proporcional y eficaz, en el que además de la regulación del patrimonio protegido de las mismas, éstas puedan organizar libremente su situación personal y/o patrimonial de forma anticipada ante la amenaza de una futura pérdida de capacidad. De tal forma, la citada disposición legal introduce un nuevo sistema de protección patrimonial de las personas con discapacidad sin incapacitarlas, dependiendo del grado que padezcan.

Este sistema se aplica a quienes estén afectados por una minusvalía psíquica igual o mayor al 33% o aquellos que tenga una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65% (art. 2.2). Norma que recoge el espíritu y objetivos del panorama internacional para la plena inclusión social bajo la influencia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸⁴, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en el Consejo Europeo de Niza, y del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa⁸⁵, donde se acoge

⁸² Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. BOE, de 19 de noviembre de 2003, núm. 277.

⁸³ LINACERO DE LA FUENTE, M., *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. En el título sobre la tutela recoge la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad, introduce algunas novedades en la legislación civil dirigidas al amparo de las personas con discapacidad (v.gr., la autotutela (art. 223,2º CC), los apoderamientos preventivos (art. 1732 C.C. último párrafo), tutela automática del incapaz o del incapaz en situación de desamparo (art. 239.2º CC), el contrato de alimentos (arts. 1791-1797 CC).

La Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad según su Exposición de Motivos: "No acaba en la regulación del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, sino que además se incorporan distintas modificaciones de la legislación vigente que tratan de mejorar la protección patrimonial de estas personas, aumentando las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos a la satisfacción de las necesidades de estas personas o que, en general, mejoran el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad".

Dentro de las modificaciones del CC previstas en la citada ley 41/2003, destaca, en primer lugar, la regulación de la autotutela que fue rechazada en la tramitación parlamentaria de la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del CC, en materia de tutela.

La autotutela (o, por mejor decir, delación de la tutela hecha por uno mismo) posibilita a una persona que tiene capacidad de obrar suficiente, adoptar las medidas que estime convenientes, en relación a su persona y/o bienes, incluido el nombramiento de tutor o curador y, en general, el funcionamiento, contenido y régimen de la tutela o curatela, en previsión de su futura incapacitación. No existe modificación judicial de la capacidad sino una mera previsión de futura incapacitación.

⁸⁴ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C364/1, 18 de diciembre de 2000 (2000/C 364/01).

⁸⁵ Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Diario Oficial de la Unión Europea, C310, 16 de diciembre de 2004 (2004/C 310/1).

de forma literal, en su artículo 21, la prohibición de discriminación, entre otras razones, por causa de discapacidad.

Asimismo, aboga por la integración de las personas con discapacidad, reconociendo y respetando su derecho a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y su participación en la vida de la comunidad (art. 26)⁸⁶.

Mas, sin duda, el instrumento jurídico de mayor trascendencia que sirve de referencia en la aplicación e interpretación de nuestro marco jurídico en materia de discapacidad, es la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aquí se aporta una nueva óptica social y jurídica de la situación de las personas con discapacidad, reconociéndoles el derecho a una vida independiente y autónoma. La citada normativa es referencia obligada a la hora de aplicar e interpretar nuestro marco jurídico protector de las personas con diversidad funcional como sujetos de derechos que deben superar las concepciones paternalistas tradicionales⁸⁷.

⁸⁶ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Derechos en serio y personas con discapacidad”, en @LALÉY, N.º12 (Quincena del 23 Junio al 8 Julio 2005), pág.137.

⁸⁷ Texto de la Convención en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

CAPÍTULO III

DISCAPACIDAD Y LOS MODELOS DE TRATAMIENTO

I. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD: LA PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS Y LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad plasma el concepto de discapacidad en su artículo primero, segundo párrafo, bajo las siguientes letras: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Apreciando la argumentación expuesta, se nos plantean algunas dudas acerca del período de tiempo que debe durar la deficiencia par ser considerada discapacidad, ¿un año?, ¿seis meses?

Esta cuestión, a pesar de ser fundamental para considerar la discapacidad de una persona en base a la Convención, no queda reflejada de forma clara, descartando la falta de intencionalidad por los actos preparatorios y revisiones a los que normalmente se somete a la normativa, quizás sea consecuencia de la pretensión de no fijar un *numerus clausus*, pues como demuestra la experiencia y la ciencia, hay múltiples factores (deficiencias) que irrumpen en las capacidades físicas, psíquicas y volitivas de las personas -algunas de ellas padecidas por muy pocas personas en el mundo y otras nuevas por descubrir debido al avance de nuevos fenómenos contaminantes propensos al desarrollo de enfermedades- y sería imposible establecer un límite temporal, lo cual tampoco factible. Lo que llama la atención es que se hable de “largo plazo”, conociendo que existen enfermedades o trastornos de duración relativa, otras degenerativas o temporales ante las cuales la persona que las padece necesita apoyo para ejercitar sus derechos y cumplir con sus obligaciones. Siguiendo los dictámenes de la norma, estas últimas enfermedades en principio no se considerarían discapacidad, empero de discernir cuánto tiempo es o a partir de cuánto tiempo transcurrido es largo plazo.

Pensemos en aquél que se encuentra en coma inducido o coma temporal, su estado de inconsciencia no le permitirá realizar ningún negocio jurídico durante dicho tiempo, aunque sea urgente, y aquella otra diagnosticada de Alzheimer, ¿cuándo empieza a considerarse la tenencia de discapacidad?, ¿desde que el doctor diagnostica la enfermedad? En cuyo caso ya sabremos que estamos ante una enfermedad que podríamos considerar de largo plazo o, ¿desde que la persona es incapaz de asumir sus propias decisiones debido al estado avanzado de la enfermedad? Parece que lo más acorde con la esencia de la Convención es la segunda opción, considerar la discapacidad cuando la persona no pueda regir sus intereses, pero también se nos plantea la duda sobre ¿qué significa realmente para el ordenamiento jurídico y por ende para la persona la catalogación de “persona con discapacidad”, cuando en los dos ejemplos que hemos puesto anteriormente, en ambos la persona carece de autonomía para tomar cualquier decisión que le afecte? La respuesta a estos interrogantes debemos buscarla en la conjugación entre los principios de la Convención y las legislaciones sobre la materia de los Estados parte.

Como es sabido, el pacto internacional recoge una serie de fundamentos y requerimientos que los ordenamientos jurídicos han de respetar y tomar como guía en sus regulaciones de la discapacidad, de forma que su labor es más aquella de concretar, clarificar y adaptar lo internacionalmente acordado, dotando a los interesados de una perspectiva armoniosa y efectiva⁸⁸ -incluyendo el procedimiento a seguir en cada país, incluyendo los principios de la Convención en los distintos textos normativos nacionales, planificando la forma de llevar a cabo el pacto, los recursos a su disposición y los medios necesarios para alcanzarlos, etc.

Siendo cierto, como recoge PALACIOS⁸⁹, que “se corre el riesgo de que en los ordenamientos jurídicos internos se exija un determinado grado de “deficiencia” para entrar dentro del ámbito protector de este instrumento”, lo cual colisionaría con el

⁸⁸ Por seguir con el símil de la renombrada a la par que alabada STS de 29 de abril de 2009, a la cual dedicaremos su propio espacio más adelante, sobre la concepción de la incapacitación como un traje a medida, podríamos decir que el contenido de la Convención es el patrón del traje que se quiere realizar siendo la organización de Naciones Unidas el sastre que idea el diseño, dejándose en manos de la costurera (Estado parte) la elección de la tela, respetando siempre el diseño de la prenda.

⁸⁹ PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, 1ª edición, Madrid, junio 2008, págs. 324 y 325.

“espíritu de la Convención” consistente en abarcar los distintos y diversos tipos de discapacidad (de ahí que no se concretice en la definición, para no dejar ningún caso fuera de su ámbito de protección) garantizando su autonomía, participación y protección, centrandose su atención en las trabas comunales que acentúan la discriminación y separan ostensiblemente las personas sin discapacidad de aquellas otras que la tienen.

Dejando conjeturas a un lado, lo que es un hecho constatable es que no estamos ante una definición taxativa de discapacidad sino más bien al contrario, se nos presenta una concepción abierta, en la que se incluyen los distintos aspectos humanos que pueden sufrir alteraciones y constituir una deficiencia, con la precisión de que ésta tenga una cierta permanencia en el tiempo, pero sin excluir cualquier otra consideración de discapacidad aportada por las partes en sus regulaciones internas⁹⁰. A ello es preciso añadir el componente social del concepto, como son las trabas sociales que dificultan o limitan la participación de la persona en igualdad de condiciones que el resto, frenando su desarrollo personal, profesional y social.

En este sentido la doctrina especializada entiende que el concepto está compuesto por dos elementos diferenciados⁹¹: de un lado, un factor médico o biológico, relativo a las deficiencias de diversa índole y, por otro, un factor social, las barreras que encuentra la persona en la interacción con el medio en el que vive. Ambos elementos tienen cabida en la Convención pues son los estandartes de los dos modelos de tratamiento de la discapacidad más importantes: el modelo rehabilitador o médico y el social, respectivamente. Si bien es cierto, que la intención del legislador es plasmar la esencialidad del modelo social en la CDPD⁹² al incidir de forma reiterada en los obstáculos sociales que encuentra la persona, compeliendo a los Estados partes a

⁹⁰ El Primer Tratado de Derechos Humanos del siglo XXI, *Revista*, pág. 9

⁹¹ En este sentido cabe mencionar a CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Universidad de Alcalá, 2012.

⁹² Véase PALACIOS, A., “El modelo social de discapacidad”... Como adelanta el título de su obra, PALACIOS centra la atención en el modelo social de discapacidad, siendo la culminación de este tipo la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, manifestación evidente del impacto que tienen las barreras sociales en la persona, dificultado y/o impidiendo su participación en la comunidad en igualdad de condiciones con sus congéneres. En palabras de la autora, refiriéndose al pacto internacional, “... vuelve a quedar claro que el instrumento bajo análisis recepta el modelo social de discapacidad, al hacer hincapié en la interacción entre la persona y el entorno. Así, la discapacidad estaría integrada por dos condiciones: la diversidad funcional de la persona por un lado, y las barreras sociales por otro”.

solventarlos; no se puede obviar la vertiente biológica de la propia discapacidad, y a la que la norma internacional alude al hablar de “deficiencia” en sus distintas variantes⁹³.

Desde el principio, a pesar de las distintas argumentaciones que se expusieron, quedó patente en los actos preparatorios de la Convención, en los que coincidieron organizaciones no gubernamentales, delegaciones de distintos países, expertos y gobiernos -a pesar de seguir muchos de ellos el modelo rehabilitador o médico en sus legislaciones-, que la ideología a seguir en el tratamiento de la discapacidad era la relativa al modelo social, al ser el más acorde con los derechos humanos de las personas y proclive a la autonomía de la persona tras eliminar las barreras sociales que les imposibilitan la toma de decisiones en asuntos de su interés, así como su capacidad a elegir en los distintos órdenes de la vida y merman cualquier oportunidad a nivel personal o profesional.

De esta forma, en el seno de debate del pacto internacional previo a su acuerdo, podemos decir que se invierte la óptica de la discapacidad, pasando de una perspectiva individual, donde las barreras que obstaculizan el desarrollo de la persona proceden de su deficiencia y, por tanto, sólo son salvables con un tratamiento rehabilitador adecuado y esperanzador que pueda surtir efectos derribando las trabas impuestas o ser ineficaz, en cuyo la persona ser verá impedida eternamente o hasta encontrar un tratamiento efectivo; a una visión social, donde el detonante de la discapacidad no es la repercusión biológica de cualquier

⁹³ Al final ambos modelos cohabitan, si bien el predominio lo tiene el tipo social en la actualidad. La discapacidad como diferencia sólo se sostiene *in prima facie* apelando a términos biológicos o médicos, es decir, se produce una transformación en el cuerpo humano como consecuencia de una enfermedad, trastorno o accidente o, en su caso, la desemejanza es notoria con el nacimiento. Esa diferencia en determinadas ocasiones se puede paliar a través de técnicas médicas o rehabilitadores, tratamientos o experiencias científicas y, en otros supuestos, a pesar de ser imposible su reversión, será necesaria su intervención o medicación cuando el facultativo así lo aconseje, mientras que en el resto no será preciso ni uno ni otro, puesto que la deficiencia no precisa rehabilitación ni prescripción alguna. Más esa variación corporal o mental no tendría que suponer una diferencia entre unas personas y otras, si a aquella la dotáramos de las herramientas y medios necesarios para desenvolverse en la cotidianidad y en las esferas particulares, todos tendrían acceso a los mismos recursos. Así pues, si a una persona invidente le facilitamos la comunicación acústica estará igual de informado que el resto o a aquel otro que tiene síndrome de Down le explicamos de forma más clara y sencilla el contenido de un contrato, podrá firmarlo sabiendo y conociendo sus cláusulas igual que cualquier otro. Por tanto, la diferencia es biológica, pero la desigualdad es ciertamente social. Entendemos que convivan rasgos de los dos tipos, pero las trabas que impiden desarrollarse a la persona son en su mayoría sociales, pues la comunidad no ha adaptado la vida a la discapacidad.

incidente o alteración sino el entorno que rodea y absorbe a la persona, el cual está acondicionado para aquellos que carecen de diferencia en sus atributos⁹⁴.

De hecho, algunos intervinientes plantearon la necesidad de enfocar la materia desde una causa externa a la persona, el “factor discapacitante”⁹⁵, pues según esta teoría es el que repercute negativamente en el progreso del individuo, condicionándolo y limitando su actuación.

Como podemos observar a través de esta pequeña síntesis sobre la coacción del concepto de discapacidad en los foros de Naciones Unidas, es notable la concurrencia de opiniones favorables a la inserción de una definición acorde al modelo social.

A este respecto, nos parece interesante traer a colación las aportaciones de las delegaciones de Bangkok y Nueva Zelanda sobre la elaboración de una Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. En primer lugar, aludiremos a la recomendación efectuada

⁹⁴ Tal como expone PALACIOS, A. “El modelo social...” pág. 315, en relación a la conceptualización de discapacidad parece que existía un entendimiento palpable en el seno de los actos preparatorios entre todas las organizaciones no gubernamentales, especialistas y delegaciones participantes, en cuanto a la importancia y repercusiones que su narración podría acarrear en el marco normativo. Esta concordancia quedó plasmada en el informe del Grupo de Trabajo donde numerosos miembros pusieron de relieve el deber de protección que tiene la Convención respecto a todas las personas con discapacidad, independientemente de la diversidad que alberga este grupo, de forma que sugirieron una “definición de manera lata”; otros, optaron por la omisión de un concepto de “discapacidad” con la pretensión de no limitar el alcance del pacto internacional; por su parte, algunas delegaciones plantearon la posibilidad de utilizar las definiciones expuestas en otros textos a nivel internacional, como por ejemplo, la contenida en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de la Organización Mundial de la Salud. En cualquier caso, a pesar de las discrepancias sobre el contenido e inclusión de un concepto de discapacidad en la norma, sí que existía acuerdo general sobre la necesidad de seguir la vertiente social de la discapacidad en caso de que se llevara a cabo la conceptualización. (Cfr. (A/AC.265/2003/1), Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, New York, 16-27 June 2003, Issues and Emerging Trends related to Advancement of Persons with Disabilities, Report of the Secretary-General, Executive Summary. También en ONU Doc. A/AC.265/2004/WG.1, Anexo I, p. 10).

⁹⁵ Esa fue la postura de la Landmine Survivors Network (LSN), organización internacional creada por y para supervivientes de minas terrestres, dedicada entre otros proyectos a fomentar el apoyo entre iguales que ayudan a transformar a las víctimas en supervivientes, participante en la Convención como consecuencia de la relación entre víctimas de minas y discapacidad. La LSN esbozó esbozó la discapacidad como el “proceso discapacitante” que tiene lugar cuando la persona se enfrenta a la realidad social, de forma que las distintas barreras impiden su plena participación en la sociedad y la posibilidad de ejercitar sus derechos de forma libre (Cfr. Comments, proposals and amendments submitted electronically, Fourth Session (International Disability Caucus), inc. d). *Ibidem*, PALACIOS, A., pág. 317.

por Bangkok en junio de 2003⁹⁶ acerca de la amplitud de la definición de discapacidad que se debería contemplar en la Convención. En este sentido, estipuló lo siguiente:

“16. The Convention should contain a definition of disability that reflects an understanding of disability as something which is the result of social and environmental factors. A definition of disability should not be restrictive. For example it should cover physical, sensory, intellectual, psychiatric and multiple disabilities. It should acknowledge that disability can be permanent, temporary, episodic and perceived.

17. In elaborating the definition of disability, it should be recognized that, while individuals have impairments, disability is not an individual pathology. It has a range of implications for social identity and behaviour, and largely depends upon context. Disability may also be a consequence of discrimination, prejudice and exclusion.”⁹⁷

La comisión de expertos de Bangkok invitada por la Asamblea General era partidaria de un concepto amplio, que pudiera abarcar todos los ámbitos en los que la discapacidad repercute en el ser humano de forma intrínseca, sin emplazar la duración de la misma, considerando que puede ser prolongada o temporal y, teniendo en cuenta, que no estamos ante una patología individual, pues del entorno en que se encuentra derivan una serie de implicaciones que pueden desembocar en comportamientos discriminatorios, prejuicios y exclusión.

Por su parte, la delegación de Nueva Zelanda⁹⁸ con Dr. Jan Scown a la cabeza y apoyando firmemente las recomendaciones formuladas por el comité regional de expertos

⁹⁶A/AC.265/2003/CRP/10. Ad Hoc Committee on Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. New York, 16-27 June 2003. Bangkok recommendations on the elaboration of a comprehensive and integral international convention to promote and protect the rights and dignity of persons with disabilities; puntos 16 y 17. Outcome of an expert group meeting and seminar held in Bangkok at the headquarters of the Economic and Social Commission for Asia and the Pacific from 2 to 4 June 2003.

⁹⁷ “16. La Convención debe contener una definición de discapacidad que refleje una comprensión de la discapacidad como algo que es el resultado de factores sociales y ambientales. Una definición de discapacidad no debe ser restrictiva. Por ejemplo, debería abarcar las discapacidades físicas, sensoriales, intelectuales, psiquiátricas y múltiples. Debe reconocer que la discapacidad puede ser permanente, temporal, episódica y percibida.

17. Al elaborar la definición de discapacidad, debe reconocerse que, si bien los individuos tienen deficiencias, la discapacidad no es una patología individual. Tiene una serie de implicaciones para la identidad social y el comportamiento, y depende en gran medida del contexto. La discapacidad también puede ser consecuencia de la discriminación, el prejuicio y la exclusión”

⁹⁸ New Zealand. Dr. Jan Scown. Ad Hoc Committee on an International Convention, Fourth Session, 23 August – 3 September 2004. Contributions to proposals for a comprehensive and integral international

de Asia y el Pacífico en Bangkok, consideró la inclusión de ciertos elementos de carácter necesario en la formulación de un convenio de calado internacional. En consonancia con la mayoría de participantes, se mostró partidario de la consideración de la discapacidad desde el modelo social, es decir, producto de factores sociales y ambientales; además, de concebir la deficiencia desde una perspectiva abierta, entendiendo que la misma puede ser permanente, temporal, episódica o percibida. Siendo, quizás, el punto más interesante la comprensión de la discapacidad como un proceso que tiene lugar cuando las personas, con diversos tipos de deficiencias, son discapacitadas como consecuencia de los impedimentos que obstaculizan su participación e independencia en la sociedad.

Ahora bien, ¿qué propuestas o reflexiones aporta la delegación neozelandesa para alcanzar una sociedad inclusiva donde las personas con discapacidad puedan ejercitar sus derechos humanos? Su propuesta consiste en la remodelación del entorno social y físico, de tal forma que los nuevos cambios permitan a las “minorías con deficiencias” participar en este ambiente inclusivo.

A este respecto, apelan al entendimiento de los intervinientes mediante la ejemplificación de su planteamiento utilizando como base la distinción entre discapacidades o deficiencias mayoritarias y minoritarias, considerando que la Convención también debería incluir interpretaciones específicas o elaboraciones detalladas para garantizar que todas las personas con discapacidad disfruten de sus derechos humanos. Así pues, exponen:

“La mayoría de la gente, por ejemplo, no puede subir fácilmente 10 tramos de escaleras, así que normalmente tenemos ascensores en edificios altos. La mayoría de la gente no puede leer en tamaños de fuente de 2pt por lo que tendemos a usar fuentes más grandes. La mayoría de la gente necesita descansar del trabajo, así que tenemos fines de semana y días festivos. Sin embargo, una minoría de personas tiene otras deficiencias que la sociedad no tiene en cuenta y, por lo tanto, estas personas son discapacitadas”⁹⁹.

convention on the protection and promotion of the rights and dignity of persons with disabilities. Second session of the Ad Hoc Committee on a comprehensive and integral international Convention on protection and promotion of the rights of persons with disabilities. New York, 16 to 27 June 2003.

⁹⁹ Literalmente exponen: “Mr Chairman, it can be helpful, we suggest, to think in terms of majority and minority impairments. The majority of people, for example, cannot easily run up 10 flights of stairs, so we usually have elevators in tall buildings. The majority of people cannot read 2 pt font sizes so we tend to use

Equiparando las situaciones, se pretende poner de manifiesto una realidad social: es preciso adaptar el entorno a sus habitantes, pues de otro modo sería muy complicado para la mayoría realizar determinadas tareas o ejercer sus derechos y libertades, teniendo en cuenta que la cuestión contemplada varía según la numerosidad afectada por el “ambiente hostil” -si en una clase un alumno está resfriado, la docencia continúa su curso de forma ordinaria, más si de 70 alumnos, 65 están enfermos, seguramente la clase sea repetida en su totalidad en días posteriores-, lo cual es lógicamente comprensible hasta cierto punto. Podríamos decir que el límite está en la alternativa, en que el despliegue de medios sea adecuado y suficiente a la diversidad que plantea el ser humano¹⁰⁰.

Con ello queremos decir que lo importante es tener acceso a las posibilidades u oportunidades que tiene la mayoría de la población, sin drenar las expectativas, opciones o sueños de las minorías, de forma que el foco de actuación consiste en trabajar las alternativas y no irrumpir como un elefante en una cacharrería. Para visualizar nuestro parecer nos remitimos a un supuesto inventado, relacionado con los ejemplos que la delegación neozelandesa aportó en su día, partiendo de las aulas de nuevo, quizás el presupuesto universitario no permita la inclusión de un traductor de lenguaje de signos simultáneo en una clase donde hay un alumno con discapacidad auditiva severa, pero buscando otras soluciones que le permitan ejercitar sus derechos como universitario, el profesor podrá acompañar su explicación con diapositivas o escritos en pizarra para que todos sean partícipes de la misma; o, aquella otra persona con agorafobia en su modalidad de enoclofobia (fobia a las multitudes), sería muy difícil ofrecerle clases particulares, pero sí se podrían grabar las clases para que la alumna o alumno pudiera escucharlas.

larger fonts. The majority of people require rest from work so we have weekends and holidays. A minority of people, however, have other impairments, which society does not adequately accommodate and these people are therefore disabled”.

¹⁰⁰ Siguiendo con el símil anterior del alumno, la adaptación guardaría relación con el acceso a las mismas oportunidades, de tal forma que el alumno que no pudo asistir a clase por causas médicas disponga de la misma información que el resto, siendo inviable la repetición de una clase por cada persona que enferme en el curso académico, si se deberían buscar otras alternativas para satisfacer los derechos a la enseñanza e igualdad de oportunidades del ausente por motivos justificados que escapen a su competencia. En este caso, el alumno tendrá acceso a tutorías donde el profesor tendrá a bien explicarle el contenido tratado en clase, así como a los recursos informáticos que se hayan facilitado a tal efecto, de modo que tendrá a su disposición las facilidades dadas al resto de sus compañeros. Ciertamente es que siempre se puede perder algún dato interesante, como la pregunta formulada por un compañero y la consiguiente respuesta a la misma, pero también podrá adquirir otros interesantes frutos de la dedicación de una tutoría entera para tratar con el docente.

La idea es que, si verdaderamente pensamos y queremos cambiar las cosas, tenemos que buscar alternativas cuando la vía ordinaria queda descartada, es decir, muchos años atrás cuando nuestros antepasados se dieron cuenta que querían comunicar territorios divididos por mar, río u océano, viendo que el nado no era una opción razonable tuvieron que buscar soluciones a su situación, sin desistir, así llegó a nosotros el avión, el barco, incluso internet. Todo ello hacía a todos la vida más fácil, pero, sobre todo, daba la bienvenida a la expansión y crecimiento económico, puede que ahí radique parte del problema al plantear la discapacidad simplemente como un gasto, sin prestar atención al enriquecimiento que supone la formación, preparación y actuación de más personas capaces dispuestas a ser parte de una sociedad estancada en “no puedo, no es capaz, no es posible” en vez de dar paso al “¿cómo podemos...?”.

A raíz de los planteamientos expuestos, nos hemos dado cuenta del desconocimiento en torno a la discapacidad mental, es decir, es mucho más dificultoso encontrar ejemplos que incluyan la diversidad psíquica porque no la hemos tratado tanto como la física, porque sus huellas no son tan visibles o porque su ocultación siempre ha sido mayor, el caso es que supone un mayor esfuerzo tanto pensar en un ejemplo como leerlo en un libro, incluso la delegación neozelandesa aporta datos relativos a las dificultades físicas que plantea la edad o las condiciones del individuo en relación a su cuerpo o, como mucho, sentidos, obviando la discapacidad psíquica.

Dejando a un lado, hipótesis y recomendaciones acerca del contenido de la Convención, vamos a remitirnos al verdadero articulado de la misma. Sobre la conceptualización de discapacidad, lo que deja claro la norma es que es un concepto en evolución, “resultante de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”¹⁰¹.

En consecuencia, considerando que no estamos ante un concepto estanco sino variable en consonancia con el tiempo y lugar en el que conviva la persona, como muestra la existencia de diversos modelos de tratamiento de la discapacidad a lo largo de los años.

¹⁰¹ Apartado e) del Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Mas, a pesar de ser testigos de las mutaciones de la concepción de la discapacidad, creemos que la misma ha de paralizarse una vez que la Convención surta efectos reales, es decir, cuando su aplicación sea completa, pues ello supone la consideración de la persona con discapacidad como cualquier otra sin connotación, titular de un catálogo de derechos y libertades común al resto de ciudadanos, con capacidad reconocida y garantizada que le permite actuar sin más limitaciones que su voluntad y responsable de sus decisiones.

Una vez alcanzada dicha situación, creemos que se ha llegado al culmen del concepto de discapacidad, siendo innecesario aludir a la consiguiente evolución conforme el devenir de los tiempos, pues habremos llegado al culmen del concepto de discapacidad: su consideración de persona por encima de la propia discapacidad, siendo su especialidad la misma que pudiere generar en cualquier otra persona.

Con ello, no pretendemos arrinconar el concepto ni reducir sus expectativas, sino todo lo contrario, el objetivo de la Convención que subyace tras su lectura y exposición es principalmente la consideración de la persona como tal, titular de derechos y obligaciones, emprendiendo la misma desde la perspectiva de la persona. Teniendo como brújula la Convención, la idea debería ser la normalización de la discapacidad, posibilitar la actuación de todas las personas en igualdad de condiciones utilizando las alternativas referidas con anterioridad, para que todas las personas tengan igual acceso a los distintos recursos, sin distinción.

Como expone DE LORENZO¹⁰², la discapacidad debe ser entendida en términos relacionales, más que como una característica individual, de forma que “un mismo cuerpo “diferente” puede ser visto como portador de discapacidad en un entorno hostil; sin embargo, eliminadas las barreras que limitan una actividad, la supuesta discapacidad se disuelve”.

¹⁰² DE LORENZO, R.: “Discapacidad, sistemas de protección y Trabajo Social”, Alianza editorial, Madrid, 2018, págs. 40 y 41. A modo de ejemplo de esta consideración de la discapacidad, el autor recuerda que la “imposibilidad de utilización de ordenador para una persona ciega se supera con la introducción de un teclado en braille”.

II. LOS MODELOS DE TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD.

Estos factores, entre otros, empujan en cada período la transición hacia un nuevo escenario en el tratamiento de la discapacidad, como veremos a continuación, siguiendo entre otros a PALACIOS¹⁰³: citarlos todos.

2.1. Modelo de la prescindencia.

Cronológicamente, este es el primer modelo considerado por la doctrina entendida en la materia. Se caracteriza por la omnipresente influencia religiosa, al concebir la discapacidad como el reflejo de los designios de los dioses, un estigma que se traduce en la animadversión y apartamiento del colectivo, considerándolo inútil para los distintos fines sociales, malditos porque denotan el enfado de las deidades con la persona o los familiares de la misma¹⁰⁴.

¹⁰³ Véase PALACIOS A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, 2007, págs. 13 y ss. Especial mención merece el admirable estudio pormenorizado que realiza la primera autora en PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, 2008.

¹⁰⁴ Cinematográficamente, este modelo queda perfectamente reflejado en la película de Disney “el jorobado de Notre Dame”, adaptación de la obra de Víctor Hugo “Nuestra Señora de París”. En la cinta podemos ser testigos del trato que sufre Quasimodo de la mayor parte de la población, como es escondido en el campanario de Notre Dame para que nadie pueda verlo y como, cuando desobedece la orden de permanecer allí y sale a la calle, es objeto de burlas, de escarnio público, culminando en maltrato físico al arrojarle frutas y verduras a la cara. También despierta miedo entre los presentes, pues era tal el aislamiento de las personas que tuvieren alguna discapacidad, que las gentes no conocían la diferencia al verla y la achacaban a conjuros y castigos divinos. En este sentido, en el libro de Víctor Hugo hay una escena -concretamente, se denomina “Quasimodo”-, que también aparecen en la película, en la que Quasimodo sale, disfrutado y evitando que lo identifiquen, por primera vez del campanario atraído por la música y festejos que desbordan las calles y plazas. El pueblo estaba de celebración -la denominada, fiesta de los locos-, como parte de ella había una representación teatral y culminaría con la elección de denominado “papa de los locos”. Intentado pasar desapercibido entre el jolgorio, con la única pretensión de contemplar lo que siempre le ha sido vetado, se encontraba Quasimodo. Hasta que fue apercibido y coronado, la multitud lo enaltecía y vitoreaba, alabando la mueca que lo cubría, más en el punto de exaltación descubrieron que no había mueca alguna, lo que contemplaban era su rostro. Ahí se acabó el espejismo de diversión para Quasimodo, quien creía haberse integrado entre sus congéneres. A partir de ahí, el pueblo comenzó a vilipendiarlo e insultarlo, de hecho, en esta parte del libro de Víctor Hugo que narramos, hay un fragmento muy ejemplificador de la concepción social de la discapacidad, cuando la multitud advierte que se trata del campanario de Notre Dame.

Siguiendo a la autora mencionada, quien apela a una oración de Aristóteles para entender la distinción presente y la mentalidad del período en el que se inserta: “En cuanto a la exposición o crianza de los hijos, debe ordenarse que no se críe a ninguno defectuoso”¹⁰⁵. Dentro de este apartado, se reconocen dos submodelos en función de las consecuencias que acarrearía la mera tenencia de discapacidad:

- **Submodelo eugenésico.** Enclavado en la antigüedad clásica, bajo su estela se equiparaba la deficiencia con una condición como inservible del sujeto. Es decir, el deficiente era innecesario socialmente, pues no podía contribuir a la comunidad, además de ser consecuencia del rechazo o castigo impuesto por los dioses al sujeto o a la familia y constituirse como un peso para la familia, el tratamiento de la discapacidad bajo este parapeto era prescindir de la misma, recurriendo a prácticas eugenésicas llegando al infanticidio de los niños¹⁰⁶.
- **Submodelo de marginación.** El aislamiento de la persona es el vector central de este apartado, consecuencia del miedo o compasión que suscitan entre sus congéneres, procedentes bien de las maldiciones recaídas en sus cuerpos o mentes bien de la pena por su infortunio. En ambos casos, a diferencia del submodelo eugenésico, el óbito no es directo sino que cuando procede es consecuencia de la indiferencia y el apartamiento de la persona con discapacidad, careciendo de recursos y viviendo en la mendicidad o siendo objeto de burlas y recreo para otros.

2.2. Modelo rehabilitador.

También conocido como el modelo médico, cuyo afianzamiento tiene lugar a inicios del siglo XX, en concreto tras finalizar la Primera Guerra Mundial como consecuencia de mutilación física y psíquica de los soldados y los accidentes laborales causados por la proliferación del uso de maquinaria en el trabajo¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Frase atribuida a Aristóteles.

¹⁰⁶ GARLAND, R., *The eye of the beholder Deformity & Disability in the Graeco-Roman world*, Duckworth, London, 1995 citado por PALACIOS A. y BARIFFI, F., “La discapacidad...” *op cit.* Págs. 13 y ss.

¹⁰⁷ Como explica PALACIOS A. y BARIFFI, F., *La discapacidad... op cit.*, págs. 16 y ss., la guerra asoló no sólo ciudades, paisajes sino también muchas personas, tantas bajas y tantas otras que sobrevivieron

Según este patrón, la discapacidad tiene su origen en la ciencia y, por ende, su tratamiento es de carácter médico, empezándose a hablar de discapacidad como enfermedad tratable. En este sentido, se apuesta por la rehabilitación de la persona a fin de que logre equipararse a una persona sin discapacidad -aquella entendida como sana y capaz- tras la cura o mejora ostensible de su enfermedad, a partir de entonces serán lo suficientemente competentes para aportar algo a la sociedad en la que están insertos. Para ello fue necesaria la introducción de políticas sociales y asistenciales prósperas, una educación especial en colegios destinados a tal efecto para niños y niñas con discapacidad, y la institucionalización de los servicios.

Por tanto, según este patrón la discapacidad se origina tras la enfermedad, trauma, trastorno o accidente que afecta a la salud e integridad de la persona, mermando sus miembros o sentidos, de tal forma que se alteran sus funciones físicas, psíquicas, sensoriales o intelectuales¹⁰⁸.

Como describe la autora de referencia, la discapacidad a través de este modelo, sólo se entiende desde un punto de vista individualizado, es decir, un problema de la persona en sí misma considerada dejando al margen la comunidad en la que se inserta la cual sólo se

quedando marcadas por la horrible contienda. En concreto este modelo nace para curar a los soldados heridos o mutilados, como dicen los autores la primera imagen de este tipo fue la del daño o perjuicio a reparar. Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, la situación se tradujo en programas legislativos garantes de servicios sociales y asistenciales para los veteranos de guerra que había regresado dañados de la misma, bajo la creencia de la retribución que la sociedad debía a sus héroes de guerra por haber perdido algún miembro u ostentar distintas secuelas debido al esfuerzo y esmero en defender a su nación. De ahí que el objetivo primordial de este modelo sea rehabilitar o “normalizar” la situación de los que tiene discapacidad con la idea de devolverles lo que han perdido por ayudar al resto, lo cual sólo se podía lograr aplicando la ciencia y el conocimiento, así como destinando parte de los presupuestos de los entes públicos a sufragar dichos gastos sociales y asistenciales debido a que se concebía la imposibilidad de muchos de ellos para realizar cualquier trabajo, en algunos casos cierta y en otros debido a la relación entre discapacidad e inutilidad presente en la mentalidad de la sociedad frenando su capacidad y aptitud para desempeñar un empleo digno.

¹⁰⁸ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O. y SOLAR CAYÓN, J.I., La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en la legislación Autonómica de Cantabria. Propuestas de Reforma Legislativa, Dykinson, 2015, pág. 25. Como procedemos a transcribir, el modelo citado extrae de forma precisa las líneas características del modelo rehabilitación, así pues dice: “el foco de atención se sitúa, pues, en la “deficiencia” que padece la persona, caracterizada como una anomalía patológica que le dificulta o impide la realización de determinadas actividades. Y, en consecuencia, la discapacidad es concebida y tratada como un problema médico, de carácter individual, que tiene su origen en esa limitación funcional”.

encarga en su caso, de compensarla por el daño sufrido y el esfuerzo prestado (en relación a los héroes de guerra) o, de compadecerlos y subestimarlos, entendiendo que no pueden realizar actividad alguna en el ámbito laboral.

En este sentido, la legislación predominante es la relativa a la garantía de servicios asistenciales y seguridad social, así como las partes de derecho civil relativas a la incapacitación y las instituciones de guarda.

Como es lógico, para que entre en escena un nuevo modelo de tratamiento de la discapacidad que pretendiere mejorar e innovar en la cuestión, el modelo rehabilitador tuvo que sufrir fuertes críticas como consecuencia de sus carencias y de la interpretación que realizaba sobre la misma. Sin restar merecimiento en el novedoso reconocimiento de derechos que supuso el rehabilitador, casi inexistente hasta la consolidación de éste, cabe decir que omitía la incidencia social en la materia. Obviaba que el ser humano es un ser social y, por tanto, el tratamiento de cualquier rasgo distintivo no se puede estudiar desde una única perspectiva individualista, pues el factor social incide inexorablemente¹⁰⁹. En este sentido, a pesar de aplicar tratamientos esperanzadores en la cura de cualquier discapacidad, el modelo no contaba con las barreras arquitectónicas, sociales y jurídicas con las que se encontraba la persona, la imposibilidad de la misma para solventar dichos obstáculos la estancaba impidiéndole una actuación libre.

Por todo ello, los pilares que sostenían esta institución empiezan a tambalearse dando paso a la búsqueda de nuevos horizontes, más acordes con la situación de la persona y enfocándola por primera vez como un ser inserto en una sociedad, lo cual conlleva una serie de consecuencias. Esta marea por mejorar, cuyas riendas llevaban familias y el colectivo con discapacidad, da lugar a un nuevo paradigma: el modelo social.

2.3 Modelo social.

¹⁰⁹ Sería interesante estudiar someramente el “ideal social de la goma de borrar -the social ideal of erasure-“ de Stichker (STIKER, H.J., *A History of Disability*, p. 12) mencionado por PALACIOS Y BARIFFI en la pág. 18; así como la visión de COURTIS, C., “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003”, en *Jueces para la Democracia*, Nº 51 (2004), p.7.

Este modelo nace para derrocar las debilidades del tipo anterior, intentado poner fin a las críticas expuestas anteriormente. Fundamentalmente, se caracteriza por ampliar la visión de la discapacidad, al poner de relieve la estrecha relación que existe entre ésta y la persona como ser social. Es decir, la discapacidad no es consecuencia de creencias religiosas ni factores científicos, tampoco deviene por causas individuales, sino que son predominantemente sociales. Las limitaciones que “discapacitan” a la persona no proceden de la misma sino del ambiente que les rodea, las barreras que encuentra en la sociedad en la que se encuentra inserta obstaculizan su desarrollo personal al no cubrir sus necesidades y no prestar los apoyos y servicios adecuados a su situación. Como hemos reiterado, en este punto cobra vital importancia la consideración de la persona como un ser social, una comunidad que lo coarta y no le permite actuar como a un congénere “normal”¹¹⁰.

Antes de la consolidación del modelo social, la imagen que podríamos evocar de la persona con discapacidad era la de una persona constreñida a unas líneas actuación marcadas por factores externos y ajenos a ella misma, puesto que otros le brindaban pensiones económicas, tratamientos médicos, asistencia social... pero sin indagar en su voluntad ni facilitar su desarrollo autónomo. Esta es el enemigo al que se enfrenta el arquetipo estudiado en tercer lugar, que pretende cambiar la óptica por la se miraba hasta entonces.

Nos parece interesante traer a colación, al menos someramente, desde el exhaustivo realizado por PALACIOS¹¹¹, el origen de este modelo de tratamiento de la discapacidad, por las repercusiones que ha tenido y por la incasable entrega del colectivo en lograr el reconocimiento de sus derechos. Así la doctrina lo sitúa en la década de los años sesenta del siglo XX en Estados Unidos e Inglaterra.

¹¹⁰ Entiéndase todo aquel que no tenga discapacidad y pueda desenvolverse libremente, dentro de los márgenes establecidos en la comunidad, con autonomía, sin ciertas trabas sociales que obstaculicen su desarrollo personal.

¹¹¹ Véase el elaborado trabajo de PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad...* op. cit, págs. 106 y ss.

Las personas que tuvieran cualquier discapacidad dependían completamente de sus familias y de las instituciones que prestaban servicios sociales, ya que se entendía la discapacidad como la imposibilidad de realizar actividad alguna, por lo que consistía una carga social. A partir de los años sesenta, organizaciones de personas con discapacidad comenzaron a evidenciar la situación en la que se encontraban, emprendiendo la reivindicación de sus derechos, manifestando las limitaciones arquitectónicas, sociales, jurídicas, culturales y morales que impedía el desarrollo de su personalidad.

2.3.1 Movimiento de vida independiente: caso Ed. Roberts.

Los estudiosos de la materia localizan el nacimiento de este movimiento en Estados Unidos -conocido por la constante lucha por los derechos civiles de distintos colectivos-, tomando como ejemplo la lucha de las personas negras en la consecución de los derechos civiles que le eran coartados. Ello fraguó los cimientos de aquéllos para organizarse y demandar políticas tendentes al reconocimiento de derechos civiles y a la dotación de la persona con discapacidad de autonomía, de vida independiente como se llamó realmente. Mientas tanto en Reino Unido, se parapetaron en el estado de bienestar para alcanzar cambios significativos en la política social y los derechos humanos.

Parece que hay consenso en situar el nacimiento del denominado “movimiento de vida independiente” -considerado predecesor del modelo social en el tratamiento de la discapacidad- en torno a la figura de un alumno con discapacidad de la Universidad de Berkeley, ED ROBERTS¹¹². Como ponen de relieve los autores de referencia, ED ROBERTS tropezó con muchos obstáculos en su carrera por acceder a la universidad, recordemos que el modelo que regía en ese momento era el rehabilitador, por tanto, los logros personales de la persona con discapacidad eran escasos, pues sus aspiraciones eran frenadas por el entorno médico, social y jurídico en el que estaba inserto. A pesar de ellos, su deseo por crecer profesionalmente no menguó, podríamos decir que hizo alarde del

¹¹² PALACIOS, A., en *El modelo social... op. cit.* págs. 109 y ss., la cual cita a SHAPIRO, J. No Pity, *op. cit.*, pág. 41 “El movimiento de vida independiente nació el día que Ed Roberts llegó al Campus de Berkeley”. En este mismo sentido, Vid: DEJONG, G., *The Movement for Independent Living: Origins, Ideology and Implications for Disability Research, op.cit.*; GARCÍA ALONSO, J.V., *El movimiento de vida independiente..., op. cit.*

refrán “tomar el mundo por montera” y consiguió culminó sus estudios preuniversitarios, posicionándose en la antesala de la universidad. A pesar de optar por Berkeley, la cual no tenía acceso a personas con movilidad reducida, consiguió matricularse en Ciencias Políticas y se alojó en la enfermería de la universidad, pues no las barreras arquitectónicas no le impidieron hacerlo en la residencia.

2.3.2. Similitudes con el movimiento de igualdad de derechos y oportunidades.

El caso de Ed, quien encontró diversas similitudes con el movimiento por la igualdad de derechos y oportunidades del colectivo feminista, fue ejemplo para otros tantos, que vieron en él el ejemplo de la constancia y superación, y decidieron solicitar su acceso a la universidad, creando un sector estudiantil con discapacidad que demandaban cambios en la institución. A partir de entonces, se introdujeron paulatinamente ciertas novedades como las sillas de ruedas manejables por la persona y el alojamiento fuera de la enfermería.

En este punto, aparece en escena JEAN WIRTH -la consejera del College al que había asistido Ed-, quien emprendió un proyecto cuyo objetivo era disminuir la cota de deserción escolar de personas negras e hispanas. Llegó a la conclusión de que la deserción de aquellos insertos en minorías guardaba relación con las dificultades que la vida diaria les acarreaba. Este programa se propagó hasta Washington, donde ROBERTS viajó con su consejera para incluir entre las minorías a las personas con discapacidad. Una vez logrado dicha finalidad, decidieron que el eje central del programa antideserción para estudiantes con discapacidad debía girar en torno a la capacidad de la persona para decidir y que fueran ellas mismas las que lo llevaran a cabo, abanderando el “movimiento de vida independiente”. Así, en 1970 el programa para estudiantes con discapacidad física (*Physically Disabled Student's Program, PSDP*) en el espacio destinado a su consecución en la universidad de Berkeley. En ésta se dispusieron rampas para el acceso de personas con movilidad reducida y los participantes, entre los que se encontraba Ed, diseñaron un programa que desgranaba los factores necesarios para alcanzar la vida independiente,

sustentándose en principios tales como la independencia, autosuficiencia, transversalidad y concibiendo la discapacidad como un problema social¹¹³.

Este movimiento se extendió fuera de aulas y residencias universitarias, cuyo foco prioritario era la integración de la persona con discapacidad en a la comunidad, como parte de la misma, desterrando el papel que habían ostentado hasta la fecha como personas dependientes necesitadas de asistencia y cuidado, sin potestad para tomar decisiones o desempeñar actividades. Quizás podríamos decir que, la consideración de la persona con discapacidad como carga familiar dejó paso a su papel como miembro de la comunidad¹¹⁴, promulgándose leyes en consecuencia¹¹⁵. Tras una ardua batalla legal, el movimiento consiguió la constitución de los principios que erigían su esencia, que se recogieron en Ley de Americanos con Discapacidad -*American With Disability Act 1990*- ¿vigente en la actualidad?

2.3.3 Manifiesto de los principios fundamentales de la discapacidad

El ejemplo americano fue esencial para el florecimiento de organizaciones de personas con discapacidad británicas, adaptando sus ideales al estado de bienestar imperante. Ello, culminó en el manifiesto denominado “Principios Fundamentales de la Discapacidad” que realizó la Unión de Personas con discapacidad Física contra la Segregación, *Union of Physically Impaired Against Segregation* (UPIAS)¹¹⁶, que presentó con posterioridad el Mike Oliver, -académico, escritor y activista británico arduo estudioso en los derechos de las personas con discapacidad- como el modelo social de la discapacidad¹¹⁷. Como

¹¹³ Cfr. SHAPIRO, J. No Pity, op. cit., pág. 53. citado por PALACIOS, A. *op cit.* supra.

¹¹⁴ Lógicamente entendiendo que la interacción de la persona en la sociedad en la que está inserta dependerá de su tipo y grado de discapacidad, la que a mayor gravedad que dificulte o impide absolutamente la autonomía de la persona, precisará de los cuidados y asistencia adecuada tanto familiar como médica. Lo cual no supone un estancamiento en el modelo rehabilitador, sino una consecuencia de la diversidad, pues las decisiones que le afecten a la persona se habrán de tomar contando con ella no a pesar de la misma.

¹¹⁵ Recoge SHAPIRO, J., *No Pity*, op. cit., p. 64 mencionado por PALACIOS, A., op. cit. pág.115, la Ley de Rehabilitación de 1973 norteamericana, desarrollada por la Sección 504, conocida por ser la primera ley de derechos civiles para las personas con discapacidad norteamericana, la cual según comenta el autor no había sido demandada por las personas con discapacidad.

¹¹⁶ Union of Physically Impaired Against Segregation.

¹¹⁷ Igualmente citado por PALACIOS, A., en su obra pág.120: Vid. HASLER, F., “Vida independiente: visión filosófica”, en la obra El movimiento de vida independiente. Experiencias internacionales, op. cit., p. 57 y ss. Asimismo, Vid. en especial: OLIVER, M., *Social Work with Disabled People*, Macmillan,

rasgo diferenciador cabe resaltar, que las organizaciones británicas asumieron como objetivo prioritario la facultad de decidir de las personas con discapacidad acerca de su ingreso o permanencia en las instituciones¹¹⁸.

A ello hay que añadir la valoración que hacen sobre la discapacidad física¹¹⁹, diferenciando entre deficiencia y discapacidad. En concreto, como expone la PALACIOS¹²⁰, se arguyen una serie de diferencias fundamentales entre ambos conceptos, de tal forma que la deficiencia es consecuencia del factor biológico y/o fisiológico como la falta o anormal funcionamiento de un miembro, órgano o sistema del cuerpo. Mientras que la discapacidad se refiere al encorsetamiento que padece la persona que le impide actuar de forma consecuente con sus principios o deseos, debido a la concepción social imperante, que aísla a la persona y dificulta o impide su desarrollo personal con respecto a la toma de decisiones.

Así pues, podemos concretar los postulados del modelo en la superación de la visión individual, entendido que antes de discapacidad es necesario hablar de personas y para ello se deben derribar las barreras impuestas en la sociedad que afectan a todos los órdenes

Basingstoke, 1983; OLIVER, M., *The Politics of Disablement*, op. cit. p; OLIVER, M., *Understanding Disability*, op. cit.

¹¹⁸ El movimiento británico ponía especial énfasis en la lucha de las personas con discapacidad que vivían en instituciones residenciales, con la pretensión de mejorar sus condiciones en las mismas, para que tuvieran pleno control sobre sus asuntos personales y pudieran participar democráticamente en la gestión de su hogar, centro o unidad (objetivo octavo de la UPIAS). Considerando que su inmersión en las instituciones residenciales además de favorecer su segregación y coartación de su autonomía, incentivaba las actitudes prejuiciosas hacia ellos por parte de la sociedad. Como anécdota, el objetivo décimo tercero de la UPIAS hace referencia a un comentario fruto del desconocimiento y prejuicio que se tenía, y que afirma haber experimentado todo el colectivo, y es la pregunta planteada por algunas personas a aquellas que tengan algún contacto con la persona con discapacidad acerca de si las éstas toman azúcar en su té. Es decir, el aislamiento de la persona en las instituciones residenciales protegidas impedía conocer la situación real de la discapacidad, dando paso a la invención y la superchería.

Vid. <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/UPIAS-UPIAS.pdf>

¹¹⁹ Dentro de sus objetivos, a pesar de ser una Unión constituida por personas con discapacidad física, la UPIAS expone su cercanía con otros grupos oprimidos -tal como ellos se consideraban-, con la idea de trabajar juntos y apoyar sus luchas para lograr una vida decente. De tal forma, que todos comparten el mismo ideal de cambio social para acabar con la opresión a la que se ven sometidos los distintos grupos, dejando clara la intención de la UPIAS por unirse en una acción común para alcanzar dicha transformación. Véanse los objetivos recogidos en la *Union of the Physically Impaired Against Segregation*: <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/UPIAS-UPIAS.pdf>

¹²⁰ PALACIOS, A., *El modelo discapacidad de...* op. cit. pág.123.

de la vida¹²¹, por ello las dota de derechos elevados a la categoría de humanos y aboga por la generalización de los valores fundamentales que deben para con cualquier ser humano: respeto a la dignidad humana, al principio de igualdad y no discriminación, a la autonomía personal, accesibilidad e inclusión social. Podríamos decir que lo que se intentaba con este cambio de molde es alcanzar la igualdad abrigando la diferencia.

La evolución de este modelo social, que la mayor parte de la doctrina destaca como el estándar vigente en el tratamiento de la discapacidad, culmina en la promulgación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006¹²², a la cual nos referiremos con amplitud a lo largo de este trabajo por ser no sólo Derecho vigente en la materia sino por su grandiosa relevancia en el seno de la misma. En concreto, a pesar de la impregnación del espíritu del modelo social que denota toda la Convención, su gran referente sería el artículo 12 relativo al reconocimiento de la persona con discapacidad como persona ante la ley, tal como muestran las numerosas alusiones¹²³ que la doctrina ha referido a lo largo de estos años de vigencia de la Convención y al que nos dedicaremos posteriormente.

¹²¹ Los obstáculos que encara el nuevo modelo -algunos todavía se mantienen en la actualidad-, no sólo consistía por hacer un símil de la situación, en vallas blancas de madera, como la multiplicación de ascensores, rampas, adaptación de calles y bordillos y demás obras de menor enjundia; como grandes muros de hormigón armado, consistentes en la participación activa de la persona en la vida social, dotándola de la autonomía que por ser tal le corresponde para desempeñar una profesión u oficio, ostentar un cargo público, votar, decidir sobre los asuntos que le afecten, tener potestad para regir su vida y sus bienes, así como para elegir quién lo hará en caso de que ellos no puedan... Las trabas eran tantas y tan diversas que el modelo constituía realmente una transformación social, con el preceptivo cambio de mentalidad, la concienciación en relación a tratar a la persona con discapacidad como una persona y no como una enferma, la sensibilidad y la empatía hacia una minoría prácticamente a apartada hasta entonces.

¹²² Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

¹²³ Acerca de ello el profesor GARCÍA CANTERO realizó un análisis exhaustivo del artículo 12 de la Convención, en GARCÍA CANTERO, G., ¿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, número 4, octubre-diciembre, 2014, págs. 69 a 72. En este estudio, el autor enuncia la disparidad de opiniones existentes en el seno de la doctrina en relación al tan mencionado precepto, las cuales divide en dos grupos diferenciados: las concernientes al modelo social de discapacidad, donde también incluye algunas relativas a lo que él denomina “vía española de anticipación” tocante a la “anticipación” o ventaja que según GARCÍA CANTERO, España llevaba al tiempo de promulgar la Convención respecto a algunas medidas de protección jurídica de las personas con discapacidad y; aquellas contenidas en lo que denomina modelo civil de incapacitación, que nace a partir de la institución de incapacitación regulada en nuestro Código civil. Asimismo, considera que la coexistencia de dos modelos interpretativos, civil y social o, incluso, civil y administrativo-social, -a los que habría que añadir, los otros subtipos civiles especiales o forales, como recuerda el autor-, no responden a “meras etiquetas o modos

No obstante, pese haber hecho referencia en varias ocasiones a lo largo de este apartado de la virtualidad del modelo de discapacidad, algunos autores apuntan a su decadencia en pos de nuevos moldes de tratamiento de la discapacidad.

2.4. Modelo de integración.

Este modelo no está tan extendido como sus predecesores, pues quizás no goce de la aquiescencia de la mayor parte de la doctrina o se encuentre en su etapa de desarrollo, como podría presumirse por la escasa bibliografía que lo menciona, al menos a nivel nacional. Siguiendo a DE LORENZO¹²⁴, referente en materia de discapacidad, podemos perfilar el contenido de este modelo de tratamiento. También conocido por algunos autores como “modelo biopsicosocial”, este estándar aparece como consecuencia de las discrepancias y quizás lagunas a las que quizás no se le encuentre explicación fundamentada, entre sus antecesores más próximos: modelo social y modelo médico, inspirándose en la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF)¹²⁵, aprobada por la Organización Mundial de la Salud en 2001. El presupuesto de este modelo consiste en abarcar la discapacidad desde una perspectiva

paralelos de hablar” sino que evidencian la diversidad de normativa aplicable desde cauces distintos: diversas leyes, procedimientos separados, jurisdicciones distintas pero competentes y, como resultado de ello, “variedad de efectos y consecuencias para las personas afectadas (sanitarios, asistenciales, prestacionales, etc.), que la praxis muestra no infrecuentemente como divergentes, y, en ocasiones, hasta excluyentes entre sí”, de forma que los derechos subjetivos tutelados y concedidos por las distintas vías o moldes de tratamiento de la discapacidad no serían equivalentes, ni por su naturaleza ni sus efectos. Debido a esta dualidad, es opinión del autor que debería “seguirse otro procedimiento; hay que construir puentes y vías de acceso, que permitan una transparente y ágil circulación en ambas direcciones, para garantizar la unidad del ordenamiento y la seguridad de los mismos ciudadanos afectados, así como su tratamiento igualitario, legitimados para invocar en su beneficio cualquiera de las ramas del Derecho”. Tanto es así, que hay voces que apuntan a un Derecho de la discapacidad, siendo su principal valedor DE LORENZO GARCÍA, R., “Los contornos del derecho de la discapacidad, en, CARBALLIDA PIÑEIRO, M. y PÉREZ BUENO, L.C., *Hacia un derecho de la discapacidad*, Aranzadi, 2009, págs. 55- 120.

¹²⁴ DE LORENZO, R., “Discapacidad, sistemas de protección y Trabajo Social”, Alianza editorial, Madrid, 2018, págs. 38 y 39.

¹²⁵ Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, publicada por la Organización Mundial de la Salud en 2001 como una revisión del trabajo con carácter experimental realizado difundido en 1980. El 22 de mayo de 2001 fue aprobada para extender su aplicación a nivel internacional. Resolución WHA54.21. El objeto de este documento, como reza en su Introducción es “brindar un lenguaje unificado y estandarizado, y un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados “relacionados con la salud”.

universal e integradora, cohesionando los distintos niveles en los que se presenta la discapacidad: biológico, personal y social, de forma que una vez identificados los elementos que inciden en la discapacidad (“las deficiencias, las actividades personales y la participación en la sociedad”) se actué adecuándose al nivel de cada uno de ellos, recordando que el ámbito de la discapacidad es amplio y diverso, de modo que las actuaciones deberán ir en consonancia a esa pluralidad.

Como mantiene el autor, la base de este modelo se sustenta en la superación de la división entre lo que se han venido a llamar “paradigma de la rehabilitación” y “paradigma de la autonomía personal”, correspondientes, respectivamente, a los patrones médico y social que centran el foco de su atención en el individuo, en el primero de ellos, en sus deficiencias, combatibles mediante tratamientos médicos y; en el entorno que discapacita a la persona, creando barreras insalvables que impiden su desarrollo. En la confrontación de ambos navega el modelo integrador, conservando los argumentos propicios de cada uno para plantear un enfoque “biopsicosocial” de la discapacidad que comprenda sus aspecto biológico y psicológico, así como el social. En palabras de DE LORENZO, “la discapacidad se definiría como un problema social y personal que requiere no sólo atención médica y rehabilitadora, sino también apoyo para la integración social, a la que han de darse respuestas mediante tratamientos individuales y acción social”.

CAPÍTULO IV

LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD BAJO LA CONVENCION

I. EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCION.

Como es comprensible, el principio de autonomía no es infinito. Se imponen límites a su ejercicio, los cuales no atentan contra la dignidad humana, sino que promueven el bienestar común. Esa frase de JEAN PAUL-SARTRE que decía “mi libertad se termina donde empieza la de los demás” es perfectamente aplicable a este punto. El orden jurídico internacional no detalla este extremo, dejándolo a expensas de regulación por los ordenamientos nacionales. Estos últimos, especialmente aquellos de origen y tradición romana, además de las fronteras que establezca su normativa, limitan la autonomía en función de la capacidad.

A diferencia de lo que establece la Carta Magna en materia de discapacidad, esto es, la Convención de Naciones Unidas, algunos ordenamientos jurídicos tales como el español, doctrinalmente distinguen dos tipos de capacidad en el individuo: por un lado, la capacidad jurídica, aptitud para ser titular de derechos y obligaciones de la que son dotadas todas las personas por el mero hecho de serlo y, por otro, la capacidad de obrar, aptitud para ejercitar esos derechos y libertades de que son titulares las personas. En este segundo tipo radica una de las principales novedades introducidas por la Convención o, constituyendo el primer conflicto con aquellos ordenamientos jurídicos por las repercusiones jurídicas que tiene el entendimiento de una capacidad única no susceptible de graduación, limitación o restricción.

La norma internacional aborda esta cuestión en su afamado artículo 12 -objeto de admiración y crítica en la doctrina-, declarando que “las personas con discapacidad tienen

derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica” (art. 12.1), de forma 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” (art. 12.2). Este precepto es el único que se refiere directamente a la capacidad de la persona y como podemos observar no distingue entre capacidades, sino que con el término “capacidad jurídica” o “personalidad jurídica” designa la suficiencia que tiene la persona con discapacidad, en igualdad de condiciones que el resto de personas sin discapacidad, para hacer frente a todas las consecuencias que este concepto alberga. Si nos detuviéramos aquí en el estudio de este precepto, podríamos tildar de confusa a la Convención respecto al significado jurídico o valoración de lo que expone como capacidad jurídica de la persona, pudiendo entender que se trata de la idoneidad a la que se refiere los ordenamientos jurídicos herederos del derecho romano, es decir, a la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

Esta perspectiva, a pesar de haber sido abordada por algunos, no la encontramos identificable ni con el propósito ni la proyección que pretende el instrumento internacional, puesto que sería redundante afirmar que las personas con discapacidad son personas, de igual rango que el resto de seres humanos, y dedicar un precepto a ello intermedio a ello, en caso de considerar necesaria su inclusión sería coherente hacerlo al principio. Igualmente nos sabe a poco pensar que estamos ante un mero reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona en el sentido que lo entendemos en nuestro orden nacional.

Esta falta de profundidad en el concepto se ve respaldada por la propia Convención, que en sus apartados siguientes desgrana el contenido de esa capacidad jurídica y el sentido interpretativo que debe orientar a los Estados Partes en su regulación. En concreto, el apartado tercero del artículo 12 compele a los Estados Partes a adoptar “las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. El precepto no ahonda en la mera titularidad de derechos y libertades de la persona con discapacidad, sino que insta a los firmantes a adaptar sus ordenamientos jurídicos, incluyendo las disposiciones pertinentes para garantizar el acceso de las personas con discapacidad a los apoyos o asistencia que puedan requerir en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Esto es, los Estados deben cerciorarse de facilitar las herramientas necesarias a las personas con discapacidad para que puedan ejercitar sus derechos y libertades. En este punto era esencial incidir, puesto que a pesar de que el título del precepto (“Igual reconocimiento como persona ante la ley”) podría dar lugar a confusión al pensar que se refiere a la capacidad jurídica entendida como titularidad, ello colisionaría con la realidad jurídica y social, ya que lo que siempre ha suscitado conflicto ha sido la aptitud de las personas con discapacidad para promover sus intereses, autorregularse y practicar sus derechos y libertades, mientras que para la gran mayoría, su titularidad no ha quedado en entredicho (al margen de ciertos incautos), al menos jurídicamente, ya que se les ha considerado semejantes a los niños y en ambos supuestos han sido titulares del compendio jurídico.

Ahora bien, de igual modo que la capacidad jurídica se les ha atribuido por el mero hecho de nacer¹²⁶, la capacidad de obrar les ha sido negada por el hecho de ser diferentes física o intelectualmente al considerado núcleo ordinario de población. Por ello, creemos que la Convención se refiere a única capacidad jurídica, similar a la que figura que tienen otros países que no han bifurcado la misma en dos instituciones diferentes¹²⁷, que engloba tanto la aptitud para ser titular de derechos, libertades y también obligaciones como la idoneidad para ejercitarlos. Considerando, por tanto, y de acuerdo con la Convención y el resto de instrumentos internacionales garantes y declarativos de derechos humanos, que todas las personas por el mero hecho de serlo¹²⁸ tienen capacidad jurídica, la cual no es graduable ni restringible, se es capaz o no se es, se es persona o no se es. Mas, si bien es cierto, que no todas las personas pueden ejercitar ese catálogo de dotaciones y deberes de ecléctico carácter, existiendo algunas que sus facultades volitivas e intelectivas no le

¹²⁶ Aunque en nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo, no sólo era preceptivo el nacimiento para ser considerado como persona sino que era necesario pasar 24 horas desprendido del seno materno y tener forma humana. Este último requisito suscitaba muchas dudas y afectaba directamente al colectivo de discapacidad, puesto que lo alejado de lo ordinario podría concebirse como discapacidad y, por tanto, igualmente capaz para ser titular de derechos y obligaciones. En caso, de no considerarse como personas, siendo éste el supuesto contemplado en el Código civil anterior a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, estaban negando el reconocimiento como personas a un ser que por su anormalidad se diferenciaba de los cánones concebidos hasta la fecha de lo que debiere ser una persona.

¹²⁷ En este sentido, hacer referencia a la capacidad jurídica de otros países del *commom law* o Estados Unidos, aquellos que carecen de tradición romanística y que reúnen en una misma figura la titularidad y el ejercicio de derechos y obligaciones de las personas.

¹²⁸ No solamente las personas físicas sino también las jurídicas como bien sabemos. Y, como cada vez más voces apuntan, también tendrían capacidad jurídica los animales con el fin de incorporarse a los ordenamientos jurídicos como sujetos de derecho y no como bienes o cosas en sentido estricto.

permitirán desempeñar ninguno y otras, según los casos, que podrán ejercitar algunos de ellos.

En estos supuestos, la persona sigue teniendo capacidad jurídica pero no le sería posible realizar esa labor por sí solo, sin la intervención de un tercero que le facilite la información necesaria o le ayude a llevar a cabo sus intereses, esto es, que sirva de apoyo en la toma de decisiones que le competen. En ciertos casos, los menos para ser exactos, ese apoyo requerirá su máxima intensidad, siempre la voluntad que haya podido manifestar la persona y rigiéndose por el interés superior de la misma cuando sea imposible conocer su voluntad por ningún medio.

Es decir, todas las personas, tengan o no discapacidad, tienen esa potencial capacidad jurídica tanto en la vertiente de titularidad como en la de ejercicio, lo que ocurre es que como consecuencia de su madurez en relación al desarrollo personal, no podrán tomar ciertas decisiones o, en algunos casos, todas, las relativas a estos ámbitos que conforman la capacidad jurídica del individuo. Para ello requerirán, en su medida y proporción, dependiendo de su situación (de su discapacidad, de la edad en el caso de menores que carezca de padres que ostenten la patria potestad...) de que les ayuden a comprender el contenido de sus derechos, libertades u obligaciones, o que le asistan, respetando su voluntad, intereses o deseos en los actos que estimen pertinentes cuyo ejercicio por sí solos desborde su comprensión.

Siguiendo con la intervención de terceros para ayudar a la persona en el ejercicio de algunos o todos sus derechos y libertades, así como en el correspondiente de sus obligaciones, dependiendo del carácter de la discapacidad, la Convención expone en el apartado cuarto del artículo 12¹²⁹ el compromiso de los Estados Partes de garantizar las salvaguardias que estimen pertinentes en consonancia con el orden jurídico internacional

¹²⁹ Literalmente el precepto establece lo siguiente: “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”.

en materia de derechos humanos, a fin de que las medidas de apoyo en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad devengan eficaces y efectivas, previniendo y neutralizando posibles abusos.

A mayor abundamiento, en lo que podemos considerar un alarde brillante en la proclamación del principio de autonomía de las personas con discapacidad, equiparándolas al resto de la población donde antes habían sido diferenciadas, el texto vuelve a priorizar la voluntad de la persona, sus gustos, deseos o intereses, que han de ser respetados en todo momento, particularmente en la adopción de las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de la capacidad jurídica, de forma que aquellas se adecúen a la discapacidad del sujeto, bajo los principios de proporcionalidad y eficacia, aplicándose en el período más breve de tiempo y sometidas a revisiones periódicas por parte de la autoridad judicial competente a tal efecto. Y para que ello sea posible, los Estados se comprometen a establecer las salvaguardias que estimen oportunas para garantizar que las medidas acordadas no solamente sean proporcionales al tipo de discapacidad y persona portadora de la misma, sino que no incurran en abusos o conflictos de intereses.

Asimismo, estipula la Convención que las salvaguardias han de ser proporcionales “al grado en que dichas medidas afectan a los derechos e intereses de las personas”. Por tanto, las medidas serán como el diseño de la casa soñada por la persona, siendo las salvaguardias el material que se utilice en la construcción de dichos planos, para evitar que la falta de calidad provoque un derrumbe del edificio y de los sueños del titular del terreno.

Por último, el artículo 12 se refiere específicamente, en su apartado quinto, a la esfera patrimonial de la persona con discapacidad, destacando el papel de los Estados Partes en la adopción de medidas oportunas y efectivas, acordes con el estado y situación de persona como consecuencia de su discapacidad, siendo garantes de sus derechos, en igualdad de condiciones con el resto de individuos, “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 (...)”. De igual forma, se comprometen, como recoge el precepto *in fine* a velar “porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

No resulta baladí esta precisión hecha por la norma internacional, puesto que ha sido una práctica bastante común que ha circulado por tribunales, aunque ha campado más anchamente por la calle, la incapacitación de las personas con discapacidad y la asunción de las decisiones que le competían, en especial las relativas a su esfera patrimonial, con la pretensión de obtener un beneficio de dicha gestión. Desgraciadamente, como consecuencia de la asiduidad de ciertas actuaciones, la Convención ha creído necesario hacer hincapié en aspectos donde la persona con discapacidad ha presentado mayor vulnerabilidad, como manifiestan multitud de casos precedentes.

Sin duda, uno de ellos sería la vertiente patrimonial, donde familiares o amigos han aprovechado su condición de tutor para sacar provecho a costa de la economía del tutelado, como también lo ha sido la vis personal, sobre todo, en relación a niñas y adolescentes, entre las que ha proliferado el abuso sexual por parte de personas de su círculo más cercano¹³⁰. Estos comportamientos externos, constitutivos en algunos casos de delito, además de ser perseguidos por cualquier instrumento internacional por atentar contra los derechos humanos, la Convención pretende combatirlos desde la perspectiva del desarrollo de la personalidad de la persona con discapacidad, esto es, mitigando esa situación de vulnerabilidad impuesta por la concepción que se ha tenido de la propia discapacidad en todos los órdenes de la vida. De forma que, si se prestar las herramientas que cada uno necesite para formar su voluntad, desarrollarse y desenvolverse en la vida, esa exposición será fuertemente mitigada. Al final, la idea es que esa vulnerabilidad no sea más que la pueda tener cualquier otra persona, sin discapacidad, a lo largo de su vida por el devenir de la misma, no predeterminada por la tenencia de una enfermedad o trastorno que desde su inicio restrinja a la persona y la exponga a una situación especialmente sensible.

Estas premisas aparecen reflejadas a lo largo de la Carta, siendo especialmente representativo a este respecto su artículo 19 titulado “Derecho a vivir de forma

¹³⁰ Estas situaciones vejatorias y delictivas no solo han sido reconocidas por la Convención en el apartado a) de su Preámbulo (“Reconociendo que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación”) sino que les ha dedicado especial atención, como expone en su artículo 16 bajo el título “Protección contra la explotación, la violencia y el abuso”, instando a los Estados a acoger todas las medidas de todo orden necesarias para proteger a las personas con discapacidad, tanto “en el seno de hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género” (art. 16.1).

independiente y a ser incluido en la comunidad”, por las connotaciones que profiere a la autonomía de la persona. Pues, ¿qué denota mayor autonomía que la libertad para decidir cómo vivir?¹³¹. De forma, que el precepto vuelve a compeler a los Estados Partes en el reconocimiento de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, en igualdad de condiciones entre sí al margen de la especialidad de su discapacidad y entre el resto de individuos, y los emplaza a adoptar “medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad...”.

Como hemos manifestado en alguna ocasión, no basta con reconocer un derecho sino que los Estados deben velar por su cumplimiento, garantizar que la persona disfrute del mismo. Este artículo se refiere directamente a la integración de la persona en el núcleo social, constituyendo clara manifestación de la igualdad de derechos y oportunidades como de la lucha por la liberación de barreras sociales que le impidan a la persona desenvolverse por sí misma como consecuencia de los obstáculos transcritos. Cuando nos referimos al derecho a vivir de forma independiente, no excluimos la sujeción que necesitan algunas personas a apoyos para ejercitar esa autonomía o independencia, al contrario, abarcamos el concepto desde una perspectiva amplia y diversa, interpretando en este sentido las directrices del artículo 19 del convenio. Así pues, entendemos que la vida independiente es el derecho a expresar nuestra voluntad acerca de dónde o cómo

¹³¹ Entendiendo esta cuestión desde un punto de vista general y siendo conscientes de los límites que alberga dicha libertad, sabiendo que no gozamos de libertad absoluta, pero sí para decidir cómo vivir siempre que nos encontremos dentro de nuestra esfera de poder, esto es, siempre que nuestra decisión no implique la voluntad de un tercero. Nos referimos con ello, como ejemplo, al caso de la persona que quiere vivir con su hijo porque no puede hacerlo sola en casa, pero aquél por falta de tiempo o de intimidad no considera plausible dicha opción, ofreciendo la posibilidad de ir a vivir a una residencia. En este contexto, siendo la premisa de la Convención que la persona tenga la posibilidad de manifestar su voluntad y que ésta sea respetada, entrevemos que dichos requisitos se han llevado a cabo, si bien el segundo no ha podido tener efectos puesto que la voluntad de la madre ha colisionado con la del hijo, de forma que la autonomía de la primera ha encontrado un límite infranqueable en la autonomía del segundo.

Cuestión distinta es la relativa a la decisión de hasta cuándo vivir o cuándo morir. En España, por ejemplo, está tipificada como delito la eutanasia, de forma que se impone “bien común” frente a la voluntad del sujeto que solicita ayuda para morir, siendo, sin duda, aquélla un límite a la autonomía del sujeto. Esta conducta no constituye tipo penal en otros países del marco europeo y, en nuestro caso, cabe precisar que fue presentada una proposición de ley en mayo de 2019 y admitida a trámite por el Congreso, modificadora del párrafo cuarto del artículo 143 del Código Penal, que expone actualmente: “El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, serie e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

vivir, con quién compartir la vida, tener acceso a servicios comunales y sociales que cubran nuestras necesidades y faciliten la independencia ansiada¹³².

Al final todos los ciudadanos como destinatarios de las normas que regulan la convivencia, somos titulares de una serie de derechos, libertades y obligaciones que no podemos obviar, hasta la persona más ermitaña y asocial que guste de vivir sola en la montaña sin comunicación con el resto de la comunidad tiene la obligación de socorrer a otro en caso de precisar y el derecho a ser respetado por su estilo de vida, siempre que no atente contra los límites de la autonomía de la voluntad como es el bienestar común. Los Estados establecen límites que restringen nuestra autonomía e independencia para velar por un bien superior¹³³.

¹³² Con este propósito, el texto internacional en su artículo 19 declara que los Estados Partes se asegurarán en especial de que: “a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico; b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta; c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades”.

¹³³ Estos límites subyacen en la contienda que tuvo lugar entre la Sra. Elaine McDonald cuando demandó a Reino Unido e Irlanda del Norte, en virtud de la vulneración del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el 5 de enero de 2012, que se dilucidó en la STEDH (Sección 4ª, de 20 de mayo de 2014,), caso McDonald contra Reino Unido (TEDH\2014\27). La cuestión que trajo causa a este Tribunal se remonta a la discapacidad que sufría la demandante como consecuencia de un derrame cerebral y sucesivas caídas, por lo que precisaba ayuda para desplazarse, especialmente necesario para ir al inodoro por las noches, por lo que solicitaba un cuidado para este menester. Los servicios públicos competentes en la previsión de este tipo de ayudas, sometieron a la Sra. McDonald a diversas evaluaciones con resultados diferentes. Primero le fue concedida una asignación para contratar la asistencia demandada, que más tarde le fue reducida y tras informes posteriores se consideró que la opción más viable económica y en razón de seguridad (por el riesgo a sufrir alguna caída al ir al baño de noche, lo cual resulta en cierto punto confuso porque para ello se precisa la figura del cuidador) era la dotación de pañales de incontinencia o sábanas absorbentes, a lo que la demandante se opuso rotundamente pues lo consideraba un atentado contra su dignidad. Igualmente, se le propuso la opción de trasladarse a una de las denominadas Viviendas Protegidas con Cuidados Extras donde recibiría asistencia diurna y nocturna, pero obtuvieron idéntica respuesta. La Sra. McDonald esgrimió la vulneración del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales relativo al derecho al respeto a la vida privada y familiar, sustentado en la dignidad humana y la autonomía personal, de forma que la decisión de retirar la asistencia nocturna sustituyéndola por el uso de pañales de incontinencia, no siendo la demandante incontinente, constituía una injerencia injustificada en su derecho al respeto a la vida privada entendiéndose que no hay mayor colisión al precepto que negarle a una persona la posibilidad la “asistencia para alcanzar un baño o una silla orinal donde pudiera orinar y defecar con dignidad” (párrafo 38). Asimismo, aludió al artículo 19 de la Convención para remarcar su postura, manifestando que “la única manera de vivir una vida digna es a través de la prestación continuada de un cuidador nocturno” (párrafo 41). El Tribunal Supremo consideró que no la dignidad y la autonomía de la demandante habían sido

II. RECONOCIMIENTO *ERGA OMNES* DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.

Asumiendo el reconocimiento explícito al que cuantiosamente alude la Convención de Naciones Unidas, podemos afirmar que se trata de un reconocimiento general, *erga omnes*, por cuanto los principios generales que establece la norma, no diferencia en función del tipo de discapacidad del carácter o grado de la misma, sino que incluye a todas las personas con discapacidad sin hacer distinción alguna.

Ello nos confirma la afirmación hecha anteriormente sobre la abstracción de los principios generales del derecho, en concreto el de autonomía de la voluntad, pues su función es informar y orientar el ordenamiento jurídico, lo cual universaliza al sujeto de derecho que puede verse afectado dependiendo de la casuística. Pese a ello, somos conscientes de que la autonomía de la voluntad, si bien como principio general del Derecho ostenta a todo individuo, no es ilimitada.

Es decir, estaríamos ante la histórica disyuntiva entre titularidad y ejercicio. Todos seríamos titulares de del poder que supone la autonomía de la voluntad, pero no todos podemos ejercitarlo, debido mayormente a nuestra capacidad de autogobierno. Además, su aplicación pende de diversos factores (cumplimiento de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para el caso concreto en los que se quiera acudir al principio) y el ejercicio del poder que comporta podríamos decir que es graduable. En este sentido, la personas con discapacidad persistente que no pueda gobernarse a sí misma gozará del

respetadas, permitiéndole elegir entre las medidas asequibles a su situación, siendo inviable la opción del cuidador nocturno pues supone un mayor gasto en detrimento de los intereses de los demás usuarios de los servicios, siendo deber del Estado “establecer un justo equilibrio entre los intereses contrapuestos del individuo y de la comunidad en su conjunto” (párrafo 24).

Por su parte, el TEDH concluyó que “los tribunales nacionales equilibraron adecuadamente los intereses personales y los intereses más generales de la autoridad pública competente para ejercer su responsabilidad social en la prestación de asistencia a la comunidad en general”. Como podemos observar, a pesar de la elección de la demandante, de su derecho a una vida independiente con el deber de los Estado de velar y garantizar este derecho mediante las medidas de apoyo oportunas, así como en la prestación de los servicios necesarios, se impone a ello el “interés común” como límite a la dignidad humana y la autonomía personal, ya que la alcancía estatal no alcanzaba para cubrir las necesidades de la demandante en consonancia con su voluntad.

principio de autonomía de la voluntad, si bien no podrá ejercitarlo por sí sola sino que debido a la limitación establecida en sentencia judicial de su capacidad de obrar necesitará el apoyo de un tercero¹³⁴ en la toma de las decisiones que le afecten.

Esta percepción de la autonomía de la voluntad aplicable de igual forma que al resto de las personas con discapacidad, tiene su amparo constitucional en los artículos 14 y 49 de la Carta Magna donde, en el primer caso, propugna la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin más distinción que la de ser ciudadano nacional, y en el segundo caso, impele a los poderes públicos a que efectúen los procedimientos necesarios para alcanzar la integración e inclusión, entendemos que de una forma plena, de las personas con discapacidad.

Ello no obsta, para diferenciar lo diferenciable y utilizar dicha diferencia como vehículo conductor hacia la plena integración. Como ejemplo, cuando una persona tiene una discapacidad visual severa, se utiliza comúnmente la denominación de “persona normal” -lo que bajo la Convención debería erradicarse-, sólo que no ve como lo hacen las “personas normales”, por ello necesita un trato diferente basado en la adaptación: necesitará una máquina braille, un bastón, quizás la compañía de un perro guía... Pero más allá de eso, podrá comprar el pan como nosotros, podrá casarse y tener hijos como nosotros, podrá realizar una tesis doctoral como nosotros... siempre que nosotros “ayudemos” a que lo consiga cuando así lo demande y precise, siempre que nos involucremos en su adaptación. Si eludimos esa responsabilidad, especial y principalmente los poderes públicos, y abogamos por la exclusión, ese señor con nombre y apellidos que tiene una vida semejante a la de cualquier otro sin discapacidad, pasará a ser aquel hombre raro que no sale de casa.

¹³⁴ Algunos autores, como BARBER CÁRCAMO consideran que la manifestación de la autonomía de la voluntad en un sujeto que carece de capacidad de obrar plena la legitima la “actuación ajena en interés ajeno”, si bien “el reconocimiento debido por el Derecho al poder de autorregulación del individuo exige que sea la voluntad del titular la fuente de tal legitimación indirecta, expresada bien antes de la actuación del representante, en un poder que la legitima, bien después, a través de la ratificación”. PARRA LUCÁN, M.Á., *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio*, COMARES, Granada, 2016, página 165.

En palabras de SERRANO GARCÍA, transcritas por GARCÍA ALGUACIL¹³⁵, “el principio de igualdad exige tratar del mismo modo lo igual y de modo distinto lo desigual” en relación a la Sentencia 22/1981, de 2 de julio¹³⁶.

Ahora bien, el horizonte que se ha de perseguir siempre en esta materia, a pesar de no tener consagración legal, es el que GARCÍA ALGUACIL¹³⁷ denomina como “principio del mayor interés de la persona con discapacidad”.

En consecuencia, la generalización siempre acarrea discriminación y desigualdad, puesto que como expresa el Tribunal no es razonable presumir esa ineptitud con carácter general y a una misma edad y, añadiremos a toda discapacidad, para todas las personas. Hemos visto a atletas correr careciendo de piernas, soldados luchar habiendo perdido alguna extremidad, niños nadar sin visión, hombres con una “grave” enfermedad psíquica crear imperios... Creemos que si todo eso es posible es porque discapacidad e incapacidad son dos términos incompatibles, la capacidad para hacer más o menos o simplemente distintas actividades depende de muchos factores, tales como el desarrollo cognitivo, el acceso a la educación y a la información, el ambiente familiar, laboral y social, entre otros.

Tal y como ha quedado expuesto en líneas previas, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la Disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores, pues la interpretación de dicha cláusula como norma que recoge la incapacitación para trabajar a aquellos que tuvieran sesenta y nueve años, conllevando de forma “directa e incondicional” la extinción de la relación laboral que tuvieran a esa edad. Esta abrogación de la Disposición por abrigar la interpretación de una jubilación forzosa que deriva en

¹³⁵ PARRA LUCÁN, M.Á., “Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar”. *Actas del Congreso Internacional “Límites a la autonomía de la voluntad” de la Universidad de Zaragoza los días 29 y 30 de septiembre de 2016*, COMARES, 2017, Granada, páginas 96 y 97.

¹³⁶La STS (Sala de lo Civil) núm. 22/1981, de 2 de julio, recoge en su fundamento de Derecho tercero: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El artículo 14 del Convenio Europeo -declara el mencionado Tribunal en varias de sus sentencias- no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”.

¹³⁷ PARRA LUCÁN, M.Á., *Derecho y autonomía... op cit.*

una desigualdad social como consecuencia de la discriminación en razón de edad nos comunica con la situación de la discapacidad en la fecha que data la Sentencia, pues si bien el Tribunal manifiesta no ser partidario de la presunción de ineptitud general a la edad de sesenta y nueve años para todas las personas, pues existen distintos puestos de trabajo que cubrir y diferentes habilidades entre la ciudadanía dispuesta a trabajar, igualmente entendemos que ese pensamiento debería de haberse hecho extenso a aquellos que tuvieren cualquier clase de incapacidad.

Si bien es cierto que el Código civil, como vimos en párrafos anteriores, no recogía una presunción *iure et iure* de incapacidad general para cualquier ámbito a aquel que tuviera alguna incapacidad, pero sí que lo hacía para todo aquel que fuera incapacitado. Por su parte, la incapacitación suponía la sustitución plena de su voluntad por la de un tercero, recordemos el artículo 262 del Código civil “el tutor representa al menor o incapacitado en todos los actos civiles”.

A pesar de que la ley no establecía una generalidad, sí daba pie a ello a través de la incapacitación, la cual en muchos casos era irreversible debido a la falta de apoyos para emprender su modificación con los que no contaba la persona incapacitada.

III. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

Lo que podemos constatar es que la autonomía de la voluntad como es un principio general del Derecho, un término primario, que a veces, queda difuminado por otros conceptos allegados –si bien, no los entendemos equivalentes- e incluso podemos leerla disfrazada en otro vocablo por algún sector doctrinal¹³⁸. A pesar de ello, la autonomía de la voluntad sigue siendo el concepto madre en la materia y el que utilizaremos en primer

¹³⁸ Tras el estudio realizado acerca de la autonomía de la voluntad podemos discernir la existencia de un acuerdo tácito en el seno de la doctrina acerca de la concepción propia de la misma. Pues como podemos comprobar, la doctrina suele utilizar indistintamente en sus manifestaciones públicas los términos “autonomía de la voluntad” y “autonomía privada”. Ambas son principio general del ordenamiento jurídico y poder subjetivo del sujeto en la potencial toma de decisiones que le afecten o que le sean afines.

lugar, para a narrar escuetamente la travesía jurídica que experimenta la persona física, como ente a lo largo de la historia en la potestad que le concede el ordenamiento jurídico para tomar sus propias decisiones, respetando siempre los límites previamente establecidos por aquél: la ley, la moral y el orden público (art. 1.255 del Código civil), y reconociendo en paralelo el respeto a pensamiento y toma de decisiones de todas las personas en igualdad y sin discriminación en función de su capacidad.

Hablamos en, primer lugar, del principio de autonomía de la voluntad porque es la génesis de la manifestación de voluntad del individuo.

3.1 Definición de autonomía de la voluntad.

Autonomía de la voluntad, es una noción que se compone de dos términos fundamentales, cuanto menos imponentes de forma separada, y atrayentes en conjunto. La Real Academia Española nos define, en una de su acepción tercera, como la *condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie*. A este respecto la RAE¹³⁹ contrapone literalmente dos conceptos: autonomía y dependencia. Quien no dependa será independiente, tendrá poder para regirse asimismo y, por tanto, será autónomo. Ésta es a priori una de las conclusiones posibles que podríamos extraer al leer dicho significado. Por tanto, una persona con la capacidad judicialmente modificada, es decir, que en algunas esferas de actuación necesita el apoyo de un tercero, ¿puede ser autónoma?, ¿es medianamente autónoma?, ¿es plausible hablar de autonomía en relación a estas personas? Si estas cuestiones hubiesen sido planteadas hace unos años, antes de la Convención de Naciones Unidas¹⁴⁰, la respuesta hubiera sido rotundamente no. Mas, tras la promulgación de la citada norma los procesos legislativos estatales tuvieron que dotar sus vías legales de un contenido más comprometido y acorde con lo establecido por Naciones Unidas. Respecto a este último apunte, incidiremos ampliamente a lo largo de este trabajo de investigación, pues en este momento nos interesa desgranar en mayor profundidad el contenido de autonomía de la voluntad.

¹³⁹ Real Academia Española.

¹⁴⁰ Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Así pues, una vez que hemos traído a colación la primera parte del concepto, vamos a proceder a tratar superficialmente la noción de voluntad. De la misma forma que la vez anterior, nos dirigimos a la RAE y en ella, encontramos diversas acepciones del significante mencionado, de todas ellas quizás las más apropiadas para dotar de significado jurídico la *autonomía de la voluntad*, sean las cinco primeras¹⁴¹ por su relación con la capacidad de la persona de gobernarse a sí misma y entender lo que quiere o debe, con la libertad y determinación que la potencia volitiva le otorga, tomando así una consecuencia al efecto de resolver, construir o elegir lo que a su juicio considere más oportuno.

De la mezcla de ambos conceptos, podríamos entender que la autonomía de la voluntad puede hacer referencia a la independencia para decidir, en base al entendimiento, pretensión o querimiento, las pautas de la conducta propia, dentro del marco del libre albedrío o libre determinación establecido conforme a Derecho.

Por otra parte, si acudimos de nuevo a la Academia ésta nos ilustrará acerca del contenido que abarca dicha figura. De este modo, un ciudadano de a pie, sin estudios jurídicos, que quiera conocer el significado de dicho término, puede acudir a la Real Academia Española y allí descubrirá que los académicos consideran la autonomía de la voluntad como la capacidad que ostentan tanto las personas físicas como las jurídicas, pues ambos son sujetos de Derecho, para instaurar reglas de conducta para sí mismos y en sus interacciones con los demás dentro del coto que la ley establece¹⁴².

De lo esgrimido podemos concretar que existe un sector académico que considera la autonomía de la voluntad como una capacidad, lo cual supone una aptitud para ejercer per se un derecho o hacer frente a una obligación. Mientras que, el sector doctrinal

¹⁴¹ Las acepciones de *voluntad* que consideramos más acordes con el concepto de autonomía de la voluntad son las siguientes: “1. Facultad de decidir y ordenar la propia conducta, 2. Acto con que la potencia volitiva admite o rehúye una cosa, queriéndola, o aborreciéndola y repugnándola, 3. Libre albedrío o libre determinación, 4. Elección de algo sin precepto o impulso externo que a ello oblige, 5. Intención, ánimo o resolución de hacer algo”.

¹⁴² Literalmente, la RAE recoge la siguiente definición de la autonomía de la voluntad: “Capacidad de los sujetos de derechos para establecer reglas de conducta para sí mismos y en sus relaciones con los demás dentro de los límites que la ley señala”.

mayoritario la considera bien como un poder de autodeterminación¹⁴³ que el ordenamiento jurídico le concede al sujeto de Derecho para que vea cubiertas sus necesidades dentro del coto legal, bien como una manifestación de la libertad del individuo¹⁴⁴ o un poder que el ordenamiento jurídico concede al sujeto para que satisfaga sus intereses¹⁴⁵.

A pesar de la disparidad de concepciones relativas a la autonomía de la voluntad - incluso, aunque algunos autores apliquen la misma significación a la autonomía privada- lo cierto es que la gran mayoría de la doctrina coincide en considerar la misma como un principio general del Derecho¹⁴⁶.

¹⁴³ Entre otros, DE CASTRO Y BRAVO citado por WAGNER DE TIZÓN, C.M., en su tesis doctoral *Límites a la autonomía de la voluntad*, Universidad Nacional del Litoral, 2011/2013 (Argentina) que, entiende por autonomía privada –como comentábamos anteriormente, se utiliza dicho término, si bien por sus semejanzas con el concepto de autonomía de la voluntad, entendemos que también podría tratarse de la segunda, tal como acoge la autora en su trabajo doctoral- “el poder de autodeterminación de la persona. El sentido inmediato del término se amplía así hasta comprender todo el ámbito de la autarquía personal. Se piensa entonces en la esfera de libertad de la persona, para ejercitar sus facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones que le atañen. De modo que podría ser definida, como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”.

¹⁴⁴ Esta postura es seguida por HÉRNANDEZ FRAGA, K. Y GUERRA COSME, D., “El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones”, en *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, Nº 6 (junio 2012), págs. 27-46. Universidad de Cienfuegos (Cuba)

¹⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, A., “La autonomía de la voluntad como generadora de contratos en el marco del derecho privado comparado: el consentimiento”, en *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, 19-20 (2001-2002), págs. 343-361.

¹⁴⁶ Algunos autores han escrito acerca de la posible decadencia del principio de autonomía de la voluntad y sus consecuencias. Así, DÍEZ PICAZO Y GULLÓN trae a colación un debate acerca de la decadencia de la autonomía de la voluntad como principio de *signo individualista y liberal*, el cual algún sector opina que podría ser sustituido por un *principio intervencionista* más cercano a las concepciones sociales. Por su parte, ellos no son partidarios de la anulación del principio de la autonomía privada - son parte de la postura doctrinal que utiliza dicho término para aludir también al principio de autonomía de la voluntad- como principio general del Derecho, pues ello conllevaría “la total anulación de la persona y su conversión en puro instrumento de la comunidad”. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, 2012, pág. 369.

Por su parte, BAEZA ORDÓÑEZ hace referencia a la que algunos consideran crisis del principio debido a las nuevas formas de contratación relacionadas con las nuevas tecnologías. De esta forma las nuevas formas de contratación pueden desequilibrar los principios rectores del ordenamiento, entre ellos el de *libertad contractual* como una de las manifestaciones de la autonomía de la voluntad. Mas, la autora concluye su estudio considerando lejana la posibilidad de que la autonomía de la voluntad decaiga, literalmente escribe: “Hay que admitir que si la autonomía de la voluntad consiste en poder hacer todo lo que la ley no prohíbe, lejos de considerarse en crisis es de apreciar su constante aumento, paralelo al constante aumento de los objetos, físicos e inmateriales, sobre los que la voluntad puede proyectarse libremente”. HOYO SIERRA, I. y SÁNCHEZ DE LA TORRE, Á., “Los principios de la autonomía de la voluntad y de legalidad en la modernización de la legislación contractual”, en *Principios del derecho I*, 2014, págs. 181-206.

Así pues, en base a lo investigado acerca de la materia, podríamos definir la autonomía de la voluntad como un principio general del Derecho, que incide en la esfera de libertad del individuo, confiriéndole poder, mediante una amalgama de derechos y facultades, para autorregular sus intereses y necesidades, dentro de las lindes que el ordenamiento jurídico impone a razón de conservar el bienestar común. De dicha gestión personal o social (dependiendo si interviene una o varias partes) resultará la creación, modificación o derogación de una norma jurídica.

3.2 Límites a la autonomía de la voluntad

Cabe resaltar, que la autonomía de la voluntad no esconde la falsa promesa del aforismo “lo que no esté prohibido por la ley, está permitido” ni se trata de un salto al vacío, sino que viene acotada por la ley, la moral y el orden público, como miembros de la cautela y el bienestar común.

Los autores suelen hablar sobre el poder en que la autonomía de la voluntad consiste y que dota al individuo para hacer frente a sus necesidades. En la mayoría de los casos, hablan del individuo. Por tanto, en base a ello cualquier persona gozaría de ese principio general del Derecho, puesto que el vocablo individuo no es un término jurídico sino que es académico y hace referencia a una persona, en este caso a la pluralidad de personas, de la que se desconoce sus rasgos identificadores, pues se refiere a un grupo abstracto compuesto por todas las personas. En base a lo expuesto, entendemos que cualquier persona tiene autonomía de la voluntad, desde el recién nacido¹⁴⁷ hasta aquellos que se encuentra en la ancianidad¹⁴⁸.

En efecto, todo sujeto de Derecho tiene autonomía de la voluntad, poder investido de derechos y facultades, como manifestación de libertad, para autorregular sus necesidades

¹⁴⁷ Hacemos referencia al recién nacido y no al concebido pero no nacido, porque es el requisito que establece el Código civil para considerar a un ser como persona, con las consecuencias que ello supone. Así nos lo explica el artículo 33 del Código civil al decir “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

¹⁴⁸ Por su parte, la persona deja de ser considerada como tal para el ordenamiento jurídico cuando fallece, como establece el artículo 32 del Código civil: “La personalidad se extingue por la muerte de las personas”, mientras tanto tendrá autonomía de la voluntad.

e intereses. Aunque, según la legislación vigente, haya personas que necesiten asistencia para poder ejercitar su autonomía. Es, por ello, que a pesar de ese reconocimiento universal, la realidad refleja la variedad de situaciones que pueden darse: algunas personas podrán ejercitarlo y llevarlo a la práctica sin ayuda, unos lo podrán hacer cuando transcurra el lapso de tiempo fijado en la legislación, otros cuando así lo determine el órgano juzgador, y otro, quizás no lleguen a poder aplicarlo nunca¹⁴⁹ debido a su falta de aptitud para ejercitar los derechos y obligaciones de los que es titular.

En consecuencia, entendemos que los principios generales del Derecho son contemplados en el marco legislativo como una idealización, pues ni siquiera están recogidos en cuerpo normativo alguno, ya que varían siguiendo la estela de la evolución social; si bien se materializan cuando el órgano juzgador o el legislador los traigan a colación en sus pronunciamientos como consecuencia de su carácter integrador y conformador del ordenamiento jurídico, cuya función es velar por el bienestar común y la paz social, todo ello asociado a la idea vigente de justicia, acorde con la legalidad. Por ello, constatamos que son un marco abstracto de referencia, que incide en la sociedad como comunidad, de forma global, pues otro argumento podría dar lugar a discriminación y desarraigo del principio. Podríamos decir que su concesión es semejante a la de los derechos fundamentales. Un bebé tiene derecho a la intimidad, el problema es que no puede ejercitarlo por sí mismo. Sin embargo, sus padres o en su caso, tutores, tienen el poder necesario para defender su derecho a la intimidad en caso de intromisión ilegítima en la esfera del mismo.

De tal forma que, si los consideramos una abstracción, entendemos que toda persona los ostenta, pues todos conforman el panorama social protegido y regulado por el ordenamiento jurídico, pero no toda persona puede ejercitarlos y los que pueden no en la misma medida, ello no obsta para que puedan disfrutarlos con los complementos o apoyos asistenciales necesarios.

¹⁴⁹ En este supuesto, nos estamos refiriendo al caso de personas con enfermedades o trastornos graves, que les impidan gobernarse a sí mismos y que, por tanto, afecten a su capacidad de obrar. No obstante, a pesar de estar investidos de ese principio potencialmente abstracto de autonomía de la voluntad, carecen de aptitud para su ejercicio *per se*, según la normativa civil vigente, que se aparta de la Convención. Sin embargo, será posible hacer valer sus derechos e intereses a través de un representante que vele por su bienestar.

IV. EL RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD BAJO LA CONVENCION.

Desde su preámbulo, la Convención reafirma la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos y libertades plenamente y sin discriminación¹⁵⁰. Fue pionera en el reconocimiento de autonomía a la persona con discapacidad, y de hecho, es uno de los puntos fundamentales de la misma, pues ya en su Preámbulo, recoge en sus apartados a) y n) como axioma la autonomía individual y la independencia de las personas. Para respaldar dicha afirmación preceptúa el reconocimiento de la libertad en la toma de decisión, su inclusión en la participación activa, en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas (apartados n) y o)), la igualdad de oportunidades en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural (y).

Asimismo, incide en la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones¹⁵¹ para posteriormente añadir en su artículo 12, la necesidad de complementar la capacidad de las mismas por un tercero, como un sistema de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones”.

De forma exhaustiva recalca a lo largo del articulado el principio general de la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas (art. 3 a)), su recuperación en caso de explotación, violencia y abuso (art. 16.4), exigiendo a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad una atención igualitaria sobre la base de un consentimiento libre e informado (art. 25 d)).

De tal manera que, salvo necesidad no se sustituyan las decisiones de personas que entienden y comprenden lo que quieren, consiguiendo así el desarrollo de su voluntad. Ello permite la inclusión social de la persona, apoyado en el principio de no

¹⁵⁰ CORRAL BENEYTO, R., “La Convención de la ONU sobre derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Su contenido y efectos”, en *@Diario La Ley*, N° 8511 (2015).

¹⁵¹ PALACIOS GONZÁLEZ, D., “Protección jurídica de las personas con funcionamiento intelectual límite y discapacidad intelectual ligera: medidas judiciales de apoyo y autodeterminación socio-sanitaria”, en *Actualidad Civil*, N.º 10 (Octubre 2014).

discriminación y el de igualdad ante la ley¹⁵², garantizando la protección de la dignidad de la persona con diversidad funcional y el desarrollo de su personalidad, si bien sería necesario realizar algunos cambios en nuestro marco normativo, algunos de los cuales ya han comenzado¹⁵³, para generar un marco jurídico en nuestro país más acorde con las directrices de la Convención¹⁵⁴, que no detalla las clases o formas de apoyo, más sí impide los sistemas de tutela clásicos, ni distingue los apoyos voluntarios, entendidos aquellos que derivan de la voluntad del sujeto; de los forzosos, impuestos por resolución judicial; así como tampoco diferencia los apoyos materiales para la emisión de la declaración de voluntad, de los sustantivos para la formación de la voluntad.

El mencionado texto legislativo trata de reducir con el objetivo de erradicar los obstáculos físicos, sociales y, por supuesto, jurídicos a los que se enfrentan diariamente las personas con discapacidad¹⁵⁵, los cuales les impiden recibir una educación certificada bajo un título educativo¹⁵⁶, conseguir empleo aun contando con la cualificación precisa, tener acceso a

¹⁵²ANGUITA RÍOS, R.M., “La protección del discapacitado no incapacitado”, en @LALEY, N° 8165 (2013).

¹⁵³ Siguiendo con la legislación nacional en esta materia, es de enjundia mencionar el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social. BOE, de 3 de diciembre de 2013, el cual refunde e integra, como ley de ámbito estatal, las siguientes leyes especiales: 1) la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, que instauró en nuestro país el reconocimiento de derechos de las personas discapacitadas, y la obligada tutela por los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas fueran reales y efectivas (art. 9.2 CE); 2) la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, la cual supuso un punto de inflexión en las políticas de equiparación de las personas con discapacidad, centrándose especialmente en dos estrategias de intervención: la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal, y 3) la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

¹⁵⁴ CAPILLA RONCERO, F., “Autonomía de la voluntad y Derecho de la persona; o la autonomía personal en el Derecho privado”, en @LALEY, N° 7675 (2011).

¹⁵⁵ CORRAL BENEYTO, R., “La Convención de la ONU sobre derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Su contenido y efectos”, en @Diario La Ley, N° 8511 (2015).

¹⁵⁶ Si regresamos a la Ley de Educación actual o a la anterior, encontraremos que el requisito para la obtención del título de Graduado en ESO, además del de completar la etapa, es el de haber alcanzado las competencias básicas y los objetivos de ésta (art. 31 LOE o 21 LOMCE). Para el título de Bachillerato, será necesaria la evaluación positiva en todas las materias (art. 37 LOE o 27.3 LOMCE). Apréciense la diferencia de matiz. Primera interpretación; si a un alumno se le disminuyen, suprimen, priorizan o adecúan los contenidos curriculares de referencia para la etapa, no podrá superar la materia o área. Consecuentemente, toda materia con adaptación que conlleve las modificaciones descritas tiene la condena del suspenso. Por tanto, si al concluir la etapa, son más de dos las materias no superadas en el sentido expuesto, pues el alumno no titula. La actual realidad educativa, sus necesidades y problemas, ha impuesto, por la fuerza de los hechos y de la configuración de nuestra sociedad, (sistema de valores, estructuración familiar, avances

la información, reconocimiento y aplicación de derechos... Así pues, de conformidad con lo dispuesto en el art. 96.1 de la Constitución Española, y en el art. 1.5 del Código civil, la Convención pasa a formar parte de nuestro Derecho positivo, debiendo contar con ella incluso en la interpretación de las normas internas.

Esto ha permitido aplicar los preceptos de nuestro vigente Código civil hasta que llegue su reforma bajo la interpretación de la Convención, y cuyo cambio jurisprudencial comenzó a evidenciarse en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2009¹⁵⁷ y las posteriores de junio, julio y octubre de 2014¹⁵⁸.

El propósito de la citada Convención no es otro que “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto a su dignidad inherente” (art. 1).

Esta normativa visualiza la disyuntiva acerca de los derechos de las personas con discapacidad a la categoría de derechos humanos¹⁵⁹ y, sirve de cimiento para la elaboración de un entramado jurídico proporcional y eficaz que haga valer los derechos de estas personas, bajo el manto de nuestra Constitución, cuyo artículo 9 establece que los poderes públicos deberán promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Continuando el artículo 49, diciendo que dentro de los principios rectores de la política social y económica se insta a los poderes públicos a realizar una “política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la

del conocimiento y la tecnología, contexto económico y laboral, ...), una reformulación sobre el cómo educar e instruir, y, de manera más urgente, cómo atender a la diversidad en las aulas y cómo dar respuesta a las necesidades educativas específicas y variadas que se dan en ellas, teniendo presente dos principios ya irrenunciables e irreversibles: el bien común superior que supone la obligatoriedad de la escolarización básica, y el logro del mayor desarrollo integral posible de las potencialidades y capacidades de los alumnos.

¹⁵⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 282/2009, de 29 de abril (RJ 2009\2901).

¹⁵⁸ SSTs (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 337/2014, de 30 de junio (RJ 2014\4930), 341/2014, de 1 de julio (2014/4518) y 544/2014, de 20 de octubre (RJ 2014\5610).

¹⁵⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C., "Incapacitación y derechos fundamentales. La Convención de Nueva York de 2006, la Ley 1/2009 y la STS 282/2009, de 29 de abril", en AAVV, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Hasta el momento, en nuestro ordenamiento jurídico el punto culminante de introducción e interiorización de la Convención tiene lugar con la promulgación de la denominada Ley de Jurisdicción Voluntaria¹⁶⁰, que no supone un cambio muy importante en la concepción de la materia, pues enfoca a la persona desde una óptica individualizada y concreta, dejando atrás la regulación abstracta y poco flexible, pero que supone un avance, pues con ella se derogaba la denominada “incapacitación”, dando paso al procedimiento de modificación de la capacidad de la persona, entre otras novedades jurídicas.

4.1 La autodeterminación en régimen de igualdad y no discriminación.

Bajo la premisa de la autodeterminación de la persona y el enfoque en el derecho que ostentan al libre desarrollo de la personalidad, del texto de la Convención se trasluce el espíritu de la autonomía del individuo impregnando su articulado -a pesar, de hacer referencia literal a ella en tan sólo cuatro ocasiones-, siendo consecuente con los célebres principios de igualdad y de no discriminación en razón de ninguna característica del ser humano.

La autonomía como principio esencial que rige las relaciones personas y profesionales humanas, es el sustento de derechos y libertades fundamentales. Por ello, no se puede entender la libertad sin autonomía, la dignidad sin autonomía, el libre desarrollo de la personalidad sin autonomía o el derecho a la libertad de expresión sin la misma, siendo los escritos meros ejemplos de la interdependencia con el principio al que aludimos. Al final, autonomía significa identidad y diversidad, cada persona es única por la forma en la que habita en el mundo (por cómo se relaciona con los demás y con el medio, las decisiones que toma, los intereses que tiene, el lugar dónde vive, cómo vive...), eso es lo que nos hace especiales, y no la discapacidad que podamos tener.

¹⁶⁰ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE, de 3 de julio de 2015 núm. 158, pág. 54068.

Con objeto de acabar con estas situaciones claramente injustas y degradantes para las personas, en concreto para las que tengan discapacidad, nace la Convención, pionera en elevar el reconocimiento de los derechos y libertades de las personas con discapacidad a la categoría de derechos humanos, con el entramado de protección y garantías que ello supone, llevando como hilo conductor en su discurso el principio de autonomía de la voluntad del sujeto.

De forma literal, la encontramos por primera vez en el texto, como promulgación de su reconocimiento en el apartado n) del Preámbulo, cuando expone: “n) Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”.

Con esta afirmación la Comisión de elaboración de la Convención no se refiere solamente al concepto personal práctico de autonomía, es decir, al derecho del sujeto a “valerse por sí mismo” en los órdenes cotidianos de la vida: comer, asearse..., sino que abarca la extensión de su significado, comprendiendo todas las decisiones que toma la persona, aquellas que suponen una elección, desdeñando otras opciones, la toma de decisiones, y demás.

Lo que manifiesta el texto es el derecho de la persona a regir su persona y bienes en la medida de lo posible, a vivir de forma independiente, a tomar las decisiones que afecten a sus intereses o deseos, desde manifestar su predilección por desayunar café o cola cao hasta casarse o participar en un tratamiento experimental.

En idéntico sentido, se pronuncia el artículo tercero que recoge los principios generales de la Convención. En concreto, su apartado a), manifiesta: “Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”. Como podemos apreciar, la propia norma incluye en el principio de autonomía la libertad de la persona para tomar sus propias decisiones, entendiendo éstas en toda su amplitud, sin ceñirse a un ámbito concreto.

Otros de los aspectos a resaltar en la enunciación de principios es la estrecha relación existente entre la dignidad humana y la propia autonomía individual, como ha puesto de manifiesto tanto la doctrina jurídica como filosófica.

Esta pareja de palabras cuya relación nos recuerda, salvando las distancias y el romanticismo, a la de los *agapornis*¹⁶¹, afianza la idea de que el hombre como ser humano es un fin en sí mismo meritorio de respeto y dotado de libertad, sin más limitaciones que las establecidas por la ley como garantes del orden público. Entendiendo la dignidad como bien jurídico como un concepto ético¹⁶², entendible en el seno de los derechos fundamentales que es donde se enclava.

Como decíamos al principio el principio de autonomía es el pilar donde se asientan los derechos de autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad e incluso el que algunos autores citan como el derecho a ser feliz, potestades que comprenden la ardua labor de afianzar el ser de la persona o lo que es lo mismo, de la persona como quiere ser.

Quizás, sin ánimo de jerarquizar los derechos fundamentales de las personas, éstos constituyan la verdadera esencia de cada sujeto, lo que les permite ser únicos y a la vez diversos, ya que todos ellos abarcan el poder de decisión y elección del ser humano, escoger entre las opciones a su alcance y decidir sobre sus intereses, sus deseos o sus sueños.

Cierto es también que la Convención no introduce el principio de autonomía en relación a las personas con discapacidad, pues el mismo se ha venido aplicando por la jurisprudencia internacional -quizás, no con la fuerza y cantidad que debería debido a la situación en la que se encontraba el colectivo señalado-, fundamentándose en los textos internacionales distintos a la Convención que implícita o explícitamente eran orientados

¹⁶¹ Por aquello de que una vez que encuentran una pareja, estas aves tropicales le son fieles durante toda su vida, llegando a enfermar de pena si pierden a su compañero de vida. Véase más sobre ello en Blog Kiwoko de 14 de febrero de 2019:

<https://www.kiwoko.com/blogmundoanimal/es-mejor-vivir-en-pareja-feliz-san-valentin/>

¹⁶² Incluso el Preámbulo de la Convención, en su apartado h) señala conjuntamente la dignidad y el valor inherentes a la persona, ambos conceptos abstractos con funciones ético-jurídicos: “h) Reconociendo también que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano”

por el principio de autonomía reconocido a todas las personas, entre las que se encuentran aunque no se especifique, aquellas con discapacidad

4.2 La dignidad de la persona

Como expone SCATOLINI¹⁶³, “la dignidad humana se refiere al valor interno que es insustituible y que le corresponde al hombre en razón de su ser, no por sus merecimientos ni por otros fines distintos de sí mismo”. Mientras la autonomía radica en la autorregulación del individuo, en los derechos que le permiten pensar por sí mismo y gestionar los distintos ámbitos de su vida de forma libre e independiente, sin más límites que los establecidos por los distintos ordenamientos jurídicos competentes.

Así, hay quienes no entienden la existencia de la dignidad sin la autonomía ni la autonomía sin dignidad, y dejándonos llevar únicamente por el significado coloquial de ambos conceptos, parece difícil contemplar su separación. Pero, como apuntan algunos autores -en su mayoría estudiosos de la Filosofía del Derecho, porque a pesar de ser conceptos jurídicos aplicables a todas las ramas del ordenamiento, su conceptualización al ser abstracta y poder sufrir de ambigüedad parece ser el área más propicia para su concreción-, parece que la dependencia que experimenta la dignidad como derecho fundamental se acentúa cuando se diluye la autonomía de la persona.

De hecho, BIERI¹⁶⁴ mantiene que “las situaciones de falta de autonomía, de dependencia y de impotencia son situaciones en las que tenemos el sentimiento de que nuestra dignidad se pierde. En tal caso lo hacemos todo para superar la dependencia y la impotencia y recobrar la autonomía perdida. Pues estamos seguros de que en ella está fundada la dignidad”. En el mismo sentido, SCATOLINI afirma que “la persona no sólo es libre sino que para serlo debe ser autónoma y este es el rasgo que le confiere dignidad”¹⁶⁵.

Si la dignidad es un derecho del que gozamos todos por el mero hecho de ser personas, igualmente siendo conscientes que la autonomía de la voluntad es un principio rector que ordena el sistema jurídico, la simple lógica nos lleva a la conclusión de que ninguna

¹⁶³ SCATOLINI, J.C., Dignidad y autonomía de la persona. Concepto y fundamento de los derechos humanos, en *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, N° 2 (2018), págs. 145-172.

¹⁶⁴ BIERI, P., *La dignidad humana. Una manera de vivir*, Herder, 2017.

¹⁶⁵ Íbidem SCATOLINI, J.C., “Dignidad y autonomía de la persona...”.

persona puede ser privada de ninguno de ellos, pues de lo contrario se incurriría en una vulneración de los derechos fundamentales y, decimos más, elevados a la categoría de humanos, por tanto, amparados por los instrumentos internacionales.

Así pues, son titulares de esa dignidad humana todos los seres humanos, desde un bebé, anciano, hombre, mujer, africano, chino, español o cualquiera que tenga alguna discapacidad. Todos son igualmente dignos y poseen autonomía. La primera afirmación parece que la tenemos clara y plenamente asumida, de forma que cualquier atentando contra la dignidad del ser humano es reprobado y censurado -siempre desde un punto de vista mayoritario, siendo conscientes que siempre habrá excepciones a esta afirmación pero la obviamos puesto que sino nos adentraríamos en el campo de la amoralidad e incluso del Derecho Penal-, además de la vigencia de la legislación protectora y garantista, la sociedad va dejando atrás ese modelo médico que entiende a las personas con discapacidad como enfermos a los que hay que curar y cuya inclusión es inviable.

La disyuntiva estriba en la dificultad que ha supuesto y aún supone la incorporación del principio de autonomía de la voluntad en las personas con discapacidad. Como decimos, no es una dotación *ex novo* que concede los órganos legislativos como premio u homenaje a tantos años de represión, sino que siempre ha estado en la norma, pero se ha obviado. Este parece ser el gran cometido de la Convención, como cúspide jerárquica en el ámbito de la discapacidad, promulgar la autonomía de las personas con discapacidad, la cual debe ser garantizada por los Estados miembros utilizando las salvaguardas que consideren necesarias, así como divulgada y protegida a través de la cooperación internacional.

Si a la persona se le niega la autonomía -se le calla y se decide por ella pero sin ella-, se atenta contra su idiosincrasia y puede provocar un fuerte déficit en el desarrollo de su personalidad, aunque las decisiones que le competan sean tomadas por un tercero afín a la persona con buena fe y en su interés. Ello no es óbice para que en casos puntuales, en los que la persona no puede ejercitar sus derechos y libertades debido a que no se encuentre en una situación favorable para ello, otro deba asumir su función, pero en todo caso sería la excepción no la regla general, y en el momento que la persona pudiera autorregularse con o sin ayuda, se debería respetar su voluntad.

4.3 El apoyo no es sinónimo de sustitución de la voluntad

La Convención es clara, apoyos sí, sustitución no. Pues mientras la primera respeta la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, la segunda, los invisibiliza sin respetar voluntad y sin reconocer su capacidad.

En este sentido, cuando nos referimos a personas que son tuteladas por terceros, en su mayoría familiares, sustituyendo su voluntad, siguiendo a BIERI, podemos decir que está en riesgo la dignidad del sujeto, ya que ha sido privado de su autonomía y su potestad para decidir libremente (salvo en los casos excepcionales a los que hemos hecho referencia anteriormente). El autor ejemplifica de manera clara este supuesto al abordar en su obra¹⁶⁶ la figura del “ser tutelado”, aquel que a pesar de su mayoría de edad es privado de autonomía y soberanía sobre su propia vida, de forma que el tutor decide en su nombre, suponiendo en todo caso que la persona no tiene sus facultades volitivas e intelectivas ausentes, de forma que pudiendo decidir por sí mismo contado con ayuda, una “mano amiga”, se cree conveniente su exclusión en la resolución y se procede a su omisión.

De forma, más literaria y enfática expone: “Cuando tenemos el derecho a ser tratados como personas autónomas, decimos: somos *mayores de edad*. Cuando se nos discute este derecho llevándonos con andadores y decidiendo cosas por nosotros, nos sentimos *incapacitados* y *tutelados*. Lo que experimentamos en este caso es que se nos priva de la *autoridad* sobre nuestras vidas: del poder de decidir libremente y de actuar autónomamente. Ahora son otros quienes deciden lo que podemos querer y hacer. Ello puede significar humillación y poner en peligro nuestra dignidad”. Como es obvio, no toda tutela afecta a nuestra dignidad, pues como explicábamos en líneas anteriores, hay supuestos en los que no solamente es necesaria sino obligatoria la intervención de un tercero que gestione nuestros intereses, ya que en esos momentos la persona no puede hacerlo.

También es el caso de los niños, sobre todo, de los menores de edad, que carecen del conocimiento y entendimiento necesarios para asumir ciertas decisiones sustanciales que

¹⁶⁶ BIERI, P., *La dignidad humana. Una manera de vivir*, Herder, 2017.

afectan a su vida, pues en como dice BIERI “carecen de una voluntad configurada y consolidada”.

En estos casos, la intromisión en la vida de la persona, en sus libertades y derechos, está justificada, siempre que se preste especial atención al bienestar del menor y rija cualquier decisión el mayor interés del mismo.

Otras veces, sin embargo, encontramos ante supuestos en lo que sí hay una voluntad formada, pero la desconocemos y no tenemos la posibilidad de desentrañarla¹⁶⁷. En estos casos, igualmente el tercero debe actuar para evitar un mal mayor. Ante estas *cuítas* se enfrentan los médicos que deben tomar las decisiones pertinentes en representación de sus pacientes, ya que carecen de testigos personales o documentales que le trasladen la voluntad del enfermo.

Como afirma BIERI, si el médico realiza correctamente su labor, respetando la convicción del paciente si fuera posible su conocimiento y actuando en consecuencia en caso de urgencia y desconocimiento, no se pone en peligro la dignidad del paciente, teniendo en cuenta que “lo decisivo aquí es que se ponga en su lugar y se pregunte cuál sería la voluntad del paciente”¹⁶⁸.

Como podemos apreciar el autor nos traslada al supuesto concreto en el que la persona tiene que decidir y, en caso, de hacerlo un tercero por ella, desoyendo sus mandatos o

¹⁶⁷ Nos referimos a aquellos supuestos en los que la persona desde su nacimiento no haya podido expresar sus deseos, gustos o voluntad de ninguna forma debido a determinadas enfermedades o dolencias o, aquellos otros en los que la persona tras un accidente o enfermedad se encuentra en la misma situación pero no cuenta con ninguna persona que conozca su voluntad y, por tanto, pueda tomar decisiones conforme a la voluntad del enfermo. Imaginemos el supuesto de aquél que por su religión no puede aceptar la donación de sangre, pero sufre un accidente estando solo y sin identificación alguna en el extranjero que lo deja en estado comatoso, los médicos ante la necesidad de salvar su vida y el desconocimiento de sus creencias, le harán esa transfusión de sangre.

¹⁶⁸ Este es un tema realmente complejo porque se ven afectados dos bienes jurídicos fundamentales: la libertad de la persona y su salud, además del código deontológico del profesional. En los casos donde el doctor no conoce al paciente y, por ende, su voluntad, intereses o pretensiones, siendo casos de urgencia es prácticamente inabordable realizar una mínima investigación para indagar sobre la decisión que tomaría el paciente gozando de voluntad, ya que la urgencia se impone e imposibilita siquiera la intervención del órgano judicial competente. Así pues, continuando con el supuesto anterior de la persona que se niega a la donación de sangre pero que sufre un accidente que le impide expresar su voluntad, si el doctor desconoce la misma y le es imposible en modo alguno y urgente averiguarla, el especialista deberá hacer la transfusión para salvar su vida. Sin embargo, ¿qué ocurre cuándo esa misma persona lleva puesta una medalla que refleja su condición religiosa y por ende las repercusiones que su creencia conlleva?

ignorando su voluntad, vemos las consecuencias que podría acarrear esa omisión. En este último escenario, cuando se omite el diagnóstico al paciente para que pueda vivir como hasta ahora sin preocuparse de su enfermedad, el autor nos muestra cómo esa omisión daña la dignidad del sujeto privándole de su derecho a estar informado, pero, sobre todo, de su derecho a decidir cómo vivir su vida el tiempo que le reste. Quizás le gustaría visitar por última vez su ciudad favorita, o ir a visitar a aquellos primos lejanos que guarda en algún rincón de su corazón o simplemente hacer un nuevo testamento, volver a casarse o donar sus últimos ahorros a una protectora de animales. Le están negando el derecho a despedirse cómo a él quisiera, incluso aunque su despedida consistiera en la depresión y el encierro. Pero se trata de su decisión y no de la de otro. Con sutil ironía refuerza este argumento en el siguiente párrafo al referirse a las “cosas importantes” que el individuo ha realizado gracias al desconocimiento de su enfermedad y que no hubiera podido llevar a cabo si hubiere estado informado sobre su salud, como sentarse en el Transiberiano.

Al final la idea que subyace de esta vertiente un poco filosófica, un tanto moral, pero siempre jurídica, es el deber -como personas expuestas a la vulnerabilidad, situación en la que nos encontramos todos, ajenos al destino que le aguarda- de ponernos en el lugar del otro para ayudarle o apoyarle en lo que precise y, en el caso, de que no pueda expresar su voluntad, asumir su actuación pero cambiando el planteamiento de partida: no actuemos como nosotros lo haríamos en su lugar sino como él lo haría si pudiera manifestar su voluntad. Este credo parece ser incompatible con la institución histórica de tutela, al menos como la misma se ha entendido o utilizado hasta la fecha.

CAPÍTULO V.

EL APOYO DISPUESTO JUDICIALMENTE BAJO LA CONVENCION

I. EL SISTEMA DE APOYOS TRAS LA CONVENCION.

Una vez interpretado el concepto de capacidad jurídica conforme a la Convención, tras la contundente manifestación del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, queda clara la consideración del concepto como capacidad de ostentación o titularidad derechos y capacidad de ejercicio o de actuación, siendo inherente a la persona como ser humano y, universal, lo cual impide su graduación, modulación, restricción o privación. Ello no obsta al entendimiento de que la persona precise, en determinadas ocasiones -incluso en todas, dependiendo de su concreta situación-, la asistencia de un tercero en el ejercicio de esa capacidad jurídica, pero en ningún caso, esta asistencia influye en el pleno reconocimiento de su capacidad.

Esa asistencia, colaboración, puntal, aliento, sostén, pilar... es lo que la Convención denomina apoyo a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y constituye una pieza fundamental en el entramado que dilucida el instrumento, puesto que su necesidad es innegable, como vamos a detallar a continuación.

El ejercicio de derechos no está exento de dificultades, obstáculos o barreras, ya sean arquitectónicas, sociales, morales o jurídicas; no lo estaba antes de la Convención y no se ha logrado que lo esté totalmente en la actualidad, aunque se hayan hecho grandes progresos. En determinadas ocasiones, esas complejidades que presentan los ámbitos de la vida son insalvables para la persona por sí misma debido la situación en la que se encuentra -intervienen muchos factores: sociales, educacionales, fisiológicos...-, siendo de capital importancia la intervención de un tercero que la asista. En este punto es cuando

se acciona¹⁶⁹ el mecanismo del apoyo, esto es, cuando surge la necesidad en consonancia con las manifestaciones de la persona con discapacidad.

El apoyo no es una figura extraña en la vida civil ni siquiera en el ordenamiento jurídico, sí lo es, la naturaleza que adquiere en la Convención tras la apertura de un nuevo paradigma, respetuoso con los derechos de la persona con discapacidad. Realmente apoyo necesita cualquier persona, al menos alguna vez, puesto que determinados actos, negocios o actividades, escapan a nuestro entendimiento, bien por desconocimiento -porque es la primera vez que lo vamos a llevar a cabo-, bien por la complejidad del asunto. Pensemos en aquella persona que sufre un daño a consecuencia de la negligencia de otra, quizás sepa que puede tener derecho a una indemnización, pero desconozca cómo proceder para reclamarla; o aquella otra que se queda sin batería en una ciudad desconocida, a mayor inri en un país donde predomina una lengua distinta a la suya, y no sabe cómo orientarse para volver a casa. La variabilidad en relación al apoyo es amplísima, tanto como las situaciones que se producen en la vida de cada persona, teniendo en cuenta que, debido a la diferenciación humana, la misma tesitura puede afectar de forma dispar a los individuos -algunos precisarán de tres indicaciones, otros de una y otros de siete-.

La Convención utiliza el término “apoyo” hasta en diecinueve ocasiones, referenciando lo que podemos entender como distintos tipos de apoyo, aunque todos tengan como nota característica facilitar el ejercicio de la capacidad jurídica por la persona con discapacidad. Así la norma internacional pone de relieve varias cuestiones:

- Graduación del apoyo. Como establece en el apartado j) de su Preámbulo, los Estados partes deben promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, “incluyendo aquellas que necesiten un apoyo más intenso”. Por ende, el apoyo es graduable en función de la necesidad de la persona, habrá quienes necesiten un apoyo más amplio o fuerte y, otras, más leve. Como decimos, la extensión y rigurosidad del apoyo vendrá marcado por la situación de la persona.

¹⁶⁹ Entiéndase la metáfora, la intervención del apoyo no se produce de manera automática, sino que requiere cierta tramitación, puesto que depende de al menos dos voluntades: la de la persona que precisa el apoyo y aquella que consiente a prestarlo y/o la resolución judicial, como veremos a lo largo de estas líneas.

- Material o personal. La tipología dentro del concepto de apoyo es heterogénea, prodigándose desde medios tecnológicos o informáticos¹⁷⁰ hasta asistenciales humanos¹⁷¹.
- Formación e información¹⁷². Es muy importante que la persona con discapacidad conozca la existencia de mecanismos, dispositivos o cualquier tipo de apoyo al que pueda acceder que le facilite el ejercicio de su capacidad jurídica, así como que tenga acceso a la educación para facilitar su formación efectiva¹⁷³. Aunque la Convención hace referencia al deber de información con carácter general, incide de forma especial en aquellos colectivos más vulnerables dentro de la discapacidad, como son los niños. De este modo, compele a los Estados a asegurar que los niños con discapacidad ostenten los mismos derechos con respecto a la vida familiar, evitando la segregación, ocultación, abandono o negligencia y dispensando el apoyo adecuado y anticipado para evitar situaciones desagradables para los menores¹⁷⁴.

¹⁷⁰ La Convención alude en su artículo 4, apartado g), de “dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible”. Como vemos, si bien promueve la disposición de tales medios para que las personas pueden ejercitar sus derechos en régimen de igualdad con las demás personas, no impone la gratuidad, a pesar de que sea lo más idóneo, entiende que no es plausible en cualquier caso y en todo tipo. Sobre este punto también incide el artículo 20 titulado “Movilidad personal” que hace referencia tanto al apoyo tecnológico como al humano o animal, así como a la asequibilidad del soporte, el artículo 29 relativo al derecho de participación en la vida política y pública, en su letra a) ii).

¹⁷¹ Véase, el artículo 9 de la Convención relativo a la accesibilidad, donde cita distintas formas de asistencia, desde señalización en sistema braille, la intermediación humana, el soporte animal, el acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, incluido Internet; el artículo 19 referente al derecho a vivir independiente y a ser incluido en la comunidad, donde se aborda el acceso a servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluyendo la asistencia persona, pertinentes para facilitar la inserción de la persona en la comunidad, evitando la marginación o el aislamiento, común en el sistema tradicional; artículo 26 sobre la habilitación y rehabilitación de la persona con discapacidad, incidiendo en el apoyo que puedan prestar las personas que han atravesado similares circunstancias que la persona que lo precisa, así como el derivado del uso de tecnologías destinados a la habilitación y rehabilitación (apartados primero y tercero).

¹⁷² Así, el apartado h) del artículo 4, acoge el compromiso de los Estados parte de “proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnológicos de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo”.

¹⁷³ Como sabemos, la educación es una herramienta valiosísima que permite a la persona desarrollar su personalidad de ahí que la Convención le dedique su artículo 24. Para lograr alcanzar este entorno educativo, se precisan medidas de apoyo personalizadas y efectivas, que fomenten el desarrollo de la persona al fin de alcanzar la plena inclusión (apartado segundo, letra e)).

¹⁷⁴ Artículo 23, apartado tercero.

- Compromiso de los Estados parte de adoptar las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad tengan acceso al apoyo que necesiten en el ejercicio de su capacidad jurídica, estableciendo las salvaguardias “adecuadas y efectivas” para evitar abusos de acuerdo con el derecho internacional en materia de derechos humanos¹⁷⁵. Este extremo es esencial porque compele a los Estados a adoptar las decisiones o disposiciones pertinentes para garantizar el acceso al apoyo, sin especificar tipología, haciendo una contemplación general, dejando la lista abierta en función de la necesidad de la persona con discapacidad y velando, a su vez, por un ejercicio respetuoso con la persona, exento de aprovechamientos o atentados contra las manifestaciones de la persona con discapacidad.
- Individualización o personificación del apoyo, teniendo en cuentas las vicisitudes de la persona, como son la edad y el género de la persona y de sus familiares y cuidadores, tendente a evitar cualquier explotación o abuso¹⁷⁶.

Como hemos podido comprobar, el apoyo es un pilar fundamental en el seno de la Convención, por su estrecha relación con el ejercicio de la capacidad jurídica, la cual incide en el reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos por las personas con discapacidad. Pero, dicho lo cual, es prudente preguntarnos que supone este nuevo planteamiento de la discapacidad, tomando el apoyo como referente. Esto es lo que vamos a intentar definir en estas líneas.

Si bien, la Convención supone mucho más que una articulación exhaustiva de reconocimiento y compromiso de efectividad de los derechos de las personas con discapacidad, conlleva el cambio de prisma en la concepción de la misma. La persona pasa a ser el epicentro de su vida, en la toma de sus decisiones, mientras el sistema tradicional predica un sistema de “sustitución” de la autonomía de la persona con discapacidad -vigente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales-, la Convención instaura un modelo de “apoyo” en el ejercicio de dicha autonomía o, como ha trascendido entre la doctrina, se pasa de un “modelo de sustitución en la toma de

¹⁷⁵ Artículo 12, apartados tercero y cuarto de la Convención.

¹⁷⁶ Artículos 16, apartado segundo y 24, apartado segundo, letra e).

decisiones” a otro conocido como “modelo de asistencia en la toma de decisiones”.¹⁷⁷ Se produce la sustitución de un modelo por otro, el de sustitución propio de un modelo rehabilitador en la concepción de la discapacidad que la Convención pretende superar, mientras que el segundo es propio del modelo social. Como veremos, la convivencia permanente de ambos modelos en el ordenamiento jurídico es más que cuestionable, debido a las diferencias y connotaciones que subyacen a cada uno de ellos y, en beneficio del desarrollo y el progreso, tampoco sería conveniente la pervivencia de un modelo limitador de derechos de un sector de la población¹⁷⁸.

Y es que, como ocurre en el sistema de sustitución, el apoyo puede consistir en la intervención de un tercero pero su cometido es esencialmente distinto al modelo tradicional, puesto que en este caso no se trata de sustituir la voluntad de la persona con discapacidad ni de decidir por ella en base a un estándar de protección y de decisiones consideradas beneficiosas, sino que se trata de asistir, apoyar, incluso ayudar a la persona a decidir por sí misma, fomentado su autonomía y el ejercicio de su capacidad jurídica. No estamos frente a medidas limitadoras de derechos sino potenciadores de las “posibilidades de ejercicio de los derechos”¹⁷⁹.

Las características que definen a ambos modelos, siguiendo el estudio llevado a cabo por PALACIOS¹⁸⁰ de análisis de los trabajos preparatorios de la Convención así como del propio instrumento, fueron puestas de manifiesto por las organizaciones no gubernamentales defensoras de los derechos de las personas con discapacidad en el

¹⁷⁷ Quede mencionada la doctrina a través de PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, junio 2008, págs. 286 y 420; como uno de los principales exponentes en el estudio de la materia.

¹⁷⁸ CUENCA GÓMEZ, P., “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, en *Derechos y Libertades*, N° 24 (enero 2011), habla de un “reemplazo total” del modelo de sustitución por el modelo de apoyos, pág. 243. Por su parte, BARRIFFI pág. 382 albergaba sus dudas respecto a dicho extremo, puesto que, a su juicio, el artículo 12 no evidenciaba una postura clara, aunque los pronunciamientos posteriores a la CDPD apuntaban de forma rotunda a la sustitución de un sistema por otro. Como ya señalé en su día, el reemplazo no podía ser automático, sino que durante un período -quizás más prolongado de lo que debiera- debieron convivir ambos modelos, el de apoyo como principio general y el de sustitución relegado a la excepcionalidad.

¹⁷⁹ “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”, en *Redur IO* (diciembre 2012).

¹⁸⁰ PALACIOS, A., *El modelo social... op. cit.*, págs. 429 y ss.

trascuro de negociaciones de la CDPD, dado que algunas delegaciones pretendían compatibilizar el reconocimiento universal de la capacidad jurídica con la perdurabilidad del sistema de sustitución dedicado exclusivamente a casos excepcionales. En este extremo, se destacó que bajo el modelo de asistencia la persona puede aceptar “ayuda en la toma de decisiones, pero sin renunciar al derecho a tomar las propias decisiones”, de forma que la libertad y autonomía de la persona no se resiente. Es como si pensáremos en aquel chico que le cuesta especialmente comprender las asignaturas de matemáticas y física pero, sin embargo, se le dan realmente bien, lengua, literatura e historia, él va a tener que aprobar todas para acceder a la universidad pero, ¿por qué tiene que asistir a clases de apoyo de todas las asignaturas cuando lo precisa solo respecto a dos? Es más, si prefiere asumir el esfuerzo e intentar aprender por sí mismo, ¿por qué se le deberían imponer las clases?

Como defendieron las asociaciones intervinientes en los trabajos preparatorios hay varios aspectos que juegan en contra del modelo de sustitución como es el desequilibrio entre protección y abuso, dado que bajo el paraguas de la primera, en la práctica se asentado el segundo, dado que un sistema en el que un tercero pueda tomar las decisiones que corresponde a la persona en su nombre y sin su voluntad, faculta las intervenciones desproporcionadas, basadas en subjetividades o intereses lejanos al principio de protección. Con todo, no es nuestra intención ni creemos sea la de la doctrina referida afirmar que todas las personas sometidas a tutela hayan sufrido aprovechamiento injusto o abuso de cualquier otro tipo, pero tampoco es, como se expone en los actos preparatorios de la Convención, imperiosamente descartable que hayan abundado tales actos, por ello, no puede utilizarse como la mejor baza para esgrimir su vigencia en el ordenamiento¹⁸¹.

De modo que, bajo el espíritu de la Convención en consonancia con el modelo social de discapacidad no cabe un sistema que cercene la autonomía de la persona, limitando el libre desarrollo de su personalidad, con base en el acogimiento de una minoría para la cual sería cuestionablemente necesario tal sistema que, por otro lado, pero bajo el modelo

¹⁸¹ Como recuerda PALACIOS en cita a la Intervención del International Disability Caucus sobre “Substituted Decision Making will apply to all persons with psychosocial disability”, la exclusión de la persona en la toma de decisiones en pos del ejercicio de su capacidad mediante su representante que actué en su nombre sin necesidad ni siquiera consultarle, supondría la “muerte civil de las personas sujetas a tutela”.

del apoyo, no quedaría en ningún caso en desamparo y gozaría de la asistencia que precisara, aunque esta suponga en la práctica, de forma residual, el apoyo en su nivel más intenso, alcanzo la representación de la persona en la toma de decisiones debido a la situación en la que se encontrare, que le impidiera ejercitar su capacidad jurídica por sí misma o con un apoyo menos intenso, siempre respetando su voluntad, deseos, preferencias o, en su caso, su trayectoria vital. Si fuere imposible, de modo alguno, recabar tal información, entonces se debería atender al principio de protección.

De forma muy expresiva, en relación a las intervenciones de las asociaciones durante el proceso de tramitación de la Convención, PALACIOS alude a un concepto fundamental para entender este cambio del modelo de sustitución al modelo de apoyo, al afirmar que “la asistencia en la toma de decisiones no cuestiona la sabiduría de las elecciones de la persona, sino que permite a todos y a todas afrontar la dignidad del riesgo”¹⁸². La dignidad del riesgo como el derecho a equivocarse, a tomar las decisiones que la persona quiere, interesa o convenga, fruto de esa “libertad que es inherente a todas las personas para caer en los mismo o nuevos errores y aprender o no aprender de ellos”, entendiendo que “esa libertad implica la posibilidad de aprender de los errores”. El reconocimiento de la capacidad jurídica universal está relacionado con la libertad de decidir, por tanto, el modelo de apoyo debe acompañar sus dictados¹⁸³.

En este sentido, QUINN¹⁸⁴ realiza un interesante ensayo sobre el contenido de la capacidad legal que recoge la Convención, explicando de un forma clara y elocuente el cambio de paradigma y las repercusiones que tiene en la persona con discapacidad, además de proceder mediante una técnica comparativa a la exposición de la situación de la persona con discapacidad en relación con el resto, evidenciando que el reconocimiento de capacidad jurídica no es una cuestión marciana sino la virtualización del principio de igualdad. Con base en dicha premisa, el autor señala algunos conceptos que han planteado serios cuestionamientos tanto en los actos preparatorios como tras la promulgación del instrumento internacional, tales como la vulnerabilidad, la protección, la equivocación en

¹⁸² PALACIOS, A., *El modelo social... op. cit.*, págs. 429 y ss.

¹⁸³ También en este sentido, DE ASÍS ROIG, R., “La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad”, en CAYO PÉREZ BUENO, L., *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 316 y 317.

¹⁸⁴ QUINN, G., “An ideas paper”, en *European Foundation Centre*, Brussels, 2009.

relación con la toma de decisiones y la propia libertad del sujeto para tomarlas. En esta senda, el autor, remite a la función principal del derecho como aquella tendente a permitir y posibilitar esas elecciones de vida que componen nuestro propio universo legal. Estas decisiones, emanadas de nuestra autonomía, pueden ser íntimas, relativas a la forma en que vivimos pero también como resistencia a la forma en la que otros quieren que vivamos, así la autonomía puede usarse para expandir nuestra zona de libertad como para defendernos de las decisiones que otros pretenden tomar por nosotros, creyendo estar en posesión de una única verdad o razón. Sin embargo, ello no supone alabar la desprotección, el Estado en su labor protectora de la entendida como vulnerabilidad de las personas con discapacidad, ha dado acceso a comportamientos excesivamente paternalistas que en pos de ese estándar de protección, se privó a personas de su capacidad, sin que dichas actuaciones estuvieran firmemente justificadas.

Por ende, se le privaba a la persona con discapacidad de tomar ciertas decisiones por miedo a que errara, a que perjudicara a la sociedad y a sí misma¹⁸⁵. Pero lo que nos recuerda el autor es que todos tenemos derechos a cometer nuestros propios errores, a caer y a volver a levantarnos, a aprender de lo errado y a volver a errar, como él mismo señala, la vida es un experimento donde no siempre aprendemos y ello supone asumir las consecuencias. Siendo así de forma general, para la persona sin discapacidad, ¿por qué no puede predicarse de igual forma para la persona con discapacidad intelectual? QUINN¹⁸⁶ se contesta poniendo de relieve la “capacidad reducida para procesar información y tomar decisiones con conocimiento de causa” que ostentan las personas con discapacidad intelectual. Ahora bien, como él mismo rebate, algunas personas a las que se les supone plena capacidad, tampoco utilizan esa capacidad para racionalizar la información y hacer elecciones de forma fría y analítica. Entonces se cuestiona, si la vida no es así para la gran mayoría, ¿por qué debe ser así para la minoría?¹⁸⁷

¹⁸⁵ Decía Goethe que “nadie quiere conceder a los demás el derecho de equivocarse”. Mientras que el escritor Humberto Maturana elevaba a la categoría de humanos, lo que consideraba como dos derechos fundamentales: el “derecho a equivocarse” y el “derecho a cambiar de opinión”. A estos se les sumó uno más, incorporado por sus discípulos, el “derecho a irse sin que nadie se ofenda”. <https://www.lavoz.com.ar/opinion/equivocarse-cambiar-de-opinion-e-irse-sin-que-se-ofendan>

¹⁸⁶ QUINN “An ideas paper...”, *op. cit.*

¹⁸⁷ Como señala el autor, se produce una fuerte contradicción en torno a la tolerancia a las elecciones asumidas por las personas sin discapacidad, mientras que se eleva excesivamente el listón para las personas con discapacidad, se sube tanto que a la mayoría de personas sin discapacidad les sería seriamente dificultoso saltarlo. Respecto a ello, hemos visto algunos ejemplos, como aquellas voces que esgrimían la necesidad de que las personas con discapacidad conocieran el proceso electoral, así como el contenido de

La privación o reclusión en la toma de decisiones, advierte el QUINN, también repercute en su crecimiento, puesto que obstaculiza el libre desarrollo de su personalidad al carecer de las habilidades necesarias para decidir, es un argumento circular, siendo la respuesta más certera a esta situación la dotación, enseñanza o formación de los medios necesarios que faciliten la adquisición de habilidades tomar las decisiones que les interesen o deseen. Esta asistencia la constituye el apoyo, el cual no circunscribe el crecimiento de la persona sino que la ayuda en el desarrollo de su personalidad. Es, salvando las distancias, como cuando un niño pequeño está aprendiendo a andar, si lo llevamos constantemente en brazos, le será más dificultoso y tardío caminar, así como si evitamos que nunca se caiga. Al caerse, él también aprende a asentar mejor los pies y el cuerpo para andar y si le dejamos lo hará, aunque tengamos que enseñarle pero si lo llevamos siempre en carro o en el regazo, el pequeño no desarrollará sus habilidades motrices.

Por tanto, el respeto al principio de igualdad significa extender la potestad decisoria a la misma amplitud permitida a cualquier persona, de manera que pueda encauzar sus vidas, tomar sus decisiones y cometer sus propios errores. Y esa extensión de la libertad se faculta a través de la figura del apoyo a quienes presentan determinadas necesidades en el ejercicio de su capacidad jurídica, por ello, es tan importante la destinación de medios suficientes para hacer efectiva la asistencia¹⁸⁸.

A este extremo se refiere la Convención cuando en su artículo 12, apartado tercero, señala que “los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. El apoyo ha de acoplarse a las necesidades de la persona, que variarán

los programas electorales, para que pudieran ejercer su derecho de sufragio. Sería entendible dicha pretensión si se predicare para todos los ciudadanos por el mero hecho de serlo, pero no sólo a una parte de la población. Porque, ¿cuántos votantes conocer en profundidad el proceso electoral, así como las propuestas de los distintos partidos? Sin duda, la respuesta estaría muy alejada de la unanimidad.

¹⁸⁸ Como dice QUINN en relación a los apoyos y al envejecimiento poblacional, significa “añadir vida a los años”. A este respecto también añade la clarificación de otra cuestión que puede ser cuestionada, como es el costo del sistema, poniendo de manifiesto que el sistema de apoyos no supera los del tutelar, el cual suele tener una remuneración por las funciones que ejerce el representante tutelar, la institucionalización asociada al mismo como consecuencia de sus funciones administrativas y representativas, mientras que en el apoyo la persona toma sus propias decisiones. Si bien este presunto ahorro de costes no es motivo suficiente para el cambio, sino una aclaración acerca de posibles presupuestos erróneos de partida. QUINN “An ideas paper...”, *op. cit.*

dependiendo de su situación. Podríamos decir que entre la casuística imperante en la discapacidad y la universalidad de la capacidad jurídica, el apoyo es la bisagra que hace encajar todo el engranaje creado por la Convención.

El modelo de apoyo la abdicación del modelo de sustitución de la capacidad, dando paso a sistema donde predomina la persona con discapacidad, sus decisiones, su voluntad. Como describe BARIFFI¹⁸⁹ la nota definitoria del modelo de apoyo es “la voluntad decisoria del sujeto que, a diferencia de lo que ocurre en el modelo de representación por sustitución, sigue en cabeza de la propia persona”. Las medidas de apoyo, tal como contempla el artículo 12.4 de la Convención no conforman una lista cerrada sino al contrario, en ella está presente la idea de flexibilidad, de proporcionar a cada persona el apoyo que en su situación precise. Para lograr que esas medidas sean efectivas y se adapten a la persona, evitando abusos, aprovechamientos, conflictos de intereses o influencias indebidas, la Convención incorpora las denominadas salvaguardias, tendentes a reforzar la medida de apoyo para lograr la virtualidad de tal asistencia. Estos mecanismos de garantía pretenden que las medidas de apoyo cumplan con su función de asistencia y reviertan en beneficio a la persona, pero no a pesar de la misma sino tomando como referente su voluntad. Así se ha de tener en cuenta que:

1. La decisión final la toma la persona con discapacidad, con independencia de la asistencia que necesite y le preste un tercero. De hecho, como recoge el apartado cuarto del artículo 12 de la Convención, los Estados se comprometen a asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona se faciliten las salvaguardias “adecuadas” y “efectivas” para impedir abusos, pero también, para cerciorarse de que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.
2. El apoyo debe ser individualizado y personalizado a la situación de la persona. Las medidas que se adopten en relación al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona han de ser “proporcionales” y “adaptadas a las circunstancias de la persona” (artículo 12.4 CDPD).

¹⁸⁹ BARIFFI, F.J., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar...” *op. cit.*

3. La Convención impele a los Estados a que adopten las salvaguardas oportunas para que las medidas relativas al apoyo se apliquen en el período más corto posible, quedando sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial (art. 12.4 CDPD), como garantes de ley, la moral y el orden público.
4. Las salvaguardias han de ser proporcionales al grado en que dichas medidas de apoyo afecten a los derechos e intereses de las personas. Incide el autor en este aspecto, en relación a los ordenamientos jurídicos que tradicionalmente centran su foco de actuación en los aspectos patrimoniales del sujeto, descuidando la esfera personal¹⁹⁰.

El sistema de apoyos procedente de la Convención debe cumplir una serie de requisitos que previamente no se exigían en el sistema tradicional sustitución, lo que comporta un cambio en los ordenamientos jurídicos nacionales, tras la promulgación de la CDPD, complejo, puesto que no basta con “reemplazar el nombre de tutela o curatela por el de “persona de apoyo” en las legislaciones nacionales¹⁹¹. Quizás no se esperaba que fuera tan prologando como lo está siendo, conforme al tiempo que hace desde que se promulgó

¹⁹⁰ Ciertamente, ejemplo de esa excesiva patrimonialidad, lo fue y en cierta medida sigue siendo -ya que continúa vigente el sistema de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad- nuestro Código civil, como expone VIVAS TESÓN en VIVAS TESÓN, I., *Más allá de la capacidad de querer y entender*, FUTUREX, 2012. Esto es, no se prestaba la suficiente atención a lo esencial en cualquier medida, el sujeto de la misma, lo que siente, necesita, desea, prefiere o quiere en el ejercicio de sus derechos fundamentales. El sistema ha facultado – a pesar de no ser lógicamente esa su intención- la centralización de la figura tutelar en el patrimonio de la persona, siendo realmente asequible recabar las pruebas necesarias para invalidar los actos realizados por aquellas que persona a la que le ha sido modificada su capacidad, permitiendo que el destino de determinados bienes patrimoniales fuere el que estimare oportuno el representante la persona, a veces -quizás demasiadas- sin contar con sus deseos, preferencias o voluntad si hubiere podido manifestarla.

¹⁹¹ BARIFFI, F.J., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar...” *op. cit.* págs. 383 y 384, en su trabajo que data de 2009, ya preveía que la implementación de las medidas de apoyo en ordenamiento jurídico nacional iba a ser compleja. En primer lugar, porque el cambio sería operativo de forma gradual, de manera que la nueva concepción fuere calando en los distintos operadores jurídicos y en la propia sociedad, en segundo, porque una incorporación drástica quizás no sería posible, ya que no consiste, como dice el autor, “simplemente en reemplazar el nombre de tutela o curatela por el de “persona de apoyo” en las legislaciones nacionales”. Otros de los factores a tener en cuenta es la diversidad del apoyo, puesto que para que sea efectiva es necesario que se adapte a las distintas situaciones que acontecen en la realidad fruto de las circunstancias de las personas. En este sentido, CUENCA, citando a A. PALACIOS, “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, cit. y a F. BARIFFI, “La capacidad jurídica”, cit., pp. 383 y ss., aglutina las características que deberían presidir el sistema de apoyos y a las que hacemos mención a lo largo de este estudio.

la Carta internacional de derechos humanos pero lo cierto es que sí se preveía una inmersión complicada, a pesar de la incansable labor interpretativa y dispositiva de las distintas organizaciones que participaron en los trabajos preparatorios del texto internacional y que siguen pendientes del buen desarrollo de su articulado en el ordenamiento jurídico nacional. Si bien es cierto, sin desmerecer la dificultad en la incorporación del nuevo sistema de apoyos, que los ordenamientos, además de la disposición de organizaciones y estudios doctrinales interpretativos del contenido que enmascara el apoyo en la Convención, también se ha manifestado sobre este punto el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, en su primera Observación sobre el artículo 12 de la Convención de 2014. Además, se pronuncia en este sentido de forma rotunda, poniendo de relieve los pilares fundamentales de este nuevo sistema, acorde con el modelo social de discapacidad que preside en el texto internacional.

Así, el Comité recuerda, que el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad debe respetar sus derechos, su voluntad y sus preferencias, remarcando que nunca debe consistir la medida en decidir por ellas (párrafo 17). Esto hace referencia al lema que se extendió en los trabajos preparatorios de la Convención por medio de las distintas asociaciones “nada sobre nosotros sin nosotros”, la persona es el centro de su vida, al igual que lo es cualquiera que carezca de discapacidad, por tanto, teniendo como guía la consideración efectuada a una persona sin discapacidad, debemos interpretar la Convención en el mismo sentido, respetando a la persona como centro de decisión.

Asimismo, como establece el Comité, el “apoyo” que recoge la Convención no se ciñe a un modelo concreto, sino que se trata de un concepto amplio que “engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades” (párrafo 17), sobre este punto e interpretando la Convención en un sentido sistemático, entendemos que el apoyo puede ser judicial o extrajudicial, material y/o personal, puntual o duradero, más o menos extenso...¹⁹². Dentro de la variabilidad, el Comité también reconoce el derecho de las

¹⁹² Así, continúa el órgano ejemplificado en qué pueden consistir los apoyos, “las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la

personas con discapacidad de planificación anticipada como una importante forma de apoyo para aquellas que lo soliciten o precisen, aportándoles la seguridad que supone el respeto de su voluntad y preferencias expresadas con antelación si llegaren a encontrarse imposibilitadas de comunicar sus deseos con posterioridad, teniendo en cuenta que las directrices -directivas en palabras del Comité- establecidas por adelantado por la persona con discapacidad, dejarán de tener efecto cuando así haya sido -indicación hecha en el texto de la directiva- o sea decidido -cuando la persona así lo exprese- por la propia persona, sin basarse tal decisión en “una evaluación de que la persona carece de capacidad mental”. En ese proceso de planificación anticipada, los Estados también deben prestar apoyo a la persona si así lo necesita en su elaboración (párrafo 17).

La tipología del apoyo dependerá ciertamente de la situación y circunstancias de la persona con discapacidad, de forma que la medida sea la que mejor se ajuste a ella en el ejercicio de su capacidad jurídica. Téngase en cuenta la diversidad presente en la discapacidad, es tan extensa como la propia personalidad de los sujetos, por ello es preciso que el “catálogo” de medidas de apoyo sea extenso, variado y flexible, que realmente se adapte a la persona, no la persona al apoyo. Como se expresa en la Observación, la individualización del apoyo es conforme a lo al principio de respeto a la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y condición humana, que recoge la Convención en su artículo 3, apartado d).

La Observación finaliza su apartado dedicado al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad con dos aseveraciones fundamentales en la materia, como son el sempiterno respeto a la autonomía individual y a la capacidad de las personas con discapacidad en la adopción de decisiones, incluso aunque atravesaren situaciones de crisis (párrafo 18 *in fine*) y, la ausencia de obligatoriedad en el ejercicio de su derecho a recibir apoyo de aquellas personas que sólo busquen el reconocimiento de su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás (párrafo 19). Este último planteamiento, a nuestro juicio, queda algo difuso, puesto que realmente no queda si el Comité se refiere a la voluntariedad del apoyo en todas las personas o en algunas -término que utiliza al empezar el párrafo pero referido a aquellas que sólo deseen

elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias...”. (párrafo 17).

el reconocimiento de su capacidad jurídica-, asimismo, tampoco encontramos coherente el planteamiento, puesto que, en primer lugar, alude a “algunas personas con discapacidad” que únicamente buscaran que se les reconozca su derecho a la capacidad jurídica, mas, dicho extremo queda perfectamente reconocido en la exposición realizada en la misma Observación sobre el apartado segundo de la Convención. Es decir, todas las personas con discapacidad ostentan el derecho a la capacidad jurídica – y lo que ella supone, bajo la interpretación adoptada por el órgano de la Convención-, lo cual significa que en caso de falta de reconocimiento, se estaría vulnerando un derecho humano fundamental. Pero no entendemos el sentido de enlazar este punto con el apoyo tal cual queda reflejado en el texto de la Observación. A este respecto, caben dos interpretaciones: por un lado, que toda persona con discapacidad que no lo desee no tiene obligación de recibir el apoyo previsto en el artículo 12, párrafo 3 o, por otro, que únicamente las personas que busque el reconocimiento de su capacidad jurídica, pueden prescindir del apoyo. Intentando desgranar el significado de este párrafo, entendemos que quizás la idea del Comité era resaltar que no todas las personas con discapacidad tienen que ejercitar su derecho a recibir apoyo, sino que depende de la voluntad y preferencias de la misma. Pero, como decimos, consideramos conveniente una mayor precisión que no de margen a ambigüedad o confusión.

En resumen, teniendo en cuenta la interpretación de la doctrina y del Comité, así como el texto de la Convención, podemos decir que son características del apoyo¹⁹³:

- Graduación. El reemplazo de un modelo por otro no debe ser abrupto, sino que precisa del reconocimiento como figura jurídica del apoyo que contempla la Convención, de forma que durante un tiempo podrá llegar a convivir ambos modelos mientras se produce la paulatina implementación del apoyo y la consecutiva derogación del sistema de sustitución.

- Diversidad. Es necesario que existan distintos tipos de apoyo, que la persona pueda contar con un amplio “catálogo” de medidas de apoyo, puesto que una de las principales

¹⁹³ En este sentido, aprovecharemos algunos razonamientos en cuanto a las características de CUENCA GÓMEZ, P., “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, en *Derechos y Libertades*, núm. 24 (enero 2011). La autora cita a PALACIOS así como a otros autores, pero nosotros vamos a hacer una recopilación propia, por eso prescindimos de la cita de la cita.

notas de la discapacidad es su propia diversidad, por tanto, es preciso que el apoyo pueda adaptarse a las distintas circunstancias, situaciones o discapacidades que se presenten para que su función se complete de la forma más exitosa posible, esto es, logrando que la persona pueda ejercitar su capacidad jurídica. De forma que es el diseño del sistema de apoyo abrigue a todas las personas con discapacidad, no a aquellas que tengan una determinada discapacidad.

- Individualización y flexibilización. El apoyo ha de adaptarse a la persona, de forma que se busque la asistencia más certera a sus necesidades o preferencias. Debe ser ese traje a medida del que hablaba la famosa Sentencia del Tribunal Supremo 282/2009, de 29 de abril. El apoyo puede consistir desde la asistencia para la comprensión de un documento, el estudio de los pros y contras de una decisión -en este sentido puede ejercer un poco como “abogado del diablo”, una técnica muy utilizada en mediación-, etc. Dependerá de la situación de la persona, ello marcará también la intensidad del apoyo, esto es, cuál es su extensión y durabilidad.

- Amplitud. En este sentido la doctrina entiende que los mecanismos de asistencia deben extenderse a todas aquellas esferas en las que la persona con discapacidad requiera apoyo, manteniéndose mientras sean necesarios, al margen de las garantías que se contemplen¹⁹⁴. Ahora bien, ello no quiere decir que la misma medida de apoyo tenga que aplicarse a las distintas esferas de la personalidad del sujeto donde precise ayuda, puesto que, en dependencia de su voluntad, deseos y preferencias, podrá decidir tener varios apoyos, dedicados a ámbitos diferentes o uno que le asista en todos, de ahí la flexibilidad y variabilidad.

- Respetuosos con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, teniendo presente que es ella la que toma las decisiones que le afecten, competan o interesen y que el apoyo actúa como su sostén o asistente en el ejercicio de la capacidad jurídica, pero sin revertir las posiciones. Pero también se han de respetar la identidad, la

¹⁹⁴ Ídem.

historia de vida, las voluntades anticipadas¹⁹⁵... Es decir tanto las manifestaciones presentes como las pasadas cuando la voluntad esté ausente.

- Sensibilización y fomento de la autonomía. El apoyo si es personal, ha de ser lo más empático posible y estar plenamente sensibilizado con la situación de la persona, ya que, erigirse como apoyo de una persona no es una tarea rutinaria puesto que entran en juego los derechos de la persona, algunos de ellos de rango fundamental. Por ello, es tan importante, fomentar su autonomía y el ejercicio de sus derechos, realizar la labor de apoyo en el sentido más puro de la palabra, en que lo relaciona con la confianza que la persona deposita en él para alcanzar sus metas o perseguir sus deseos e intereses.

- Salvaguardias, o en palabras de CUENCA¹⁹⁶, el sistema de apoyo debe “salvaguardado”, en atención a lo expuesto en el artículo 12.4 de la Convención. El texto internacional compele a los Estados a que establezcan “salvaguardias” o garantías para velar por la eficacia de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona.

Tras analizar la figura del apoyo en relación al contenido de la Convención, así como su interpretación operada por la doctrina, así como por su propio Comité, aún hay una cuestión que suscita mayor inseguridad o desconfianza -quizás la que más lo haga-, tanto en la doctrina como en la propia sociedad. Y es que cuando se plantea la temática del apoyo, automáticamente parece que la mente de las personas que entablan tal conversación, les aparece el supuesto de aquella persona que debido a la situación en la que se encuentra, una discapacidad intelectual que anula la formación y manifestación de su voluntad, no puede expresar sus deseos o preferencias. A continuación, se abre el siguiente cuestionamiento, como es que, si la persona no puede decidir por sí misma, tendrá que hacerlo otro en su lugar, o lo que es lo mismo estaríamos dentro del sistema de sustitución de la voluntad. Bien, empezando por el principio, es innegable que el acontecimiento de estas situaciones se da en la práctica y precisa de una regulación eficaz. Ahora bien, ello no implica la pervivencia del sistema de sustitución en los ordenamientos jurídicos porque tal inclusión podría comportar en la práctica lo que se ha dado hasta la

¹⁹⁵ CUENCA GÓMEZ, P., “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”, en *Redur IO* (diciembre 2012), págs. 61-94.

¹⁹⁶ CUENCA GÓMEZ, P., “La capacidad jurídica...” *op. cit.*

fecha, que la sustitución a supuestos en los que no es precisa, prácticamente como ha ocurrido con el abuso de la tutela en el sistema español. Por otro lado, tal sistema no es acorde con el espíritu y contenido de la Convención, instrumento que es de plena aplicación entre los Estados parte, como es el caso de España, debido a su arraigo en el modelo rehabilitador que deja atrás el texto internacional en favor del modelo social de discapacidad. Por tanto, dicha posibilidad no parece viable. Esto no quiere decir que la persona que se encuentre en tales circunstancias quede en desamparo, nada más lejos de la intención del legislador.

Como hemos visto, la Convención crea un sistema flexible e individualizado, personalizado si queremos, porque se extiende -se puede “estirar” como un chicle- para adaptarse a cualquier discapacidad -ni siquiera hablamos de tipos de discapacidad, porque la diversidad es muy grande y, de hecho, aparecen nuevas con cierta frecuencia, así que cuanto menos definamos, quizás menos encorsetamos el apoyo-. Lógicamente, esto quiere decir que cualquier persona, tenga la discapacidad que tenga, debe tener acceso al apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Ciertamente, habrá supuestos en los que la persona precise de un apoyo más intenso y el Estado deberá promover y proteger todos los derechos humanos de tales personas, tal como reconoce la Convención en la letra j) de su Preámbulo, de forma que se respete su autonomía y, en caso de carecer de ella, se ejercite el apoyo según la voluntad que en su día tuvo, así como sus deseos o preferencias. En caso de que la persona tenga tan menoscabadas sus facultades intelectivas y volitivas, el apoyo atenderá a su “trayectoria vital”, “valores” y “creencias”. Si ni ello fuere posible, se atenderá al principio del mejor interés de la persona, el cual es subyugado por la voluntad de la misma cuando se pueda conocer¹⁹⁷.

Todavía cabe señalar, como apunta CUENCA¹⁹⁸, que en estas situaciones realmente se produce lo que denomina una “acción de sustitución”, puesto que el apoyo en su mayor grado o en su grado más intenso equivale a la toma de decisiones por un tercero, pero ello

¹⁹⁷ En este sentido, comentaremos más adelante el Proyecto de reforma de la legislación española en materia de discapacidad para adecuarla a la Convención y donde aparecen reflejados los conceptos indicados. En cualquier caso, véase el clarificador trabajo de PAU, P., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, en *Revista de Derecho Civil*, Nº. 3 (julio-septiembre, 2018), págs. 5-28.

¹⁹⁸ CUENCA GÓMEZ, P., “La capacidad jurídica de las...” *op.cit.* y CUENCA GÓMEZ, P., “El sistema de apoyo en la toma...” *op. cit.*

no supone que nos encontremos en el sistema de sustitución, puesto que rigen los valores y principios del sistema de apoyos, de forma que el apoyo no se presta en razón de discapacidad sino conforme a una situación determinada, de modo que, a juicio de la autora, igualmente cabría en caso de que no existiere discapacidad.

Es preciso tener en cuenta que el apoyo no es perpetuo, permanente o eterno, sino que puede ser puntual y, en cualquier caso, está sometido al cambio en dependencia de la voluntad de la persona, de sus deseos y preferencias, así como de la reversión de su situación, de manera que precise otro apoyo adicional, uno más intenso, o al contrario, uno más leve o ninguno.

Una vez analizado el marco legislativo y doctrinal expuesto en razón del alcance e interpretación de la capacidad jurídica de la persona reconocida en la Convención, extremo que, por otra parte, queda perfectamente delimitado en el texto de la Observación general de 2014, creemos que el problema está en la óptica con la que se mira la propia Convención, puesto que la interpretación no se ciñe a un precepto, aunque este sea esencial, de forma aislada, sino que ha de hacerse conforme al espíritu y objetivos de la norma. La norma pretende que se le reconozcan a las personas con discapacidad los mismos derechos que a cualquier otra persona, sin que la discapacidad sea motivo de discriminación, aislamiento, excepción o condescendencia legislativa. Ahora bien, la persona, dependiendo de su situación y circunstancias necesitará apoyo a la hora de ejercitar sus derechos, eso es un hecho innegable, como también lo es que los Estados se comprometen a prestar ese apoyo. Y cierto es que habrá supuestos en los que la persona no pueda decidir o actuar de ningún modo en el ámbito jurídico, puesto que sea imposible manifestar su voluntad y no se tenga referencia alguna de la misma, también puede que esa voluntad nunca se hubiere manifestado, y lógicamente sea necesario un apoyo extremo que realmente realizará funciones sustitutivas de la voluntad de la persona, puesto que otra cosa significaría el desamparo de la misma, lo cual tampoco es pretensión de la Convención. Pero incluso en esos supuestos, la regulación se aplicará con base en la legislación de apoyos no en la sustitución de la voluntad, se aplicará con carácter de

última ratio dentro de las medidas de apoyos, cuando no sea posible conocer voluntad, preferencias o deseos o, cuando aún conociéndolos sean imposibles de realizar¹⁹⁹.

A propósito de este supuesto, esto es, cuando la voluntad, deseos o preferencias expresados por la persona no pueden ser estrictamente respetados sino que se ha de acudir a otra opción, algunos autores utilizan la coletilla “en la medida de lo posible”²⁰⁰, expresión que también utiliza la Convención en relación a los distintos tipos de apoyos. Y es que, no siempre es viable cumplir con las peticiones, directrices o deseos de las personas, bien porque exista escasez de medios -normalmente si estos son materiales-, bien porque las medidas previstas o expresadas por la persona involucren a terceros que no puedan o quieran desempeñar tales funciones. Imaginemos el caso de una persona cuyo deseo era vivir con su hijo cuando no pudiera depender de sí misma, pero tal disposición no puede ser llevada a cabo por su vástago, entonces será necesario buscar otra forma de apoyo, la cual quizás conste también en las medidas preventivas realizadas por la persona o quizás no. En cualquier caso, se debe intentar cumplir con esa voluntad de la persona, pero cuando no sea posible, habrá que acudir a la siguiente opción más cerca a sus deseos o preferencias, de ahí que se haga referencia a “la medida de lo posible”.

II. EL SISTEMA DE APOYOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Las legislaciones nacionales de los Estados parte son las encargadas de desarrollar el contenido de la Convención, respetando sus principios y contenido, así como

¹⁹⁹ Aún así, la idea que permanece, la que nace y se desarrolla desde el ordenamiento jurídico es la de que todos tenemos capacidad jurídica, tanto en titularidad como en ejercicio, porque es un derecho humano inherente a la persona y fundamental, distinto es que habrá momentos en que no podamos ejercitarla u otros en los que necesitemos ayuda, pero como derecho que es lo seguiremos teniendo de forma incondicionada, sin ser susceptible de graduación o restricción. Igual que cuando hablamos del derecho al voto, todos tenemos el derecho a votar al representante o partido electoral que queramos, al margen de interés o conveniencia, podemos votar a quien queramos sin necesitar justificación alguna, sepamos más o menos del partido, del proceso electoral, de los cargos electos... Cada cual ejercita su derecho como cree oportuno, habiendo algunos que no ejercitarán su derecho, bien porque no quieran, bien porque no puedan, bien porque se les olvide... Pero todos tienen el derecho y la potestad para hacerlo de la forma expuesta por el ordenamiento jurídico.

²⁰⁰ Ejemplo de ello, es su uso por DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Reus, 1ª edición, 2019.

persiguiendo propósitos que prescribe, de forma que la normativa nacional sólo pueda mejorar lo expuesto en el instrumento internacional, hablando en este caso de una norma de mínimos.

En el caso de España, se suma a lo expuesto, la ausencia de reservas o declaraciones interpretativas de la Convención, lo que supone, su completa aceptación al contenido e interpretación que de él hace su Comité. De forma, que será preciso analizar si la legislación española en materia de discapacidad se adapta a la Carta internacional o, por el contrario, necesita ser reformada en profundidad, en lo relativo a los apoyos. Como hemos podido comprobar en apartados anteriores, la normativa actual no es subsumible en el texto internacional, puesto que contempla la modificación judicial de la capacidad jurídica, capacidad que como ya vimos, es universal, inherente al ser humano y no es susceptible de graduación puesto que se trata de un derecho humano fundamental. Ahora bien, el sistema tutela que rige en España como “apoyo” a la falta de capacidad del sujeto -según la normativa vigente-, ¿es compatible con la Convención, aunque precise de determinadas modificaciones? Esta es la principal cuestión que vamos a intentar desentrañar a lo largo de este apartado, donde trataremos los mecanismos judiciales de guarda que establece el legislador español.

En el ordenamiento jurídico español el “apoyo” que ha de prestarse a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, lo conforma el sistema tutelar o instituciones de guarda, de carácter tuitivo y consideradas como una extensión de la patria potestad -de ahí que comúnmente sean estudiadas en el Derecho de familia-, puesto que a través de las ellas se proporciona a las personas con la capacidad judicialmente modificada la protección que precisan debido a su falta de capacidad²⁰¹. La ley dota del “cuidado, representación y defensa” a la persona con la capacidad modificada judicialmente mediante las instituciones tutelares, inspiradas, según la doctrina mayoritaria, en la patria potestad, teniendo como finalidad la suplencia o completitud de la capacidad de obrar²⁰².

²⁰¹ Entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de Derecho Civil IV. Derechos e familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, 8ª edición, Valencia, 2017, págs. 325 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil. Tomo IV. Familia*, Dykinson, 2010, págs. 416 y ss.

²⁰² LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho...* op. cit. Especialmente, como reconocen RUIZ-RICO RUIZ y GARCÍA ALGUACIL en RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y GARCÍA ALGUACIL, M.J., *La Representación Legal de Menores e Incapaces. Contenido y límites a la actividad representativa*,

En concreto, el Código civil provee la guarda y protección de la persona y bienes, solo de la persona o, solo de los bienes de la persona con la capacidad judicialmente modificada, a través de la tutela, la curatela o el defensor judicial²⁰³. Este último, como veremos, es una institución transitoria, mientras se discierne la configuración estable de la guarda. Esta disposición de las instituciones de guarda tiene su origen en la Ley 13/1983, de 24 de octubre²⁰⁴, la cual reformó en profundidad toda la materia de discapacidad, especialmente lo que constituye la tutela. Y es que el Código civil en su versión original, no contemplaba más institución de guarda que la propia tutela, de ahí su arraigo en el ordenamiento jurídico que, si bien no justifica, como veremos, el abuso de su otorgamiento a situaciones no contempladas por el ordenamiento jurídico -mucho menos por la Convención-, si enarbola su peso en el sistema jurídico, tras más de ciento treinta años de vigencia –a salvo de las sucesivas modificaciones de las que ha sido objeto-.

Pues bien, en su primera versión, a pesar de los frustrados intentos de los Proyectos de Código civil por introducir la curatela como sistema de guarda²⁰⁵, el Código civil sólo contemplaba la tutela²⁰⁶, quedando sujeta a la misma los menores no emancipados legalmente; los “locos o dementes”, aunque tuvieren intervalos lúcidos, y los “sordomudos” que no supieren leer y escribir; los que declarados pródigos por sentencia judicial firme y los que estuvieren bajo la pena de interdicción civil²⁰⁷.

En la legislación vigente, serán sometidos a las instituciones de guarda aquellos a quienes el Juez modifique su capacidad por sentencia judicial cuando concurren las causas establecidas en el artículo 200 C.c.²⁰⁸. La constitución de la tutela o la curatela se llevará a cabo mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, siempre que no se solicite en un proceso judicial de modificación de la persona, así lo establece la Ley de Jurisdicción

Thomson Aranzadi, 2004, pág. 189, la tutela se construye “a imagen de la patria potestad”, aunque con la salvedad, del control judicial que no está presente en el caso de la patria potestad.

²⁰³ Artículo 215 C.c.

²⁰⁴ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código civil en materia de tutela.

²⁰⁵ Citar el Proyecto de Código de Goyena y demás que pretendían incluir la curatela.

²⁰⁶ Así se recogía en el artículo 199 del Código civil de 1889, cuyo objeto, a diferencia de la regulación actual, era la “guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes”, sin embargo, no hacía referencia a la guarda de la persona. Este punto se debe a, como decíamos anteriormente, la excesiva patrimonialidad que ha presidido la materia hasta fecha reciente.

²⁰⁷ Artículo 200 del Código civil de 1889.

²⁰⁸ Artículo 199 C.c.

Voluntaria, en su artículo 44. La LJV, creada para dotar de “mayor coherencia sistemática y racionalidad” al ordenamiento jurídico procesal, estableciendo un tratamiento legal diferenciado a aquellas materias de difícil calado en la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁰⁹.

Las funciones tutelares constituyen un deber, que ha de ejercerse en beneficio del tutelado, quedando bajo la salvaguarda del poder judicial²¹⁰, derivando la consecuente responsabilidad del irregular o dañoso desempeño de su cargo²¹¹, así como un derecho a una indemnización si en el transcurso de sus funciones sufrieren daños y perjuicios, sin que mediara culpa por su parte²¹². Es preciso poner de relieve, que en garantía de la seguridad jurídica, las resoluciones judiciales que nombre cargos tutelares y de curatela deberán inscribir en el Registro Civil, mientras no lo hagan, no serán oponibles a terceros²¹³.

En lo concerniente al ámbito procesal, cabe resaltar que será competente para la tramitación de estos expedientes de jurisdicción voluntaria el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, residencia de la persona con la capacidad

²⁰⁹ Exposición de Motivos de la LJV, apartado I. La pretensión de la LJV es, por otra parte, impulsar la dirección de determinados expedientes a los Letrados de la Administración de Justicia, reservándose las decisiones de fondo al Juez en aquellos expedientes que afecten al orden público, de forma que no constituyen expedientes de jurisdicción voluntaria los de modificación de la capacidad ni los de internamientos involuntarios, así como los que puedan “deparar actos de disposición o de reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos”, de forma que el Juez será el encargado de decidir, como regla general, en los asuntos de persona y familia (apartado VII de la EM). Es más, como señala PARRA LUCÁN, M.Á., “La incidencia de las reformas del año 2015 en la protección de las personas con discapacidad”, en, SERRANO GARCÍA, I. y CANDAU PÉREZ, A., *Protección jurídica de la persona con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 225 a 312, los expedientes que se regulan en la LJV no tienen sustantividad propia, sino que dependen de la regulación material sustantiva que se encuentra en el Código civil que hasta la fecha se regulaban en la LEC 1881, verbigracia, para el nombramiento de un tutor o curador es preciso que previamente se haya modificado la capacidad a la persona, extremo, que como hemos dicho, sólo compete al Juez en jurisdicción ordinaria. Se habla de “expedientes”, a juicio de la autora, para redundar en la idea de ausencia de jurisdicción, puesto que en estos casos no tiene que existir necesariamente un conflicto que solventar entre dos partes en litigio, sino que se trata de un asunto que requiere la intervención de la autoridad para garantizar los derechos e intereses de la persona con discapacidad, en el caso de estudio.

²¹⁰ Artículo 216 C.c.

²¹¹ En este sentido, aunque se ciña a la institución de tutela, pero tal como establece el Código, lo no previsto en la curatela se aplicará subsidiariamente lo estipulado para la tutela, PALOMINO DÍEZ, I., *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

²¹² Artículo 220 C.c. La indemnización tendrá cargo sobre los bienes del tutelado, en caso de no poder obtener de otro modo su resarcimiento.

²¹³ Artículo 218 C.c. Añade el artículo 219, que tales inscripciones se practicarán en virtud del testimonio que se remita al Encargado del Registro Civil.

judicialmente modificada, teniendo en cuenta que, el Juzgado que hubiere conocido de un expediente de tutela, curatela o guarda de hecho, será también competente para tramitar todas las medidas relativas a dicho cargo, siempre que la persona con la capacidad modificada judicialmente resida en la misma circunscripción²¹⁴. Por su parte, no es preceptiva la intervención de abogado ni procurador si se trata de expedientes de jurisdicción voluntaria, salvo que se trate de la remoción del tutor o curador, donde será necesaria la intervención del abogado²¹⁵.

El Código civil, como vemos, recoge en su artículo 215 tres instituciones tutelares, a saber: tutela, curatela y defensor judicial. Al margen de las cuestiones que se hayan planteado en la práctica o, en su defecto, se puedan plantear en torno a la adecuación de unas respecto a otras, lo cierto es que, difieren en cuanto a la finalidad para la que fueron pensadas y en relación a las funciones tuitivas que han de desempeñar, lo cual varía de acuerdo con los actos que el Juez en sentencia judicial asume que la persona puede desempeñar por sí misma y aquellos para los que precisa la intervención de un cargo tuitivo.

Así, siguiendo a RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN²¹⁶, la tutela -institución más antigua dentro del ordenamiento jurídico-, se constituye “para suplir la falta de capacidad de obrar” de las personas con la capacidad judicialmente modificada, puesto que, nuestro ordenamiento jurídico aún no se ha adecuado a los designios de la Convención en este extremo y, por ende, entiende que la capacidad de ejercicio del sujeto es graduable, de manera que dicha falta de capacidad que puede llegar a ser completa, la sustituye el órgano más cercano a la patria potestad, esto es, aquel con alcance representativo²¹⁷. Consecuentemente, se le otorga al tutor una “potestad general y de ejercicio continuado”, tanto sobre la persona como sobre los bienes del tutelado. Mientras que curatela, aunque

²¹⁴ Artículo 43.1 y 2 LJV. En caso de que la persona no residiera en la misma circunscripción donde está sito el Juzgado que conoció del expediente, será necesario que se pida testimonio completo del expediente al Juzgado que conoció el caso, para que remita dicha documentación en los diez días siguientes a la solicitud (art. 43, apartado segundo).

²¹⁵ Artículo 43, apartado tercero.

²¹⁶ RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., “El sistema tutelar”, en SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de Derecho civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 326 y ss.

²¹⁷ Así lo manifiesta el artículo 267 del Código civil: “El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí sólo ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación”.

al principio fue pensada para tutelar la esfera administrativa de la persona, esto es, centrar su actuación en la administración de sus bienes²¹⁸ en función del dictamen contenido en la sentencia judicial; el tiempo, la doctrina, jurisprudencia y la propia legislación le han otorgado versatilidad, dotándola de una flexibilidad de la que propiamente carece la tutela. La curatela, apunta la autora, carece de poderes de representación²¹⁹ sino que se establece “para completar (asistir)” a la persona en aquellos actos en los que la necesite de acuerdo con la sentencia que modifica su capacidad. Así, lo predica también el artículo 289 del Código civil cuando dice que “la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido”.

El vigente sistema tuitivo se basa en una tutela de autoridad²²⁰, debido a la constante intervención del Juez en la constitución del régimen más adecuado a la situación del sujeto, así como a todo el proceso desde el nombramiento hasta el cese de la institución, dotando de las garantías que la configuración judicial comporta, a las que se suma la actuación del Ministerio fiscal en todos aquellos procesos en los que intervenga la persona con discapacidad²²¹. De acuerdo, con el artículo 216 C.c., es preciso resaltar que el sistema de guarda vigente se sustenta en la primacía del interés superior de la persona con discapacidad²²², siendo el beneficio que persigue el principio rector en la materia de acuerdo con el articulado previsto en el Código y con las diversas resoluciones jurisprudenciales donde se pone de manifiesto.

²¹⁸ En este sentido, véase la obra de GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, S.A. McGraw Hill, 1996.

²¹⁹ Afirmación que, como veremos más adelante, ha sido puesta en entredicho por mor de su amplio margen de flexibilización.

²²⁰ Como apuntan, RUIZ-RICO RUIZ y GARCÍA ALGUACIL en RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y GARCÍA ALGUACIL, M.J., *La Representación Legal de Menores e Incapaces. Contenido y límites a la actividad representativa*, Thomson Aranzadi, 2004, pág. 185, no siempre fue así, puesto que antes de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código civil en materia de tutela, regía en nuestro país, un sistema de tutela de familia cuyos cargos más significativos eran el tutor, el protutor y el Consejo de familia, dejando la intervención de los poderes públicos a la excepcionalidad.

²²¹ Así lo reconoce el Código civil, en su artículo 216 cuando estipula que “las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”, a ello se ha de sumar la disposición contenida en el artículo 232 dedicado a la tutela pero aplicable análogamente a la curatela, que dice “la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará e oficio o a instancia de cualquier interesado”, precisando que “en cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela”.

²²² RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., “El sistema tutelar”... op. cit. págs. 326 y 327.

Por su parte, respecto a los sujetos sometidos a cada institución -a salvo del defensor judicial quien al tratarse de una figura de transición, la referenciaremos más adelante de forma separada- no hay una gran diferencia entre ambas en relación a las personas con la capacidad judicialmente modificada. En cuanto a aquellos que estarán sometidos a tutela, establece el artículo 222 que serán los menores no emancipados que no se encuentre bajo la patria potestad de sus progenitores, las personas con la capacidad judicialmente modificada cuando así lo haya establecido la sentencia a tal efecto, los sujetos a la patria potestad prorrogada cuando la misma cese, excepto que se instituya la curatela y, por último, los menores en desamparo. Procede la curatela, según el artículo 286 del Código, cuando se trate de emancipados cuyos padres hubieren fallecido o quedaren impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley, los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad, los declarados pródigos; añadiendo, el precepto consecutivo a “las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento”. Como podemos observar, la sujeción a un régimen u otro depende de la instancia judicial, de lo que el órgano judicial estime más conveniente en base a la probatoria aportada en el trascurso del proceso y de la propia observación de la persona, estimando la opción que sea más beneficiosa para el sujeto con la capacidad judicialmente modificada, puesto que, de otro modo, no procede la instauración del sistema tutelar.

Ahora bien, bajo la regulación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aplicable al ordenamiento jurídico, las instituciones de guarda -a expensas de una próxima reforma- deberán interpretarse conforme a la figura del apoyo que recoge el texto internacional, dotándolas de las sus notas características que han sido puestas de relieve por la doctrina y por el propio Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. De esta forma, el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que estipula los pronunciamientos a realizar por el órgano judicial en la sentencia que declare la modificación de la capacidad de la persona con discapacidad, relativos a la extensión y límites de la misma, así como al régimen de tutela o guarda al que deba quedar sometida la persona y, en su caso, la procedencia de internamiento, deberá valorar e interpretar la normativa de acuerdo con la Convención. Con arreglo a la norma internacional, ha de tener en cuenta que la representación de la persona con discapacidad tiene carácter de última ratio, de manera que se ha de analizar individualmente -huyendo de patrones preestablecidos y estandarizados- los actos que la persona puede realizar por sí sola,

utilizando las instituciones de guarda como asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica a objeto de cumplir con el articulado y espíritu del texto sobre los derechos de la persona con discapacidad, respetando su voluntad, deseos o preferencias, ya que se trata de decisiones de máxima trascendencia en la vida de cualquier persona.

Con la pretensión y obligación de cumplir con los principios de la Convención, tratándose de parte del ordenamiento jurídico interno, un amplio sector doctrinal y jurisprudencial han hallado la que podríamos considerar como la solución más plausible entre el instrumento internacional y el sistema de guarda vigente, siendo el resulta de dicha compatibilidad, la curatela de la persona.

En aras de una institución que cumpla con los requisitos establecidos en la Convención y dentro del marco normativo del que disponemos, por su flexibilidad y su finalidad de asistencia o acompañamiento, parece que la curatela es la figura más adecuada para tal fin que no deja de ser el libre desarrollo de la personalidad. La tutela, por su parte, propensa a la rigidez y destinada a la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad, parece menos adecuada en la constitución como apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona, al margen de su consideración cuando la persona no pueda manifestar su voluntad, deseos o preferencias y sea precisa la suplencia en la toma de las decisiones que le competen -aún respetando su voluntad cuando pudo manifestarla, así como su trayectoria vital si aquella fuere desconocida- para evitar situaciones de desamparo.

III. COMPATIBILIDAD DEL SISTEMA DE GUARDA CON LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS.

No toda la doctrina y jurisprudencia es unánime en cuanto a la incompatibilidad de nuestro sistema jurídico-privado relativo a la discapacidad mental o intelectual con la Convención, no sólo en cuanto a los apoyos que el sistema tutelar contempla sino también en relación al proceso de modificación de la capacidad de la persona²²³. Uno de los

²²³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, 1ª edición, Navarra, 2014, págs. 27-31.

exponentes más importantes de esta postura es la laureada Sentencia del Tribunal Supremo 282/2009, de 29 de abril²²⁴, que podríamos decir, marcó un hito histórico en el tratamiento judicial de la discapacidad, acuñando la famosa teoría del “traje a medida” en relación a las características que han de presidir en el apoyo de la persona con discapacidad. La resolución es ciertamente exhaustiva y, para el momento en el que se dicta (2009) es realmente novedosa, ya que apenas hacía un año de la ratificación de la Convención por España y ciertamente aún pululaba la confusión en torno al contenido del artículo 12 de la Convención relativo a la capacidad jurídica -tampoco podríamos afirmar que no lo haga hoy en día, pero en menor medida y difícilmente achacable a la falta de claridad del precepto tras la manifestación rotunda en tal sentido que hizo el Comité en su Observación de 2014-. A pesar de recoger razonamientos muy interesantes e incluso pioneros, en materia de discapacidad en España, hay cierta discrepancia en cuanto a su adecuación plena la Convención, como vamos a ver.

La Sentencia trae causa de la previa incapacitación, efectuada en primera instancia y ratificada en segunda, de una señora mayor que adolece de una enfermedad de Parkinson y depresión (FJ 1º) pero que, tras las pruebas practicadas en apelación, se constata que la Dña. Victoria responde a preguntas concretas que le hace el Tribunal, aunque lo haga con “gran lentitud”, según el Sr. Médico forense, empero de la constancia del padecimiento de diversas enfermedades de evolución crónica, presentaba un “trastorno moderado en intensidad” (FJ 2º).

Es cuanto menos llamativo que uno de los argumentos esgrimidos por el Tribunal en apelación para declarar su “incapacidad total” sea el manifiesto enfrentamiento entre los hijos de Dña. Victoria, que apoyan posturas muy diferentes en cuanto a la situación de la madre. Entretanto, somete a consideración el Tribunal tanto las desavenencias de los hijos en el seno familiar como el acaudalado patrimonio de la recurrente, para estimar procedente y beneficioso “en orden a garantizar la mejor defensa de su persona y patrimonio”, la declaración de incapacidad total y su sometimiento a tutela, corroborando la sentencia de instancia (FJ 2º).

²²⁴ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 282/2009, de 29 de abril (RJ\2009\2901).

Dña. Victoria mediante el poder general que otorgó a tres de sus hijos, recurrió en amparo, a lo que se adhirió el Ministerio Fiscal en un extraordinario escrito, tanto por su novedad en el contexto en el que nos encontramos como por su trascendencia. En dicho documento, el MF solicita al Alto Tribunal que se pronuncie sobre la compatibilidad de los artículos 199 y 200 del Código civil con la Convención, señalando que el instrumento internacional reconoce que “todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de , la ley en igual medida sin discriminación alguna”, obligando a los Estados parte a prohibir “toda discriminación por motivos de discapacidad” (FJ 3º). A continuación, realiza una interpretación del artículo 12 de la Convención propia del modelo social de discapacidad y subsumible en el texto internacional de forma al manifestar que “la igualdad que se proclama es efectiva en todas las facetas de la vida incluidas las referidas a las tomas de decisiones”, de modo que “debe desterrarse la regla de acuerdo con la cual, la incapacitación priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y de obrar conforme a sus preferencias, siendo sustituido por un tutor”, considerando que “la figura sustitutiva y vigente más acorde en el derecho español sería la del curado, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función de las necesidades del caso y de las circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias, para actos concretos y su apoyo a los actos que se le marquen sea revisable por los tribunales”, asimismo, señala que a la vista de la Convención, “la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces” (FJ 3º).

El Ministerio Fiscal hace un repaso por los principios básicos del modelo social de la Convención, recordando el concepto de discapacidad que la norma establece, así como el imperio del principio de igualdad efectiva en todos los actos de la vida, lo que incluye las esferas d personalidad y patrimonialidad del sujeto, de forma que los Estados han de garantizar que la personas con discapacidad puedan ejercerlos plenamente y sin discriminación, suministrándoles el apoyo que puedan necesitar en tal ejercicio. Desde esta óptica, afirma el MF, no cabe la incapacitación de la persona, puesto supone la

sustitución en la toma de decisiones y, eso, es contrario a la norma internacional²²⁵, vigente en nuestro país y parte de nuestro ordenamiento jurídico interno. Puesto que, a la luz de la Convención, la capacidad jurídica no se puede graduar, ya que constituye un derecho humano fundamental que abarca a nuestras viejas conocidas, capacidad jurídica y capacidad de obrar, y que bajo el principio de igualdad, se habrán de proporcionar a la persona con discapacidad los apoyos que precise para ejercitar su capacidad²²⁶.

En relación al apoyo, el Ministerio Fiscal apunta a la necesidad de conocer determinadas circunstancias²²⁷ de la persona a fin de respaldarla con la asistencia que se ajuste mejor a sus necesidades. En consecuencia, el apoyo puede revestir diversas modalidades, asistencia en la toma de decisiones personales, en las patrimoniales, sociales o de cualquier índole, siempre que acompañe en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención. Esto supone, como indica el escrito traído a colación en la Sentencia, que la Convención se encuentre abierta a “nuevas formas” de apoyo “nacidas de la diversidad de condiciones que pueden suscitarse”, diferenciándose con el modelo de sustitución en que en este último, “el tutor posee facultades autorizadas por los tribunales para tomar

²²⁵ Así queda reflejado en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia: “La Convención adopta el modelo “social de discapacidad” que sustituye al “modelo médico o rehabilitador”, actualmente vigente en buena parte de nuestro derecho, al que se le confiere únicamente carácter residual. 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. La Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, adopta el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a “adoptar” una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar”. “A los efectos de este informe, es preciso señalar que el objetivo esencial de la Convención es implantar el derecho de igualdad, en toda su extensión, haciendo hincapié en su carácter fundamental y transversal en la interrelación de derechos”.

²²⁶ “La Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de esta necesaria “igualdad”, proporcionándole los mecanismos de apoyos adecuados, asegura a la persona con discapacidad, su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar” (FJ3º).

²²⁷ En concreto, hace referencia a las circunstancias personales, relativas a la salud, así como aquellas de índole económica y administrativa, entre las que destaca: “a) conocimiento de su situación económica, capacidad para tomar decisiones de contenido económico (cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.). Capacidad para conocer el alcance de: préstamos, donaciones, cualesquiera otros actos de disposición patrimonial. Capacidad para el manejo del dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor, b) Capacidad relacionada con el objeto del procedimiento de modificación de la capacidad y sus consecuencias. Capacidad para otorgar poderes a favor de terceros y capacidad para realizar disposiciones testamentarias.”.

decisiones en nombre de la persona discapacitada sin que tenga que demostrar necesariamente que esas decisiones son tomadas en el superior interés de aquella o de acuerdo con sus deseos” (FJ 3º). Aquí introduce un elemento fundamental de la Convención, el respeto a los deseos de la persona con discapacidad, el respeto a la libertad de tomar sus propias decisiones, utilizando, si así lo precisare, un apoyo que la asista no que la supla.

Por último, en el fundamento tercero de la Sentencia, se recoge la propuesta de solución del MF, que, a su juicio, tendrá carácter intermedio -hasta que se adopten las medidas legislativas necesarias para adaptar el ordenamiento jurídico a la Convención- y es que, dentro de las instituciones tutelares, la que más se adapta a lo que la Convención denomina “apoyo” es la curatela, ya que la tutela tradicional es incompatible con el texto, al margen de que sean necesarias “soluciones frente a determinadas situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales sea necesario tomar una decisión en su nombre”. Sin embargo, 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, parece 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”.

A la vista de la argumentación del Ministerio Fiscal, podemos comprobar su plena subsunción en los principios y propósitos de la Convención, con la salvaguarda de relativizar el interés de la persona con discapacidad en pos de su voluntad, deseos y preferencias. Lógicamente, la postura del MF no contempla la compatibilidad del actual y vigente sistema jurídico en materia de discapacidad, ni la modificación de la capacidad, por un lado, ni el modelo de sustitución de la capacidad, por otro. Cuando hablábamos de la resolución como el marco de referencia de la vertiente doctrinal que comparte la idea de compatibilización del vigente sistema jurídico con la Convención, hacíamos referencia al razonamiento que expone el Tribunal. Esto es, mientras que el Ministerio Fiscal se encuentra lejano en dicha coexistencia o compaginación, el Alto Tribunal, la ve no sólo plausible sino concorde.

Así, el Tribunal se ciñe al modelo médico en el tratamiento de la discapacidad²²⁸, considerando que la “incapacitación” es una forma de protección, que no afecta a la capacidad jurídica y “no cambia la titularidad de derechos”. Asimismo, no considera que la incapacitación vulnere en modo alguno el principio de igualdad, dado que “al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión” (FJ 5º), lo cual a su juicio, es conforme con el principio de tutela de la persona y justifica su compatibilidad con la Convención, “dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad” (FJ 5º *in fine*). Añade la Sala, que el sistema de protección no ha de ser rígido ni estándar sino que debe adaptarse a la “conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada”, constituyendo una situación revisable fruto de la evolución que da lugar a la medida protectora (FJ 7º).

Aunque afirma que la incapacitación, la cual asemeja a la minoría de edad, no cambia la titularidad de los derechos fundamentales, sino que determina su forma de ejercicio, de manera que “el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales”, siendo la incapacitación una forma de protección con “características específicas y propias”²²⁹.

Resuelve conforme a la sentencia apelada, exponiendo la imposibilidad de “someter a una persona que sufre las limitaciones que quedan probadas en el presente procedimiento a una medida cautelar como es la curatela, que es una institución de guarda de la persona a la que se nombra un asistente en atención a su grado de discernimiento, para que pueda

²²⁸ CUENCA GÓMEZ, P., “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, en *Derechos y Libertades*, núm. 24, Época II, enero 2011, págs. 256 y 257, que califica la Sentencia como “una oportunidad perdida”, al desperdiciar el escenario para declarar la incompatibilidad del procedimiento de incapacitación con la Convención, así como para -a la espera de una adaptación normativa de los poderes públicos estatales del sistema de apoyo que promulga la Convención- realizar un interpretación del sistema de apoyo acorde con la CDPD, partiendo de la adopción de la curatela como medida de asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica y, por otra parte, promoviendo la individualización “para el caso concreto del sistema de apoyo requerido por la persona afectada”. Vid también CUENCA GÓMEZ, P., “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”, en *Redur IO*, diciembre 2012, pág. 63 y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., “Comentario a la sentencia de 29 de abril de 2009”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, enero-abril 2010, págs. 341 y 342.

²²⁹ Concluye su fundamento jurídico séptimo, recordando que ya no rige la tutela de familia y que la incapacitación “no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”.

realizar determinados tipos de actos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 289 C.c.; la curatela es un órgano estable, pero de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino completar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos. La diferencia se encuentra entonces en que 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 un complemento de capacidad” (FJ 8º). Con base en lo dicho anteriormente respecto de la concepción de apoyo que recoge la Convención, podemos observar que la fundamentación de la sentencia no se corresponde con la norma internacional, discrepando con la esencia de la norma internacional y especialmente con su artículo 12, al afirmar que la persona sometida a tutela “carece de capacidad de obrar”, abogando por el sistema de sustitución de la voluntad, incluso en casos como el presente donde queda demostrado en apelación que Dña. Victoria podía llevar a cabo distintos actos por sí misma, entendiendo y respondiendo de a las preguntas que concreción le eran planteadas. Por tanto, el sometimiento a una institución donde su voluntad, deseos o preferencias quedan relegados, incluso olvidados, denota -en el mejor de los casos- una sobreprotección de la persona que infravalora su capacidad decisoria.

De acuerdo con la resolución emitida por el Alto Tribunal se pronuncia CANTERO²³⁰, quien pone de relieve el valor del pronunciamiento judicial, emitido en Pleno, por unanimidad y aportando una “respuesta oficial” a las cuestiones que plantea el Ministerio Fiscal sobre la adecuación del ordenamiento jurídico en materia con discapacidad con la Convención, declarándolo compatible. Si bien, como reconoce el autor, si nos atenemos al texto internacional “procede la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo”, la cual requerirá de una profunda reforma legislativa. Si bien, a su juicio, podrían expresarse mejor y con mayor profundidad las instituciones tutelares procedentes de la reforma efectuada en 1983 que deja atrás los viejos patrones napoleónicos²³¹., de forma que el problema de la “gradación legal” entre tutela y curatela

²³⁰ GARCÍA CANTERO, G., “Persons with disability vs. Personas incapacitadas... o viceversa? Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006, en el Ordenamiento español”, en *Revista de Derecho Civil*, núm. 4 (octubre-diciembre 2014).

²³¹ Labor que, según el autor, parece haber sido abandonada por el propio legislador en favor de un “sistema propio” que, bajo su criterio, no respeta el Código civil ni se adecua a las directrices que inspiran al artículo 12 de la Convención.

que se suscita en la doctrina, podría solventarse con la aplicación de una con carácter general y la otra sólo de forma excepcional. Desde esta óptica, defiende CANTERO que siendo “lo único excepcional es la discapacidad” de la persona, la frecuencia al recurso de tutela como mecanismo de protección de la persona dependerá de los casos que se planteen en la práctica, puesto que no puede ser indiferente una realidad que muestra la existencia de personas que “carecen plenamente de entendimiento y voluntad”, siendo totalmente dependientes y “el problema se traslada a buscar la persona adecuada para sustituir su voluntad en el acto jurídico de que se trate”, de forma que “si en una comunidad determinada resulta que la mayoría de incapacitaciones que se tramitan es de carácter pleno y absoluto, no habrá que concluir por ello que allí se aplica el viejo esquema tutelar, sino que el Juez, a la vista de la prueba y de su examen personal del enfermo, cree justo establecerlo. Pero si, cuantitativamente, en un barrio o sector de la comunidad resulta que la mayoría de incapacitaciones por enfermedad mental que se tramitan son parciales, y se les asigna un curador, ello significará que el Juez cumple la ley, no aplicando estereotipos o categorías mentales, sino buscando el instrumento más eficaz para adaptarlo a la situación de cada enfermo”. Coincide, en este extremo, con gran parte de la doctrina especializada en que la curatela, tal cual está regulada en el ordenamiento jurídico, puede ser ese “apoyo” del que habla la Convención, por su flexibilidad respecto a la tutela, con la que considera, puede alternarse para determinados actos o negocios, al igual que podría hacerlo con otra forma de asistencia o acompañamiento que pudiera prever el legislador, siendo indiferente el “aspecto puramente terminológico de las instituciones jurídicas”²³².

En sentido similar, se manifiesta ALEMANY²³³, quien, haciendo una contundente crítica a la Observación de 2014, incide, en primer lugar, en el tratamiento uniforme que la Convención hace de la discapacidad, entendiéndolo que falta a la coherencia, puesto que la diversidad exige un tratamiento legislativo diferenciado, incluso dentro de la propia discapacidad como consecuencia de la diversidad que presenta y, en segundo, tras

GARCÍA CANTERO, G., “Persons with disability ...” op. cit., a pesar de estar escrito en 2014, lo cierto es que la legislación sobre las instituciones tutelares no ha variado ostensiblemente en estos años, aunque la expectativa corra a cargo de una próxima reforma.

²³² GARCÍA CANTERO, G., “Persons with disability ...” op. cit.

²³³ ALEMANY, M., “Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad (Una crítica a la Observación General nº 1(2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52 (2018), págs. 201-222.

argumentar una fuerte oposición al modelo social de discapacidad como vimos, aboga por el denostado paternalismo, entendiendo que si bien supone una coartación de la libertad y autonomía del sujeto lo hace con la pretensión y función de protegerlo, como se hace con los menores de edad con quienes, a su juicio, ha de compararse a los adultos con discapacidad mental o intelectual. Esta limitación de la libertad supeditada a la protección de la persona, es, a su juicio, la más respetuosa con su dignidad y con el principio de igualdad, desertándolos de un fin estancado en el desamparo²³⁴.

Sin duda el argumento más utilizado entre aquellos que defienden la conservación del proceso de modificación de la capacidad del sujeto y su consiguiente sometimiento a la institución tutelar, es el relativo a las personas cuya facultades intelectivas y volitivas se encuentran mermadas -incluso ausentes-, debido al desarrollo degenerativo de la enfermedad, a la senectud que adolece de senilidad o cualquier otra enfermedad que comporta tales consecuencias. En estos casos, a instancia de esta corriente doctrinal, urge la necesidad de representación de tales sujetos puesto que, de otro modo, quedarían bien desamparados, como hemos expuesto anteriormente, bien al arbitrio del abuso, el aprovechamiento, abandono, trato negligente o de cualquier otra condición.

Sin embargo, el marco que expone la Convención es general, para todas las personas en igualdad de condiciones con las demás personas, la especialidad viene en la individualización del apoyo que hace el Juez si estamos ante un apoyo judicial o la persona de forma voluntaria, ya que, una de las características preeminentes de la regulación del apoyo en el texto internacional, es su flexibilidad.

Como podemos apreciar, la mayoría de las críticas a la Convención y a las desavenencias entre el sistema jurídico español y la norma internacional, se sustentan en torno a la

²³⁴ Asimismo, expone; “El antipaternalista radical parece dispuesto a sacrificar los intereses de los más débiles para garantizar el respeto a la libertad, los cuales son tratados por eso mismo como un puro medio para los fines de los más fuertes; se les trata de forma indigna y se aseguran las condiciones para la desigualdad”, de forma que “El movimiento de vida independiente, el modelo social libertario, la Convención, el Comité, etc., están promovidos y protagonizados por discapacitados capaces, personas con deficiencias físicas y sensoriales, que han extendido sus conclusiones a los discapacitados incapaces, personas con deficiencias graves mentales, desconsiderando la especificidad de estos últimos y, a mi juicio, promoviendo un marco jurídico en el que el respeto por su dignidad e igualdad están menos asegurados”. ALEMANY, M., “Igualdad y diferencia...” op. cit.

representación de la persona. Esto es, ciertamente el número de personas con discapacidad que dependen totalmente de la asistencia de un tercero en el ejercicio de sus derechos no es el porcentaje mayor dentro de la discapacidad, si bien, coincidimos, en que es un tema que ha de quedar perfectamente recogido en cualquier legislación, puesto que está relacionado con la experiencia vital de un sector de la población y, por tanto, es preciso dedicarle el tiempo y atención necesaria. Realmente parece que, al derogar la tutela del ordenamiento jurídico, se esté desamparando a las personas dependientes en el mayor sentido de la palabra, cuando esa no puede ser en ningún caso la intención de un legislador que promueve un instrumento internacional reivindicativo de los derechos de las personas con discapacidad. Sería plenamente incoherente.

IV. JURISPRUDENCIA SOBRE EL APOYO.

El Tribunal Supremo ha intentado adaptarse al nuevo paradigma que presenta la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y, donde algunos han intentado cambiar la escena, el órgano ha optado por cambiar la dirección de la misma, puesto que, la casuística que comporta la discapacidad es tan variable como lo era años atrás, sin embargo, su percepción es la que supone el verdadero cambio.

En este sentido, la jurisprudencia ha llevado el paso cambiado respecto a la legislación, siempre más rápido, adecuándose a las necesidades sociales y a la demanda internacional. Mientras esperamos la ansiada reforma que introduzca plenamente el contenido de la Convención en el ordenamiento jurídico interno, los jueces y Tribunales -representados por nuestro Alto Tribunal- vienen interpretando la legislación conforme al texto internacional, reservando la tutela como mecanismo de representación a los menores de edad, omitiendo la aplicación de las instituciones de patria potestad prorrogada y patria potestad rehabilitada y centrando su atención en la institución de curatela, reputada como la opción más flexible y respetuosa con la persona, pudiendo comportar la figura del apoyo al que hace referencia la Convención.

Asimismo, como novedad más relevante -dentro de la importancia que revisten todas las incorporaciones que tratan de interpretar el ordenamiento jurídico interno a la Convención-, encontramos la consideración de la persona con discapacidad como sujeto

de derechos, teniendo de una voluntad, deseos y preferencias que han de ser respetados y que deben regir en las decisiones que les afecten, dejando atrás el tradicional patrón de protección. Ello no significa que se desproteja a la persona, sino que se haga en la medida que ella quiera y entienda, puesto que, la sobreprotección conlleva la coartación del principio de autonomía de la voluntad y, por ende, de del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

4.1 La consideración de la curatela como la institución más acorde con la Convención.

A objeto de respetar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, instrumento del que formamos parte como Estado y que, a su vez, forma parte de nosotros como norma integrante del ordenamiento jurídico nacional, el Alto Tribunal no ha escatimado en resoluciones donde ha proclamado a la curatela como el apoyo más acorde al texto internacional, dentro de las instituciones de guarda que componen el albero judicial.

Siguiendo a la norma internacional, se acoge como criterio rector en materia de capacidad de las personas, la promoción de su autonomía personal, de forma que el apoyo no constituya un lastre para su desarrollo, sino que trabaje por su fomento e independencia. Esta proyección de la autonomía abarca tanto el ámbito personal como el patrimonial, aunque manifestando cierta prudencia en el terreno de los derechos de la personalidad, fruto del principio general de protección del interés de la persona con discapacidad, que presenta el temor ante posibles abusos, manipulaciones o aprovechamientos²³⁵.

²³⁵ La STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 600/2015, de 4 de noviembre (RJ 2015\5138) ante un demandado con discapacidad intelectual leve, de carácter irreversible sin posibilidad terapéutica de modificación significativa de su estado, cuya situación comporta una merma de sus capacidades de querer, entender y libre determinación, concretamente en relación a actos de especial trascendencia tales como actos de disposición patrimonial, compraventa, donación, testamento, matrimonio..., donde le es complicado conocer y prever las consecuencias de su realización, plantea la conveniencia de “un control por parte de terceros de la adecuación de estos actos; supervisión que también requiere en el ámbito sanitario”. En orden a evitar esa posibilidad de manipulación a la que apunta el Tribunal como consecuencia de la vulnerabilidad de la situación del sujeto, encomienda como apoyo al curador, quien deberá completar su discapacidad, pero sin anular su autonomía personal, precisando que la persona conservará su iniciativa (FJ 4º). En este sentido también se pronuncia la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 298/2017, de 16 de mayo (RJ\2017\2207), cuyo pronunciamiento trae causa de la modificación parcial de la capacidad del

De esta forma, la doctrina judicial considera que la reinterpretación de la curatela de acuerdo con los designios de la Convención internacional como la institución más propicia y adecuada para alcanzar su propósito, de forma que se ha de aplicar desde la óptica del modelo de apoyo y asistencia, siguiendo como principio fundamental el interés de la persona con discapacidad, “manteniendo su personalidad”²³⁶. Si bien, como hemos tenido ocasión de poner de manifiesto, el principio rector de la Convención no es en sí el interés superior de la persona con discapacidad entendido como principio de protección, sino su voluntad, deseos o preferencias. La persona es el eje motriz de su propia vida, por lo que, si existen varios intereses en juego, la balanza de ponderación ha de decantarse por el peso de la voluntad y cuando esta sea desconocida e imposible de conocer, ni analizando su trayectoria vital, entonces habrá que abogar por el estándar del interés superior de la persona. A este punto, podríamos añadir aquellos casos en los que la persona viva una realidad imaginaria, en la que la voluntad manifestada no sea real sino fruto de su situación, de su discapacidad, que la haga vulnerable a la misma consideración de lo que quiere y pretende.

Es doctrina del Tribunal, concebir la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde un modelo de apoyo y asistencia y el principio superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere su complemento de capacidad, establecido para proteger su propia personalidad, de acuerdo con el texto internacional²³⁷.

Huelga decir, como pone de manifiesto el Tribunal Supremo, que, aunque pueda parecer en ciertos extremos lo contrario y, a pesar de que en sus inicios abordó exclusivamente

recurrente, instaurando como apoyo la medida de tutela, extremo que es revocado por la Sala de casación. La sentencia de apelación consideraba probada la enfermedad persistente del recurrente que le provoca un deterioro cognitivo y alternaciones de conducta, más al mismo tiempo amplía sus potestades patrimoniales al entender que mantiene una “alta reserva cognitiva”, lo cual contraría la constitución del régimen de tutela, puesto que, a juicio de la Sala Suprema, esta institución sólo se aplica a aquellas personas que se encuentre totalmente privadas de toda capacidad de decisión “de modo que otro deba decidir en su lugar” (FJ 5º). Ante esta situación, la curatela es el recurso legal propicio, por su carácter flexible de contenido asistencial. También la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 553/2015, de 14 de octubre (RJ\2015\4755) se pronuncia en favor de la curatela, revocando el pronunciamiento relativo a la constitución de la institución tutelar de apelación.

²³⁶ Fundamento jurídico cuarto de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 373/2016, de 3 de junio (RJ 2016\2311).

²³⁷ Fundamento jurídico segundo de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 617/2012, de 11 octubre (RJ 2012\9713).

tal ámbito, la curatela no se ciñe a la asistencia o apoyo en la esfera patrimonial del sujeto, a pesar de que así proceda en el caso de emancipados (art. 323 CC) y pródigos²³⁸.

Asimismo, el Código civil señala, en su artículo 290, que si la sentencia de modificación de la capacidad no hubiere especificado los actos en que se precise la intervención del curador, “se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial”²³⁹. A pesar de la pertinencia de este precepto, transcrito para eliminar cierto riesgo de confusión o inseguridad jurídica, es necesario enlazar su contenido con la obligatoriedad de desglosar los actos que requieren la asistencia del curador en la sentencia judicial.

Por último, en cuanto al defensor judicial como figura jurídica de tránsito, de aparición y función esporádica, pudiendo llegar a ser intermitente pero nunca perpetua, radicada en la existencia de un conflicto de intereses entre partes o en la ausencia de apoyo, mantiene su vigencia bajo la Convención.

Cabe la posibilidad, como ha determinado el Tribunal Supremo, de que el defensor judicial se convierta en apoyo de la persona con discapacidad, lo cual no supone de por sí la existencia de un conflicto de intereses, dado que su existencia comporta una garantía para la persona, defendiendo sus intereses y apelando a su voluntad, de acuerdo con la normativa vigente²⁴⁰.

²³⁸ Así lo recogen, entre otros, el fundamento quinto de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 298/2017, de 16 de mayo (RJ\2017\2207) y Fundamento jurídico cuarto *in fine* de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 600/2015, de 4 de noviembre (RJ 2015\5138), manifestando este último, la multiplicidad de decisiones que en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo le atribuyen al curador “una función de control, supervisión y apoyo en lo personal”.

²³⁹ Como recuerda el pronunciamiento cuarto de la mencionada STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 600/2015, de 4 de noviembre (RJ 2015\5138), la intervención del curado no se circunscribe de forma inexorable a los actos referidos en el art. 290 C.c., sino que su extensión abarca a todos aquellos que precisen asistencia; al margen de que, cuando la sentencia no lo especifique, “el legislador se refiere 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”.

²⁴⁰ Como reconoce la Sala de lo Civil del Tribunal, el nombramiento de defensor judicial está previsto en la ley como una garantía para aquellos casos en los que el Ministerio Fiscal promueve el proceso de modificación de la capacidad del sujeto que comparece sin defensa propia ni representación pero ello no supone, en modo alguno, la desprotección de la persona o la contravención de sus intereses, incluso cuando sea el futuro apoyo el mismo que ejerce como defensor judicial. Tanto es así que en el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 27 de marzo de 2019 (JUR 2019\113271), se desestima el recurso

4.2 La excepcionalidad de la tutela.

En la actual regulación jurídica del sistema de apoyos sito en el ordenamiento jurídico nacional, el Tribunal Supremo ha declarado la compatibilidad del sistema de guarda y tutela con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad²⁴¹. Bajo esta premisa, ha resaltado la preferente viabilidad de la curatela como apoyo que asiste a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica cuando así lo precise y declare el órgano judicial, relegando la tradicional tutela a supuestos excepcionales, adoptando, por ende, un carácter excepcional, de última ratio.

A pesar de los intentos judiciales por modular la institución de tutela, la misma no se puede convertir en algo que no reconozca su naturaleza, dado que podría desembocar en su inutilidad dentro del sistema al inducir a confusión y ambigüedad. Por ello, el recurso a la tutela constituye la forma de apoyo más intensa dentro del ordenamiento, dirigida a aquella persona que carezca de poder decisorio en los asuntos que le afecten a consecuencia de una imposibilidad material, ni por sí misma ni con el apoyo de otras personas²⁴².

De acuerdo con la jurisprudencia, se reserva la tutela a aquellos supuestos donde tenga lugar la modificación judicial plena de la capacidad (y no en todo caso), mientras que la curatela se concibe con mayor flexibilidad para modificaciones de la capacidad parciales²⁴³.

por falta de interés casacional, ya que, se basaba en el conflicto de intereses existente por el mero hecho de que el defensor judicial fuere posteriormente constituido como apoyo legal -en el caso comentado, tutor-del recurrente.

²⁴¹ Pionera en la manifestación de este entendimiento fue la comentada a lo largo de este texto STS de 2009.

²⁴² Fundamento quinto de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 298/2017, de 16 de mayo (RJ\2017\2207), donde se recoge esta doctrina judicial del Tribunal Supremo.

²⁴³ Así lo recoge el fundamento jurídico sexto de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 557/2015, de 20 de octubre (RJ\2015\4900) que recuerda el criterio restrictivo acordado por la jurisprudencia en torno a las limitaciones de derechos fundamentales, adoptando en consecuencia la medida más favorable al interés de la persona con discapacidad y evitando así “una posible disfunción en aplicación de la Convención de Nueva York”, teniendo en cuenta “de forma fundamental la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto del ámbito personal y

4.3 El principio del fin de la patria potestad prorrogada y de la patria potestad rehabilitada.

En el trascurso de este tránsito de adaptación del ordenamiento jurídico interno a la Convención, hay, especialmente, una cuestión que reluce clara y evidente en torno a las posibles modalidades de apoyo que revistan el contenido del texto internacional, y es que la patria potestad prorrogada y rehabilitada no tienen cabida en tal planificación. De hecho, a pesar de las diferencias presentes en la doctrina en cuanto a la instauración de régimen gradual de la figura de apoyo, dejando al margen su denominación, o la conservación de las instituciones de guarda tradicionales, ambas posturas son coincidentes en la obsolescencia de la figura de la patria potestad en adultos, recurso que faculta la infantilización de la persona con discapacidad mayor de edad, coartando su autonomía y desarrollo de la personalidad.

Es más, como ha tenido ocasión de poner de manifiesto el Alto Tribunal, la rehabilitación de la patria potestad aplicada a una persona mayor de edad, se opone a las medidas que “sirven para complementar” la capacidad de la persona en cada caso según la Convención y no discurre en beneficio de la persona con discapacidad²⁴⁴.

La contrariedad de tales instituciones, puesta de manifiesto también en la Sentencia de 20 de octubre de 2014²⁴⁵, con la Convención, arraiga no solo en la falta de adecuación al texto internacional al tratarse de medidas rígidas de gran alcance jurídico y terminológico

familiar, que le permita sobrevivir independiente para cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los errores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando que se dé una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la convención. Procede instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a efectos de proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiendo el ejercicio de la capacidad obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen, como precisa el artículo 12 de la convención” (FJ 5º). En igual sentido encontramos el fundamento jurídico tercero de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 337/2014, de 30 de junio (RJ\2014\4930).

²⁴⁴ Fundamento jurídico cuarto *in fine* de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 600/2015, de 4 de noviembre (RJ 2015\5138).

²⁴⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 544/2014, de 20 de octubre (RJ 2014\5610).

que, como apunta el Ministerio Fiscal, no tienen en cuenta, como principio rector y fundamental, “la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, que le permitan ser consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando en suma la capacidad acreditada en cada caso”, sino que, además, no albergan el concepto de apoyo individualizado, personalizado y efectivos que promueve la Convención, que protegen la personalidad de la persona en un régimen de igualdad de condiciones con los demás, permitiendo el ejercicio de su capacidad en los distintos ámbitos de su vida, bajo las salvaguardas que establece su artículo 12.

Por ello, la jurisprudencia opta por la constitución de la curatela, que, reinterpretada a la luz de la Convención, deviene como la institución que mejor traslada ese modelo de apoyo y asistencia por el que aboga la norma internacional²⁴⁶.

4.4 Salvaguardias y principio de proporcionalidad.

La Convención incide, en su artículo 12.4, en el compromiso de los Estados respecto a que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen “salvaguardias adecuadas y efectivas”, a objeto de impedir posibles abusos, de acuerdo con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Tales salvaguardias se crean para asegurar que las medidas de apoyo relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, respeten los derechos, la voluntad y preferencias de la persona, evitando el conflicto de intereses y la influencia indebida, siendo proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona individualmente considerada, contando con una aplicación eficaz y certera en el menor plazo posible y sujetas a exámenes periódicos por parte de la autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial. Concluye este

²⁴⁶ Tras dos instancias donde se rehabilita la patria potestad a una persona que no tiene mermadas su capacidad de autogobierno, pero motivan su constitución por la ligazón entre la discapacidad sensorial que aduce el demandante junto a su prodigalidad, el Tribunal Supremo en STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 544/2014, de 20 de octubre (RJ 2014\5610), considera tal medida contraria a la Convención y, por tanto, desproporcionada a la situación del recurrente. Por ello, instaura la curatela, desde un enfoque de apoyo y asistencia, delimitada por el contenido de la sentencia en lo referente a su gobierno y control sobre su patrimonio, precisando que no cabe anular su capacidad económica.

apartado el texto internacional, recordando que las salvaguardias han de ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona.

Estas instrucciones se ponen en las manos de cada órgano estatal competente en la materia, orientando la interpretación de la materia al contenido de la Convención. Y así lo recoge la doctrina del Tribunal Supremo, manifestando la obligación de interpretar el sistema de apoyos del Derecho español conforme a los preceptuado por la Carta internacional²⁴⁷.

Asimismo, la legislación vigente, de acuerdo con el mandato de la Convención, establece a modo de garantía la exhaustiva descripción de los actos que el órgano judicial considera con base a la probatoria, que puede realizar por sí solo y aquellos para los que precisa apoyo. Esta descripción ha de obedecer a las circunstancias de la persona concreta, adaptándose a la casuística en claro reflejo a ese “traje a medida” al que aludía la jurisprudencia nacional²⁴⁸, no siendo admisible la estandarización (el “copia y pega” no tiene cabida cuando hablamos de materias personales que afectan al ámbito vital de la persona)²⁴⁹.

²⁴⁷ Así queda reflejado en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 298/2017, de 16 de mayo (RJ\2017\2207), donde se hace una breve exposición de la doctrina imperante en el Alto Tribunal en relación a la temática tratada.

²⁴⁸ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 282/2009, de 29 de abril (RJ 2009\2901).

²⁴⁹ Por todas, a modo de ejemplo véase el fundamento jurídico quinto de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 298/2017, de 16 de mayo (RJ\2017\2207), donde se describen exhaustivamente los actos para los que el recurrente precisa de apoyo. Así, bajo la constatación de que D. Leopoldo tiene una discapacidad intelectual que limita su autogobierno tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, el Tribunal considera pertinente complementar su capacidad mediante el nombramiento de un curador en los siguientes actos:

- En la esfera personal, D. Leopoldo precisará la intervención de su curador para decidir sobre aquellas actividades que trasciendan de la vida ordinaria, así como para todas las relativas al ámbito de la salud, a excepción de las situaciones que revistan el carácter de urgencia e inmediatez reconocidas en el art. 9.2 b) y 9.3 de la Ley 4/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente.
- En la esfera patrimonial, el Tribunal considera demostrado que D. Leopoldo puede gestionar y administrar la mitad de su pensión, conservando su iniciativa, pero precisando la asistencia de su curador en el ejercicio de los actos recogidos en los artículos 271 y 272 C.c., que son aquellos para, en primer lugar, los que el tutor necesita autorización judicial y, en segundo, los que precisan de aprobación judicial una vez ejecutados (partición de la herencia o división de la cosa común).
- Se inhabilita a D. Leopoldo a la conducción de vehículos de motor, así como a la tenencia y uso de armas, ámbitos donde no tiene actuación el representante ni asistencia del curador.
- Se declaran extintos los poderes que hubiere podido otorgar.
- Se declara la conservación del derecho de sufragio activo.

4.5 Garantías derivadas del control judicial.

La actuación del apoyo legal conlleva una serie de garantías derivadas del control judicial y fiscal que precede a la adopción de estas medidas. Así se suele imponer la obligación de rendición de cuentas en relación a las alteraciones del patrimonio de la persona a quien presta apoyo, donde se detallan los gastos e ingresos acaecidos en la masa patrimonial, acompañada de documentación original: justificativos de los mismos y entrega en el Juzgado conecedor del asunto²⁵⁰, así como periódicos informes sobre la situación personal de la persona con discapacidad.

El Tribunal Supremo ha reiterado, entablando doctrina jurisprudencial, que el proceso de modificación judicial de la capacidad previsto en el ordenamiento jurídico interno es plenamente compatible con la Convención, ya que, se considera una forma de protección de la persona con discapacidad, que no afecta a la titularidad de sus derechos fundamentales. Para dotar de eficacia a esa obligación de respeto de la esfera de personalidad del sujeto, se precisa “la necesaria flexibilidad del sistema de protección de la persona en atención a una gradación de efectos que debe adaptarse a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada, a una revisabilidad de la situación, según la evolución de la causa que dio lugar a la medida de protección, y además, caso que nos ocupa, a valorar especialmente, siempre que sea posible, la esfera de autonomía e independencia individual que presente la persona afectada en orden a la articulación y desarrollo de la forma de apoyo que se declare pertinente para la adopción o toma de decisiones. Voluntad y preferencia de la persona que constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse menoscabada en la aplicación del interés superior de que se trate”. Por ende, el Tribunal entiende que el

- En cuanto al derecho a otorgar testamento, al tratarse de un acto personalísimo, el Tribunal se acoge al art. 665 C.c., conforme al cual el notario designará dos facultativos para que reconozcan al futuro testador con anterioridad al otorgamiento a fin de que acrediten su capacidad.

²⁵⁰El fundamento jurídico cuarto *in fine* de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 600/2015, de 4 de noviembre (RJ 2015\5138) recoge este deber de información del curador al Juzgado, que deberá llevar a cabo el apoyo de forma periódica, cada seis meses, inclusive antes si fuere necesario, sobre la situación personal de la persona con discapacidad y la rendición de cuentas de su gestión a fecha de 31 de diciembre de cada anualidad.

proceso de modificación de la capacidad debe hacerse siguiendo un criterio restrictivo como consecuencia de la afectación de derechos fundamentales que comporta²⁵¹.

4.6 El Ministerio Fiscal en la aplicación de la Convención.

Es cuanto menos reseñable la labor del Ministerio Fiscal en su dedicación de aplicar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, utilizando y dotando de una interpretación a las normas del ordenamiento jurídico interno. Así, incluso el lenguaje utilizado en sus recursos intenta subsumirse plenamente en la norma internacional, como en las Sentencias de 8 de noviembre de 2017²⁵² de 15 de junio de 2018²⁵³, donde promueve la modificación de la capacidad de la persona -modificación que no prevé la Convención pero que aún está vigente en nuestro ordenamiento, a expensas de una futura reforma varíe el procedimiento por uno de provisión de apoyos- y compele al Tribunal a que se pronuncie sobre la capacidad jurídica del demandado, los medios de apoyo que le puedan proveer, nombrando no solo aquellos que el Código civil acoge sino también “cualquier otro medio de apoyo” que se considere adecuado a la situación de la persona y, por último, se acuerden las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica, las cuales han de ser proporcionales a las circunstancias personales.

Como hemos podido comprobar, el Ministerio Fiscal no se ciñe a la tipología de apoyos contenida en el Código civil, sino que abre la puerta a cualquier tipo de apoyo que se adecuó a las circunstancias de la persona, imperando un criterio más flexible, donde prima

²⁵¹ Fundamento jurídico tercero de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 337/2014, de 30 junio (RJ 2014\4930). Como alega el Tribunal en su argumentación, no es discutible que la modificación judicial de la capacidad, ya sea total o parcial, debe acordarse siguiendo siempre un criterio restrictivo de las limitaciones de derechos fundamentales que *per sé* supone. Para evitar una disfuncional aplicación de la Convención, el Ministerio Fiscal propone que se considere, como principio fundamental, “la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, que le permitan hacer una vida independiente, pueda cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, mas allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención”. Para alcanzar tales objetivos, el órgano judicial entiende que la mejor opción es el régimen de curatela, puesto que “es el que mejor responde a las necesidades de protección en consecuencia con el ejercicio de sus derechos fundamentales”.

²⁵² STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 597/2017, de 8 noviembre, (RJ 2017\4760).

²⁵³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 362/2018, de 15 de junio (RJ 2018\2449).

la asistencia en la necesidad de la persona. Por tanto, instituciones como la tutela o la patria potestad prorrogada o rehabilitada, quedan descartadas por su rigidez y por ser instituciones sustitutivas de la voluntad.

Reitera el órgano en la resolución previamente mencionada, la consideración de la tutela como forma de apoyo más intensa que, a su juicio, puede resultar procedente y necesaria cuando la persona no pueda tomar decisiones sobre los asuntos que le afecten o competan, ya sea por sí misma ni con la prestación de apoyo por terceros. Así de acuerdo con el artículo 267 C.c., el tutor se erige como representante de la persona con la capacidad judicialmente modificada, a excepción de aquellos actos que pueda realizar por sí misma. Mas, siempre que exista un apoyo acorde a las circunstancias personales de la persona con discapacidad que no suponga la sustitución de su voluntad y le asista en la toma de sus decisiones, será preferible. Tal función, ha sido declarada por la jurisprudencia, puede ser ejercitada por la curatela, concebida como un complemento de capacidad, la prestación de la asistencia necesitaría que no supone la sustitución de la persona con discapacidad.

El Ministerio Fiscal ha intentado introducir en alguna ocasión la figura del apoyo en nuestro sistema jurídico, al margen de las instituciones de apoyo. Así en la STS núm. 617/2012, de 11 octubre, tras admitir a trámite el recurso de casación y evacuado el traslado conferido, el Ministerio Fiscal introduce un elemento de especial trascendencia y novedad, de acuerdo con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y es que, en su escrito, una vez afirmada la necesidad de apoyo por parte del recurrente, entiende que “quizás fuese bueno que esta Sala razonase sobre la institución jurídica del apoyo y aún en el presente caso, sustituya la curatela, que tiene una regulación en el Código Civil (LEG 1889, 27) que no debe ser deformada (para no distorsionar la seguridad del tráfico Jurídico), por la figura jurídica del apoyo”. De esta forma, hace referencia a la figura jurídica del apoyo que, como tal, no está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, más allá de la Convención, puesto que tal apoyo es prestado por las instituciones de guarda según la situación de necesidad del sujeto. Pero, efectivamente, el Ministerio Fiscal aboga por una amplitud de la perspectiva, haciendo referencia a la

figura proclamada por la Convención pero que aún hoy carece, como tal de configuración jurídica, puesto que se ha atribuido tal papel a la curatela²⁵⁴.

²⁵⁴ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 617/2012, de 11 octubre (RJ 2012\9713).

PARTE II

EL EJERCICIO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO I

EL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

I. INTRODUCCIÓN.

A pesar de las modificaciones introducidas en la legislación española, es evidente que aún no se alcanzado la plena aplicación de la Convención de Naciones Unidas. Es cierto, que se ha prosperado considerablemente en materia de igualdad y no discriminación, comportando con ello, el necesario reconocimiento de las personas con discapacidad como titulares de derechos y obligaciones y de su aptitud para ejercitar los mismos, bien por sí solos o, bien, asistidos por un apoyo personalizado a su situación que les permita actuar en el ámbito jurídico. Desde luego, no es plausible, hablar de plenitud siendo su antítesis limitación, restricción o desigualdad, imperante en distintos aspectos jurídicos. Especialmente relevantes o delicados, sin desmerecer el resto de ámbitos, son las esferas de la personalidad, donde la representación es cuestionable en algunos casos, inviable y antijurídica en otros, de forma que la situación de la persona queda ciertamente en una especie de limbo jurídico: encuentra la puerta abierta de la Convención y la puerta cerrada del ordenamiento jurídico español.

La amalgama de derechos reconocidos como fundamentales o intrínsecos a la personalidad de los sujetos, conforman la esfera más íntima del individuo. La esencialidad de este acervo jurídico radica en su inherencia al desarrollo de la personalidad de todas

las personas, manifestación de su dignidad. Apunta LASARTE²⁵⁵ que estos poderes jurídicos “han de ser considerados como un *prius* respecto de la propia Constitución, en el sentido de que los derechos de la personalidad o derechos fundamentales constituyen un presupuesto de la propia organización política constitucionalmente establecida”.

Atendiendo a la lógica, estos derechos se tienen en su plenitud o, por el contrario, se carece de ellos. Cercenar o limitar su ejercicio conlleva su desarraigo.

Los derechos dimanantes de la esfera familiar de la persona constituyen parte de su núcleo de decisión más íntimo, derivados del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, reconocido y amparado constitucionalmente. Reflejo de esa autodeterminación del sujeto es la libertad para decidir la trascendencia jurídica de que se dota a la relación sentimental existente entre dos personas. En este contexto, es de rigor el pensamiento recurrente hacia la institución familiar de mayor tradición y arraigo jurídico, como es el matrimonio. De esta forma, a objeto de nuestro estudio, centraremos nuestra exposición en los dos episodios más destacados de la institución, como son el comienzo y disolución del vínculo, pero tomando como sujeto de derechos a la persona con discapacidad.

A raíz de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York en 2006, se culmina una transgresión errática en la concepción de la persona con discapacidad como sujeto de derechos, adoptando un modelo de discapacidad social, en el que impera la voluntad de la persona con discapacidad, por encima del principio del interés superior de la misma, regente aún en fuertes sectores de los ordenamientos jurídicos firmantes del instrumento de derechos humanos.

A nivel nacional, si bien se han hecho modificaciones legislativas de adaptación a la Convención, no puede afirmarse su entera aplicación, a pesar de la larga y tradicionalmente aventajada, carrera jurisprudencial. Mas, la reforma del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad se presume inminente, como demuestra el Anteproyecto de Ley de por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de septiembre de 2018 que, constituiría la regulación más afín hasta ahora a la Convención.

²⁵⁵ LASARTE, C., *Parte General y Derecho de la persona. Principio de Derecho civil I*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pág. 152.

A este respecto, con motivo del presente estudio, analizaremos los derechos relacionados con la institución matrimonial, centrandó nuestra atención en las especificaciones establecidas por ley para un sector poblacional concreto, como son las personas con discapacidad.

De esta forma, estudiaremos brevemente la capacidad exigida por el Código civil para contraer matrimonio o *ius connubii* de la persona con discapacidad, referenciando el criterio de la Dirección General de Registros y Notariado y la más reciente jurisprudencia, como lo es, a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo número 145 de 15 de marzo de 2018. La doctrina reciente emanada de ambas instituciones guarda estrecha congruencia con la normativa internacional y próxima reforma, puesto que señalan la regencia del principio *favor matrimonii* y la capacidad natural del sujeto para proceder al “sí, quiero” más famoso de la historia, primando las facultades volitivas e intelectivas de la persona en el momento de contraer matrimonio por encima de la modificación de la capacidad, ya que su impedimento impuesto de forma antecesora en sentencia conculca un derecho considerado de rango fundamental como es el libre desarrollo de la personalidad.

Sin embargo, la finalización del vínculo matrimonial en relación a la legitimación para el ejercicio de la acción de separación o divorcio, no se asienta hasta tiempo reciente en un criterio unificado. En este sentido, la discrepancia surge en torno a distintos puntos: la consideración de la acción como personalísima y la posible legitimación de terceros a su ejercicio. En este extremo, se confrontan dos parámetros: la entendida inherencia de la acción a la esfera de personalidad de la persona y el interés superior de la persona con discapacidad.

II. DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

2.1. Consideraciones generales.

La personalidad de un sujeto la conforman diversos derechos subjetivos, los cuales le acompañan desde su creación hasta su muerte. Es una esfera íntima, privada y personal. Aunque tiene diversas peculiaridades, pues si bien la gama de derechos y su contenido es el mismo para todos los sujetos, puede superar esa esfera íntima y exponerse a distintos

niveles. Ello es facultad de su titular o, en caso, de imposibilidad de su ejercicio, de un tercero que complemente su capacidad.

En el caso del derecho al honor que también es aludido en este ámbito, le dedicamos una mención especial debido a su peculiaridad y a la vez disparidad respecto a los otros derechos mencionados.

Estamos ante un llavero de derechos personalísimos que alcanzan la notoriedad de humanos, como ya incorporaba la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Dichas injerencias, reconocidas en nuestra legislación nacional como “intromisiones ilegítimas” comportan una excavación ilícita en la esfera íntima de la persona, aunque existen excepciones legalmente reconocidas en orden a proteger un bien jurídico prevalente en un juicio de ponderación coherente y asertivo, como veremos en párrafos posteriores.

El reconocimiento y proclamación de estos derechos ha sido pregonado por numerosos cuerpos normativos, tanto a nivel nacional como internacional. Centrándonos en el segundo tipo, es preciso aludir al Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales²⁵⁶, en cuyo artículo 8, titulado “Derecho al respeto a la vida privada y familiar”, dice:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

256 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Al mismo tiempo, dicho texto limita o cuanto menos, advierte acerca de la necesidad de protección de determinados derechos que participan de la reputación y la intimidad de una persona, velando por su bienestar y sus derechos. Así impone la primera cortapisa al principal adversario de tales derechos: el derecho a la libertad de expresión. Por ello, en su artículo 10 establece que: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. (...)”, mas “2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. En consonancia con el articulado de la Declaración Universal de Derecho Humanos, encontramos el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, donde reitera que “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.” y; 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Por su parte, nuestra Constitución enclava los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en su artículo 18, en el Título Primero denominad “De los derechos y deberes fundamentales”, capítulo segundo “Derechos y libertades”, Sección 1ª “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”. Por tanto, encontramos al citado entramado de derechos dentro de los derechos fundamentales, personalísimos, amparados con la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico. Su rango, así como su esencialidad, sin despreciar en ningún momento al resto de derechos subjetivos reconocidos y regulados por los distintos preceptos normativos, queda reflejado por el bien jurídico que protege el primer artículo del Título primero al que hacíamos mención: la dignidad de la persona, con cuya cual relaciona y pende el libre desarrollo de la personalidad a través del respeto a sus derechos con el objeto de mantener el orden

político y la paz social (art. 10 CE). A este respecto, el filósofo alemán KANT²⁵⁷ distinguía claramente entre “valor” y “dignidad”, concibiendo la segunda como un valor intrínseco de la persona moral, la cual no admite equivalentes. En su libro denominado *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Kant²⁵⁸ alude ampliamente al concepto de dignidad humana:

En el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente, en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad. Lo que se refiere a las inclinaciones y necesidades del hombre tiene un precio comercial, lo que, sin suponer una necesidad, se conforma a cierto gusto, es decir, a una satisfacción producida por el simple juego, sin fin alguno, de nuestras facultades, tiene un precio de afecto; pero aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor interno, esto es, dignidad.

La consideración del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen como derechos fundamentales supone la amplitud de su tutela judicial efectiva, pues en caso de vulneración el afectado o su representante podrá acudir ante la jurisdicción ordinaria a través de juicio ordinario, sino también ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo como reconocen los artículos 249.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁵⁹ y 41.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional²⁶⁰.

257 MICHELINI, D.J., “Dignidad humana en Kant y Habermas”, en *Estudios de filosofía práctica e historia de las ideas*, Nº 1 (junio 2010).

258 KANT, M., *Metafísica de las Costumbres*, texto íntegro de la traducción de Manuel García Morente, Edición de Pedro M. Rosario Barbosa, Primera Edición, San Juan, Puerto Rico, 2007.

259 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 249 bajo la rúbrica *Ámbito del juicio ordinario*, en cuyo apartado primero, párrafo segundo, dice: “Se decidirán en juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía: 2º. Las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente”.

260 Artículo 41.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional: “Uno. Los derechos y libertades reconocidos en los artículos catorce a veintinueve de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su

En conclusión, la Ley 1/1982, de 5 de mayo, reconoce tres derechos cuyo contenido difiere entre sí, más cuya regulación es unitaria y complementaria en muchos casos (muy habitualmente, la jurisprudencia alude a dos de ellos o incluso a tres, pues su conculcación puede ser complementaria y simultánea, apuntando que cada uno de ellos protege un bien jurídico diferente. Imaginemos, por ejemplo, el caso de unas fotos indiscretas tomadas en el porche familiar de una persona en las cuales aparece el afectado en actitud comprometida, las cuales posteriormente son publicadas. En el supuesto presentado el paparazzi y la revista que publica las fotografías, vulnerarían los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del afectado).

El primero de los derechos en cuestión protege un bien jurídico indeterminado, o al menos, a lo largo de la historia no se ha conceptualizado de forma clara y específica, a pesar de ser objeto de múltiples resoluciones jurisprudenciales. A pesar de ello nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de enero de 1990, cohesionó el honor como un derecho derivado de la propia dignidad humana²⁶¹.

El Tribunal Constitucional, por otro lado, delimitó el ámbito de afectación del derecho a la intimidad, tanto personal como familiar, doble vertiente de un mismo derecho que puede verse ofendido de forma conjunta o individual, constando como dos derechos fundamentales jurídicamente protegidos de forma unitaria. En sentencia de 2 de diciembre (1988), en concreto en su fundamento jurídico cuarto, describe superfluamente el contenido del derecho a la intimidad personal y familiar:

tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo treinta de la Constitución”.

²⁶¹ Así añadió que “Es indudable que el honor es un derecho derivado de la dignidad humana a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o los demás reconocido como derecho fundamental, y cuya negación o desconocimiento se produce, primordialmente, a través de cualquier expresión proferida o cualidad atribuida a determinada persona que, inexcusablemente, la haga desmerecer en su propia estimación o en el público aprecio, por ello, conforme ha ido perfilándose a lo largo de constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala, el ataque se desenvuelve tanto en el marco interno de la propia persona afectada y de su familia, como en el externo o ámbito social y profesional, en el que cada persona desarrolla su actividad; sin que la libertad de expresión, por otro lado, pueda justificar la difusión y atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos o susceptible de serlo por los datos o detalles difundidos, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, reprochables a todas luces, sean cualesquiera los usos sociales del momento. Asimismo, es indudable que la protección jurisdiccional debe dispensarse haciendo aceptación de las características y circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sin que sea legítimo radicalizar las expresiones difundidas, extrayéndolas o desligándolas del contexto del escrito que las contiene, debiendo acudir siempre a la totalidad del mismo, para inducir así su verdadero sentido, siendo obligado, también, tomar en consideración la finalidad perseguida”.

(...) debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen. Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos, no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho -propio, y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegible.

El último derecho referenciado es aquél que protege la propia imagen de la persona. Lo específico de este derecho en palabras del Tribunal Constitucional²⁶² es:

(...) la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana (STC 231/1988, de 2 de diciembre [RTC 1988, 231] F. 13). Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, F. 3, y 99/1994, de 11 de abril [RTC 1994, 99] , F. 5). En la medida en que la libertad de la persona se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y de las características del mismo, es evidente que con la protección constitucional de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión

²⁶² STC núm. 81/2001, de 26 de marzo (RTC 2001/81).

sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen (STC 117/1994, de 25 de abril [RTC 1994, 117] , F. 3).

2.2. Especial status del derecho al honor.

Un elemento esencial para en la relación jurídico privada entre la persona que cede, comercia o transfiere sus derechos de imagen y/o a la intimidad personal y familiar, puesto que denotamos que el derecho al honor no es un bien apto para su comercio, ya que cuando hablamos de este tipo de derecho lo hacemos desde una perspectiva pasiva, es decir, cuando se produce su vulneración, puesto que su cesión es imposible debido a su inherencia e inalienabilidad. Por tanto, usted no puede ceder su honor en pos de un contrato, aunque éste le interesara, puesto que sobre determinados bienes jurídicos no se pueden establecer relación comercial alguna. Sin embargo, en el caso de los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por separado o en conjunto, permiten su cesión que no su renuncia puesto que todos ellos son derechos fundamentales inherentes a la persona desde su nacimiento

La frontera entre la propiedad absoluta y el disfrute del ejercicio de un derecho y su comercialización, divulgación y, por ello, demarcación de ciertas facultades respecto al ejercicio que le corresponde de forma absoluta a su titular por el mero nacimiento, lo marca su cesión a través del núcleo esencial en cualquier relación jurídica e incluso social y económica: el consentimiento. El consentimiento supone no sólo la cesión de ciertas facultades en el ejercicio de los derechos de la personalidad sino también compartir una esfera personal que de otro modo siempre sería privada. Digamos que sino consintiéramos su comercialización dicha faceta estaría blindada y protegida de intromisiones ilegítimas. Cabe aclarar que la cesión no supone su renuncia, puesto que los derechos de la personalidad, elevados a fundamentales en la Constitución de 1978, puesto que son derechos irrenunciables, nos acompañarán toda la vida e incluso velarán un tiempo la muerte. Ciertamente es también que en cualquier momento el titular del derecho o, su tutor o el Ministerio Fiscal, puede revocar dicho consentimiento. Pero en este caso es necesario traer a colación la filosofía del político francés, Jacques Duclos, el cual dijo “el honor que se vende siempre se paga más caro de lo que vale”. Los hechos demuestran que mercantilizar con los derechos puede acabar literalmente en tragedia. No hablamos de crimen, hablamos de pérdida de fama, daño a nuestra dignidad, lo que comporta un grave

perjuicio psicológico para quien lo sufre. Retomando la famosa oración de Duclos podemos afirmar, como demuestran las múltiples demandas ante los Tribunales de Justicia, que no siempre nos toca la brisca, apostando con la imagen, intimidad o el honor, lo cual puede suponer acabar con nuestra esfera más íntima desplumada o al menos asumir un alto riesgo. Aunque no todo es tan dramático, pues como en cualquier contrato es preciso conocer las intenciones reales de la parte contratante para evitar engaños que deriven en vicios del consentimiento, pues si bien después de ser constatado dicho vicio es revocable e indemnizable el daño causado, es preferible como dirían las abuelas “es mejor prevenir que curar”, pues aunque la indemnización sea plausible y fáctica, la reparación en el caso de los derechos de la personalidad es más complicada y longeva, pues la memoria no olvida el daño al llenar el bolsillo.

2.3 Intromisiones legítimas.

Centrándonos en la prestación del consentimiento como autorización expresa para la cesión de ciertas facultades en el ejercicio de los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, porque como decíamos en párrafos anteriores no creemos plausible la cesión de facultades en el derecho al honor por no considerarlo un derecho dispositivo sino indisponible.

En este sentido, nos referimos a la grieta que separa el derecho al honor de sus coetáneos en la LO 1/1982, de 5 de mayo, puesto que su vulneración es similar y normalmente conjunta, pues suele afectar a dos de dichos derechos, lo cierto es que el poder de disposición de su titular o su potestad de cesión de facultades en el ejercicio de dichos derechos no es extensible a los tres derechos de la misma forma, puesto que la vertiente positiva (de cesión de facultades) no es plausible en el caso del derecho al honor. Llegamos a esta conclusión debido a que una persona en plenas facultades mentales no cedería su honor (su fama o crédito) en ninguna transacción, no comercializaría con el mismo de forma alguna. Ello queda demostrado a través de la abundante jurisprudencia, la cual demuestra que en los casos de honor siempre hay una intromisión ilegítima, ya sea directa o como consecuencia de la intromisión en la intimidad o la propia imagen. Por tanto, la vertiente negativa es semejante en los tres derechos: todos pueden ser vulnerados y son indemnizables, los tres bienes jurídicos protegidos pueden sufrir una intromisión

ilegítima. Pero, sin embargo, la vertiente positiva varía con respecto al honor como hemos dicho anteriormente.

Ya en el preámbulo de la LO 1/1982, de 5 de mayo, el legislador alude a la inexistencia de ilimitación absoluta en relación a los derechos preceptuados. De tal forma que el propio cuerpo normativo delimita y conceptúa la intromisión ilegítima al exponer las siguientes actividades como tales:

1. Emplazamiento de cualquier medio apto para grabar o reproducir la intimidad de las personas.
2. Utilización de aparato o medio alguno para el conocimiento de la vida íntima de las personas, de sus misivas o manifestaciones destinadas a persona o institución ajena a la presente, grabación, registro o reproducción.
3. Divulgación de hechos pertenecientes a la vida privada de una persona y su familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación de cualquier escrito íntimo.
4. Revelación de datos privados de una persona o familia con conocimiento de causa a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela
5. Captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona dentro de su vida privada o fuera de ella, excepcionando los supuestos del artículo 8.2.
6. Utilización de nombre, voz o imagen de una persona con fines publicitarios, comerciales o análogos.
7. Imputación de hechos o manifestación de juicios de valor que lesionen la dignidad de una persona, minando su fama.
8. Utilización del delito por el condenado por sentencia firme para conseguir notoriedad pública o lucro, así como la divulgación de datos falsos sobre el mismo, cuando ello menoscabe la dignidad de la víctima.

En concreto, dice que “los imperativos de interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad”, las cuales no podrán ser consideradas ilegítimas. Ya en su artículo 2, apartado segundo, la norma especifica que no será apreciada una intromisión como ilegítima en el ámbito protegido cuando la Ley la hubiera autorizado expresamente. En este extremo continúa su

excepcionalidad respecto a las intromisiones autorizadas y amparadas por la legislación, en su artículo octavo, apartado primero, en el que preceptúa que “no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”. El profesor CARRERAS SERRA²⁶³ habla de intromisiones legalmente autorizadas, distinguiendo entre aquellas que son autorizadas por la ley y reconocidas en el art. 2.2 LOPC, las acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la legislación vigente, amparadas en el art. 8.1 del mencionado cuerpo legal y, en último lugar, encontramos las intromisiones legitimadas por un interés histórico, científico o cultural relevante (art. 8.1 LOPC).

2.3. El consentimiento de la persona con discapacidad.

Es usual hablar de este conglomerado de derechos de forma unitaria, de manera que al abordar algún tema al respecto, se dilucida que se infringen conjuntamente todos o varios a la vez, lo cual no carece de razón en muchos supuestos, donde la vulneración es conjunta. Si bien, es preciso desgranar los ingredientes del citado trío, pues cada uno de ellos tiene vida jurídica y social independiente. Además, en nuestro caso, es preciso resaltar su relevancia y posible diferenciación (si la tuviere) en el caso de las personas que tienen alguna discapacidad, es decir, si el trato y respeto que merecen dichos derechos es diferente o cuanto menos debe variar cuando nos encontremos ante un sujeto calificado usualmente como vulnerable.

²⁶³CARRERAS SERRA, aborda las excepciones expuestas por la LOPC bajo el grupo de “intromisiones legalmente autorizadas”, en el cual diferencia las autorizadas por Ley (art. 2.2 LOPC); las acordadas por una autoridad de acuerdo con la Ley (art. 8.1 LOPC), este último supuesto lo ejemplifica en el caso de un registro domiciliario practicado por la policía y previamente acordado por la autoridad judicial o la difusión de fotografías de miembros de bandas terroristas y; por último, cuando predomina un interés histórico, científico o cultural relevante, donde incide en las palabras “predomine” y “relevante”, debido según el autor, a que dichas informaciones sobre los citados tipos de hechos justifican como lícita una información, que de otro modo sería ilegítima, puesto que su finalidad es la formación de opinión pública en una cuestión de interés general. De esta forma alude a la publicación de una fotografía de los campos de concentración nazis que presenta personas desnudas y mal nutridas, carne de las cámaras de gas o la divulgación en un congreso de cuestiones científicas médicas que pueden afectar a la intimidad de los enfermos que sufren determinadas enfermedades.

Ante todo, sin pretensión de extendernos en este punto, es, a nuestro juicio, necesario precisar que la vulnerabilidad no es un descalificativo ni siquiera un epíteto como muchos lo considerarían, sino más bien un signo de contención debido a su especialidad. Como se diría vulgarmente, sobre todo en materia jurídica “*vale más prevenir que curar*”, por ello, se intenta reforzar la protección en el caso de determinados colectivos que debido a sus propias circunstancias quizás necesiten un apoyo extra para afrontarlas y dicho sustento debiera ser facilitado por la autoridad competente a tal efecto. En el caso del investigador, estamos ante un mero espectador de la sociedad, el cual estudia la jugada, la escribe y la expone antes de que la misma finalice, con la intención de prevenir y apoyar al sistema en lo que entienda conveniente, así como criticarlo constructivamente cuando sea preciso.

Ante todo, es conveniente destacar, aunque adolezca de obviedad, que las personas con discapacidad engloban un colectivo amplio y heterogéneo. Así pues, cuando hacemos referencia a la necesidad de apoyo, al revestimiento de protección, al cerceno del posible descontrol, entendemos que el mismo no tiene el mismo efecto en todas las personas, pues no todas tienen la misma discapacidad ni el mismo grado. Si bien es cierto que la repercusión que tiene dicho soporte jurídico suele actuar *a posteriori*, una vez producida la vulneración de dichos derechos, es decir, tiene lugar en terreno de efectos jurídicos.

Una vez realizada esta breve exposición de ideas, nos vamos a centrar en el derecho a la intimidad personal y familiar, que al igual que sus fieles allegados tienen una serie de peculiaridades que lo singularizan y tipifican constitucionalmente.

Nuestro antecedente histórico más cercano del derecho a la intimidad se remonta, como hemos comentado anteriormente, a la Constitución española de 1978 y a su posterior desarrollo legislativo con la LO 1/1982, de 5 de mayo, las cuales perfilan el derecho a la vida privada personal y familiar.

Como expone la profesora MORENO BOBADILLA²⁶⁴ estamos ante un derecho limitado, como todos los derechos fundamentales que recoge nuestra Carta Marga, ya que en

²⁶⁴ MORENO BOBADILLA, Á. “El derecho a la intimidad en España”, en *Ars Boni et Aequi*. Volumen 12, Nº 1(2016) págs. 35-58.

ninguno es absoluto o ilimitado. En caso de conflicto entre derechos de igual rango y calado, la solución se dilucidará en sede judicial mediante el mecanismo de la ponderación, solución concreta para un caso concreto, cuyas circunstancias y probatoria decantarán la balanza ponderativa en una u otra dirección, con el deber presente de salvaguardar en todo momento el equilibrio jurídico. Se entiende por ponderación, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, en palabras de nuestro alto Tribunal (2014), *el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.*

El Tribunal Supremo (2016) ha reiterado que la técnica de ponderación exige, en primer lugar, una valoración del *“peso abstracto de los derechos fundamentales que entran en colisión”*. En segundo término, es preceptiva la valoración del *“peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión”*. En este segundo escalón es necesario considerar las circunstancias concretas del supuesto que precisa solución, para decidir qué derecho debe prevalecer.

Retomando la especialidad en relación a los derechos de la personalidad tratados, respecto a las personas con discapacidad, cabe resaltar en primer lugar, el estrecho vínculo existente entre vulnerabilidad (en este sentido, hacemos referencia a los colectivos considerados como tal: menores, personas con discapacidad, personas en riesgo de exclusión social o desamparo...) y dignidad. El respeto a la dignidad humana como fundamento del orden público y de la paz social, abrigado y reconocido en el artículo 10.1 de nuestra Carta Magna, no puede ser considerado una aspiración ni un ideal, pues éstos suelen ser caracterizados por su naturaleza voluble, insegura y, en muchos casos insatisfecha. Mas, si la entendemos como principio rector de cualquier relación jurídica, del propio ordenamiento jurídico y del mismo orden público, cobra consistencia convirtiéndose en cierto modo en límite infranqueable en el ejercicio de los derechos subjetivos. Dignificar a los sujetos comporta su consideración como dignos, merecedores de los derechos que el ordenamiento jurídico les otorga, entre ellos los derechos de la personalidad. En este sentido, no es factible versionar el refrán “no es más rico el que más tiene, sino el que menos necesita”, siendo “no es más digno el que mejor derecho tiene, sino el que menos pleito requiere”, pues la dignidad no es graduable ni siquiera la deberíamos suponer como preceptiva, sino como inherente a la persona, compañera y estandarte en cualquier relación, cuya vulneración reportará un resarcimiento.

En el caso de las personas con discapacidad, la propia Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, alude a ella en su artículo tercero bajo la rúbrica “Principios generales”, siendo recogida en su primer apartado: “Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente (...)”. Si bien, dicha inclusión es lógica y plausible, teniendo en cuenta la consideración de la dignidad humana como cualidad intrínseca al individuo, no es menos cierto, que es una incorporación necesaria, pues a pesar de concebirla como intrínseca, su oposición no es igualmente efectiva en el caso de una persona sin discapacidad y otra con una discapacidad ostensible o, incluso, teniendo la capacidad judicialmente modificada, careciendo de apoyos. Aquí deriva, su estrecha relación con los derechos de la personalidad y la dignidad humana, o más bien la vulneración de aquéllos con la consiguiente afectación de ésta. Una persona cuya capacidad de discernimiento es cuestionable, precisa de unas garantías específicas de protección en caso de posibles intromisiones ilegítimas o legítimas, cuando el consentimiento sea falaz o inconcluso. Por ello, la Constitución ya compelia a los poderes públicos a realizar “políticas de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”, en su artículo 49. La información y la educación son fundamentales en cualquier ámbito, en el que tratamos también, ya que su importancia radica en el conocimiento por las personas cuyo discernimiento sea dificultoso, de situaciones atentatorias contra sus esferas de personalidad. Mas, ello debe ser amparado bajo políticas garantistas que protejan los intereses de la persona con capacidades diferentes.

La LO 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su artículo segundo, sustenta la legitimidad de la intromisión en el ámbito protegido de estos derechos (sólo en el derecho a la intimidad y a la propia imagen, puesto que como hemos dicho anteriormente no debería ser posible comercializar con el derecho al honor), en base al consentimiento expreso del titular de los citados derechos. Dicho consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento, a pesar de la plausible indemnización por daños y perjuicios (art. 2.3). Esta sería la norma general, pero existen determinados casos en los que es precisa una regulación especial, sea por el complemento en la capacidad, ya sea porque se trata de sujetos especialmente vulnerables

(que no incapaces). En esos casos, cuando estamos ante menores, personas con capacidad judicialmente modificada o personas con discapacidad psíquica pero sin tener modificada judicialmente la misma, ellos mismos deberán presentar, si sus condiciones de madurez lo permitieren, su consentimiento de acuerdo con la normativa civil aplicable y vigente (art. 3.1). En aquellos casos en los que no pudieren otorgar su aquiescencia, la misma tendrá que prestarse mediante un escrito por parte de su representante legal, quien tiene la obligación de poner previamente en conocimiento del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. En caso de que en el plazo de ocho días el Ministerio Público se opusiera, tendrá que resolver el Juez (art. 3.2). Como apunta el profesor MATEO SANZ²⁶⁵ el consentimiento citado actuará como causa de exclusión de la antijuridicidad de la intromisión. A este respecto el Tribunal Supremo (2013) entiende que en materia de menores, por analogía igualmente en el caso de personas con capacidad judicialmente modificada:

(...) no caben los consentimientos genéricos o generalizados, supuestamente otorgados a un titular, en este caso, al mediotelevisivo, para que libremente disponga de él cuando le plazca o convenga, sino que cada acto exige un nuevo consentimiento, es decir, contestar las preguntas de una reportera de televisión no puede presuponer el consentimiento expreso a la emisión de la entrevista en un programa televisivo. Y no puede interpretarse que la mera tolerancia o el consentimiento prestado tácitamente por un menor, cuando contesta las preguntas de una entrevista al ser abordado en el gimnasio del hospital en el que se recupera de sus lesiones, pueda ser válidamente aceptado a estos efectos en ningún caso. La no oposición, ni tan siquiera el consentimiento tácito puede sustituir al consentimiento expreso.

Por ende, no puede entenderse el consentimiento como una figura jurídica de carácter meramente burocrático, pues las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de su cuestionable prestación muy posiblemente resultarán dañosas. El consentimiento en sentido general debe ser concedido o denegado, cuando realmente se entienda, conozca y quieran los efectos que el acto jurídico en sí pueda acarrear. Por ello, un elemento clave en aras de la materia es la capacidad de discernimiento y la madurez propia del

²⁶⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. y GARCÍA MEDINA, J., *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*. Thomson Reuters Arazandi, 2016.

sujeto consentidor, de ahí que no consideremos determinante, al margen del valor jurídico que tenga, que la persona sea menor de edad o tenga judicialmente modificada la capacidad. Con ello, queremos resaltar la importancia de la voluntad prestada libremente del sujeto en la toma de decisiones que le afecten, pues si bien es cierto que en el caso de las personas con la capacidad judicialmente modificada o de menores de edad, se exigirá el cumplimiento de los requisitos arriba referenciados en base a la normativa reguladora de la materia (art. 3 LO 1/1982), no es menos cierto que en la práctica, nos podemos topar con situaciones ambiguas o casos oscuros²⁶⁶ en el supuesto de personas con discapacidad psíquica manifiesta o no, que no tengan la capacidad modificada judicialmente. A este respecto, cabrían dos posturas posibles: la que entiende que al carecer el sujeto de modificación en su capacidad de obrar, el consentimiento prestado por el mismo es perfectamente válido, pese a la dificultad de discernimiento que presente el sujeto como consecuencia de su discapacidad y; aquella otra, cercana al estudio del caso concreto, tendente a explorar la capacidad del individuo al consentir, a pesar de que no medie modificación de la capacidad alguna. Ambas posturas han sido defendidas, separadamente, por los altos Tribunales nacionales en el procedimiento 0000400/2003, que puede ser considerado como la panacea en la materia de los derechos personalísimos al honor y a la propia imagen de las personas con discapacidad psíquica.

El procedimiento ampliamente desgranado por la doctrina, cuenta con la garantía de haber sido conocido por un Juzgado de Primera Instancia (Arona, Santa Cruz de Tenerife), una Audiencia Provincial (Santa Cruz de Tenerife), por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, sentando las bases orientadoras en este terreno, pues la normativa al respecto es escasa e insatisfactoria.

El supuesto mencionado versa sobre la entrevista realizada y emitida en un programa de televisión de gran audiencia como era “Crónicas Marcianas”, a un varón con discapacidad física y psíquica cifrada en un 66 por ciento, el cual carecía de

²⁶⁶ Parte de la doctrina afín a la teoría ecléctica en el ámbito de la interpretación de las normas entiende que existen casos claros y casos oscuros, los primeros perfecta y directamente subsumibles en una norma jurídica y, los segundos, más ambiguos, necesitarán de una labor de interpretación más ardua e incluso de la integración del supuesto de hecho dentro del ordenamiento jurídico.

declaración judicial de incapacitación²⁶⁷. En dicho encuentro, uno de los colaboradores del programa formula al entrevistado una serie de preguntas, las cuales a veces no deja contestar, portando una actitud burlesca y ridiculizatoria respecto al mismo, en un ambiente considerado de entretenimiento humorístico pero, eso sí, a costa del afectado que queda en una posición bastante desfavorable. El entrevistado se muestra evidentemente abrumado y descolocado en la situación, si bien la chanza no cesa hasta la finalización de la encomienda. Posteriormente, el programa es emitido y difundido por la cadena de televisión Telecinco. Ante estos hechos, los padres del entrevistado interponen demanda sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de su hijo, contra la entidad Gestevisión Telecinco, S.A., el director y el colaborador entrevistador del programa “Crónicas Marcianas”. En Primera Instancia, el Juzgado nº4 de Arona (Tenerife) (2003) estima parcialmente la demanda, declarando que la “conducta desarrollada por el periodista colaborador del programa Crónicas Marcianas, don Carlos Antonio, el director del programa don Juan Alberto, y la cadena de televisión por la que se emite, Gestevisión Telecinco S.A., consistente en la entrevista realizada a don Fermín, constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor, y a la propia imagen del actor don Fermín”, condenando a los codemandados a la cantidad de 15.000 euros y a la difusión de la sentencia en el mismo medio en el que se produjo la intromisión ilegítima.

Ambas partes recurrieron en apelación, y la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (2006) resolvió desestimando sendos recursos de los demandados, considerando la inexistencia de consentimiento expreso exigido por la LO 1/1982. Así pues, a pesar de no estar incapacitado judicialmente, a la vista de las circunstancias concretas del individuo, hubiera sido preceptivo el apoyo en el consentimiento de los familiares del entrevistado o su expresión escrita previa. De otro modo, entiende la Audiencia que no hay consentimiento amparado en la normativa de cabecera del supuesto. Por ende, el consentimiento tácito dilucidado por la simple actuación del entrevistado, es insuficiente.

²⁶⁷ Hacemos alusión al procedimiento judicial de incapacitación, porque los hechos se remontan a 200 y en esa fecha la capacidad no era modificada judicialmente, sino sustituida para los actos que el órgano judicial estimare pertinentes por la intervención de un tercero designado por el mismo.

Por su parte, los demandados recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo (2010), el cual declara haber lugar a los recursos, casando y anulando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, al considerar que en el caso objeto de estudio “nos encontramos (...), con una minusvalía que no es incapacitación o minoría de edad, quedando constancia que el actor fue voluntariamente entrevistado o filmado, no resultando en consecuencia vulnerado su honor e imagen al existir consentimiento”, rigiéndose como estandarte de la presunción de capacidad de todo aquel que no tenga modificada judicialmente su capacidad. En este sentido, argumenta que “la voluntad se debe presumir a tenor del artículo 2.2 de la citada Ley 1/82 declarando la jurisprudencia de esta Sala al respecto, que no es necesario que el consentimiento se otorgue por escrito, pudiendo deducirse de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas o dudosas”, recogiendo la sentencia de primera instancia que el sujeto “sufría una minusvalía y se deduce –no lo declara como hecho probado– que no hubo consentimiento, pero tal deducción no puede aceptarse, partiendo de que se presume una capacidad normal, mientras no se acredite una incapacidad y los datos fácticos del procedimiento no permiten negar las condiciones precisas, para apreciar que existió consentimiento para emitir por televisión la entrevista objeto de debate”. De tal forma, que si el defensor principal de la validez del consentimiento emitido de acuerdo con la legislación por persona presuntamente capaz es el Tribunal Supremo, el adalid del estudio casuístico en relación al consentimiento prestado, es decir, es preciso asegurarse que el sujeto emite un consentimiento válido conociendo el acto que se va a realizar y las repercusión que pudiera tener el mismo, recogiendo la presunción de capacidad en un segundo plano, es el Tribunal Constitucional (2013), al que recurrió en Ministerio Fiscal en amparo. Así, el Tribunal considera que:

(...) existía un segundo aspecto a considerar que fue ignorado por el órgano judicial en la resolución judicial impugnada: la garantía de que el acto voluntario de acudir a la entrevista comportaba la consciencia de lo que estaba haciendo y, ante las muestras evidentes de que dicha consciencia era dudosa –como ha quedado probado en el proceso–, la exigencia de una garantía adicional de los derechos fundamentales en juego, que en el presente caso se concretarían en la exigencia al entrevistador de que expresamente se asegurara de que el actor, con una discapacidad física y psíquica evidente, era claramente conocedor de las características del programa en el que se emitiría la entrevista y del alcance de ésta (...). En defecto de tales

garantías la presencia voluntaria del entrevistado no podrá equipararse a un consentimiento válido y eficaz.

Tras esta argumentación, el Tribunal Constitucional declara la estimación del recurso de amparo interpuesto por el Ministerio Fiscal y en su virtud reconoce los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen de la víctima, así como anula la Sentencia del Tribunal Supremo. Por tanto, la Sentencia sería favorable a la protección de la persona, a pesar de sí misma, pues la falta de consciencia o la consciencia errónea puede dañarla. Si dicho daño pudiese haberse evitado gracias a la actuación o dejadez en la actuación del tercero (entrevistador y la propia dirección del programa) motivada por la discapacidad manifiesta del sujeto, el agente infractor de la parcela privada del individuo debe responder con la consecución del daño.

Como hemos podido comprobar existe un conflicto de intereses evidente en la casuística comentada: por un lado, la protección de la persona con discapacidad y, por otro, su autonomía de la voluntad reflejada en la libertad de la toma de decisiones que le afecten. La cuestión radica en que exista esa libertad y ésta no sea infringida, coaccionada o manipulada, en interés de un tercero. Mas, es esencial que el sujeto conozca la realidad del acto que emprende, así como las consecuencias que se derivan del mismo. Careciendo de esa información, el sujeto no puede prestar un consentimiento válido.

Para concluir este trabajo, cabe resaltar la ardua tarea que supone la delimitación en la prestación del consentimiento en el caso de personas con discapacidad, pero sin la capacidad judicialmente modificada. Es por ello, que RODRÍGUEZ ESCUDERO²⁶⁸ entiende que existen cuatro límites a la prestación del consentimiento por persona con discapacidad: el interés del discapacitado, la exigencia de una garantía adicional de los derechos, la limitación por las libertades de expresión e información y la aplicación del ordenamiento en general.

²⁶⁸ RODRÍGUEZ ESCUDERO, V., “El reconocimiento de la dignidad en la protección de los derechos al honor y a la propia imagen de la persona con discapacidad”, en *Actualidad Civil*, Nº 7 (2016).

III. EL DERECHO A LA VIDA.

Cuestión distinta es la relativa a la decisión de hasta cuándo vivir o cuándo morir en el caso de las personas con ciertas discapacidades. La Convención no parece manifestarse a este respecto, pues únicamente alude al derecho a la vida en su artículo 10, reafirmando su inherencia al ser humano y el deber de respetarlo a través de las medidas que sean necesarias en orden a garantizar su goce efectivo en igualdad de condiciones que cualquier otra persona carente de discapacidad. La presente es una materia cuya regulación parece competir a los ordenamientos jurídicos nacionales, siempre preservando los principios y directrices de la normativa internacional de la que formen parte.

Sin ánimo de profundizar en este punto, cuya profusión y complejidad nos distanciarían del objeto de este trabajo, es importante destacar el derecho a la autodeterminación de la persona en estas circunstancias. De forma que, a falta de normativa internacional que regule la materia, la misma se encomienda a los Estados. En muchos de ellos, como es el caso de España, la voluntad de la persona, ocupa el papel principal en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, siempre que no colisione con los límites de la autonomía de la voluntad que establece nuestro Código civil²⁶⁹. El libre albedrío permite a la persona decidir sobre todo aquello que le interese, competa o guste durante su vida, así como para su muerte. La persona puede decidir hasta cuándo vivir y cómo morir, goza de autonomía para ello, pues el suicidio no constituye un delito contemplado en nuestro Código Penal, siempre que no implique la intervención de un tercero ni vulnere los límites establecidos. Al margen de elementos morales, éticos o religiosos, lo cierto es que individuo puede decidir cuánto vivir y, una vez decidido el fin de su vida, cómo poner fin a ella. Por tanto, el principio de autonomía se ha de respetar. Sin embargo, esta libertad no se predica de igual forma entre los individuos con discapacidad. Aquellos cuya discapacidad les impida gestionar su persona prácticamente en su totalidad sin la intervención de un tercero, ven coartada su voluntad, frenando su derecho a la autodeterminación, puesto que a pesar de poder expresar su voluntad en relación al devenir del final de su vida, ya sea *in situ* o

²⁶⁹ Los límites a la autonomía de la voluntad se encuentran recogidos en el artículo 1.255 de nuestro Código civil, dentro del título dedicado a los contratos, diciendo: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público”. En esencia, que no atenten contra los derechos de un tercero ni afecten al bien superior común.

habiéndola plasmado en medios testificales con anterioridad, la misma no será respetada bajo criterios de orden público y bienestar común, debido a que para poner fin a su vida necesitarían inexorablemente la ayuda de un tercero, lo cual puede derivar en abuso²⁷⁰. Pero claro, ello no obsta, a comprender que estamos ante una situación que algunos podrían considerar discriminatoria y atentatoria contra la autonomía de la persona y que es objeto de minuciosos trabajos en diferentes ámbitos. Esta disyuntiva presente en distintos Estados firmantes de la Convención²⁷¹, y apartada en tantos otros donde la eutanasia no está tipificada como delito y donde prima la voluntad del sujeto²⁷², se ha

²⁷⁰ Esta cuestión fue planteada en el caso *Pretty* contra Reino Unido en la STEDH (Sección 4ª) de 29 de abril de 2002 (TEDH\2002\23), en el que una ciudadana británica interpone demanda contra el estado del que es nacional por el rechazo de las administraciones públicas a conceder inmunidad de diligencias al consorte de la demandante por ayudarle a suicidarse, además de por la prohibición de la ayuda al suicidio impuesta por el derecho británico. La señora *Pretty*, se encontraba paralizada y padecía una enfermedad degenerativa incurable, que no impedía manifestar su voluntad libremente pero sí suicidarse, por lo que solicitaba asistencia para morir. Además de otros argumentos, que no son relevantes en este estudio, la demandante manifiesta (párrafo 85 de la sentencia) sentirse víctima de discriminación en razón de su discapacidad, en la medida en que se le está dispensando el mismo trato que al resto de personas cuya situación es notoriamente diferente. En concreto, se refiere a la prohibición general de suicidio asistido, cuya aplicación es igualitaria para todos los ciudadanos, pero difiere en el resultado pretendido en lo que a la paciente respecta, considerando la situación es discriminatoria, puesto que “está tan impedida que no puede siquiera matarse sin ayuda”. De manera que, “la interesada se ve impedida de ejercer un derecho del que gozan las demás personas, capaces de suicidarse sin ayuda debido a que ningún hándicap les priva de dicha posibilidad”, por lo que está convencida que se le está dotando de un tratamiento diferenciado y menos favorable que al resto de individuos que no se encuentran en su situación. Por su parte, el Gobierno británico alega la ausencia de discriminación, añadiendo que el derecho interno no recoge un derecho a suicidarse, refuerzan esta premisa añadiendo que “la filosofía que subyace a la Ley se opone firmemente al suicidio” (párrafo 86), exponiendo que “la prohibición del suicidio asistido mantiene un equilibrio justo entre los derechos del individuo y el interés general, en la medida en que respeta como es debido el carácter sagrado de la vida, y persigue un fin legítimo, a saber la protección de las personas vulnerables” (párrafo 48). Ante este argumento, la señora *Pretty* afirma que “no es vulnerable ni necesita ser protegida y no existe por tanto ninguna justificación razonable y objetiva para esta diferencia de trato” (párrafo 85). Por su parte, la valoración en este ámbito del TEDH se sustanció en la existencia de razones de peso para no esgrimir diferenciación entre personas que pueden suicidarse y aquellas que no, considerando que a pesar de ser a menudo la frontera estrecha entre ambas categorías, “y tratar de inscribir en la Ley una excepción para las personas que se considera no son capaces de suicidarse, debilitaría seriamente la protección de la vida que la Ley de 1961 ha pretendido consagrar y aumentaría de forma significativa el riesgo de abusos”(párrafo 89). Al final el Tribunal entiende que prevalece la protección de la persona que considera vulnerable o en situación especialmente vulnerable a su derecho a decidir acerca de su vida, lo contrario podría dejar abierto un margen de discrecionalidad lo suficientemente amplio para desembocar en desmán y tropelía.

Véase la Sentencia *Rodríguez* contra Fiscal general de Canadá, 1994, 2 LRC 136, acerca de la justificación con respecto a los principios de justicia fundamental, que debe aportar el Estado para restringir la autonomía del sujeto.

²⁷¹ Estados firmantes que prohíben la eutanasia. Mapa de la situación mundial de la eutanasia a través de la web “Political Network Values”.

²⁷² Países que permiten la eutanasia:

- El Estado de Oregón (EUA) legalizó el suicidio médicamente asistido en 1997, hace veinte años.

erigido como uno de los temas candentes que despierta la confrontación social, entre partidarios y detractores. Creemos que tiene especial cabida en el ámbito de la discapacidad, puesto que en la gran mayoría de los casos (dejamos abierta una mínima proporción que no corresponda con la discapacidad, aunque desconocemos que se hayan dado hasta la fecha) en los que la persona decide o ha decidido previamente acerca del trascurso final de su vida, la persona cuenta con lo que considera la Convención, como una discapacidad, ya sea física²⁷³ o psíquica. Los casos en este punto suelen ser conocidos entre la sociedad, debido al interés que despiertan y el eco mediático posterior a su conocimiento²⁷⁴, incluso se han realizado distintas películas con este tema como

- En Suiza, el Consejo Nacional confirmó la legalidad de la asistencia al suicidio en 2001. Holanda y Bélgica legalizaron la eutanasia en 2002. El Estado de Washington (EUA) legalizó el suicidio médicamente asistido en 2008. Luxemburgo aprobó una ley relativa a la eutanasia y la asistencia al suicidio en 2009. El Estado de Vermont (EUA) legalizó el suicidio médicamente asistido en 2013. Quebec aprobó una ley que legalizaba la eutanasia en 2014. Los Estados de Montana y de California (EUA) aprobaron el suicidio médicamente asistido en 2015.

También en 2015 Colombia publicó una resolución del Ministerio de Salud y Protección Social en la que se establece el derecho fundamental a morir con dignidad. Canadá aprobó la ley que permite el suicidio asistido y la eutanasia el 17 de junio de 2016.

Véase la Proposición de ley número 125/000016 de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de despenalización de la eutanasia y la ayuda al suicidio (Orgánica), disponible en www.congreso.es, específicamente en la siguiente dirección web: http://www.congreso.es/public_oficiales/L13/CONG/BOCG/B/BOCG-13-B-44-1.PDF

También se puede consultar más sobre ello en la noticia del periódico el mundo, en su sección el confidencial, bajo el título “¿Es legal la eutanasia en España? Así está regulada la muerte asistida en el mundo de 4 de abril de 2019, disponible en el siguiente enlace: https://www.elconfidencial.com/mundo/2019-04-05/eutanasia-muerte-digna-espana-europa-paises-mundo_1570616/

²⁷³ Son las más comunes en este ámbito, puesto que se trata de discapacidades que imposibilitan la actuación individual y personal del sujeto, al verse sometidos a los cuidados de terceros. De forma, que aunque hayan manifestado su voluntad de finalizar su periplo vital para que en caso de perder la misma tras un accidente o enfermedad o la expresen en el momento a pesar de su discapacidad no se atiende a ella.

²⁷⁴ En los últimos años han sido varios los casos de personas que reivindican su derecho a la autodeterminación, bajo el principio orientador de la autonomía de la voluntad, respecto a la eutanasia o suicidio asistido. Individuos en situación paralizante debido a una discapacidad, comúnmente física, pero también los hay con tenencia de una tipología psíquica, que recurren tanto a instancias judiciales como extrajudiciales en su petición. Sólo baste con hacer alusión a dos casos de personas diagnosticadas con distintas capacidades: el primero de ellos, el de María José Carrasco, enferma de esclerosis múltiple desde hace más de 30 años, diez años de ellos precisando asistencia de su marido en régimen de dependencia y en lista de espera para vivir en un centro residencial, que falleció el día 3 de abril de 2019 con la ayuda de su cuidador y marido. El día anterior a su fallecimiento, Ángel Hernández, cónyuge de la fallecida, grabó un vídeo en el que su esposa manifestaba claramente su voluntad de poner fin a su vida lo antes posible, disponible en el siguiente enlace: https://elpais.com/sociedad/2019/04/04/actualidad/1554377125_902084.html. Pero al margen de la expresión del consentimiento reiterado y la petición de su esposa, Ángel Hernández está siendo investigado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, tras inhibirse la Audiencia Provincial de Madrid, a expensas

argumento principal algunas de ellas con gran acogida entre el público²⁷⁵. Quizás, como hemos subrayado en otras ocasiones, lo que conmueve y conciencia a los ciudadanos de la situación en la que se ven inmersas algunas personas con discapacidad, es el hecho de que todos somos potencialmente focos de su tenencia. Con ello queremos decir, que la preocupación generalizada porque nuestras decisiones y voluntades sean respetadas procede, además de la solidaridad y empatía respecto a nuestros semejantes, de nuestra propia vulnerabilidad. Nuestra situación puede revertir en un segundo, sin que hayamos tenido tiempo para procesarlo y sin que hayamos dejado expuestos nuestros deseos e inquietudes expuestas en lo que podrían constituir pruebas testificales, mas habiéndolo hecho puede que no sean tenidas en cuenta en pos de un bienestar general, en virtud del afán de la ley por protegernos incluso de nosotros mismos.

Pero lo cierto es que ninguno estamos excluidos de este devenir de acontecimientos, por ello, la interrupción voluntaria de nuestra propia vida despierta tanto interés y convulsión.

3.1. Autonomía de la voluntad y Eutanasia

de resolución, el acusado de un delito de cooperación al suicidio presentó un millón de firmas favorables a la despenalización de la eutanasia en el Congreso con la esperanza de que se produzca la ansiada modificación del Código Penal, hasta entonces estaremos atentos al curso de este proceso. El segundo de los ejemplos a mencionar, es el de Noa Pothoven, una joven holandesa de diecisiete años que solicitó el suicidio asistido en una clínica especializada de su país donde desde 2002 está permitida, a causa del estrés postraumático, depresión y anorexia como consecuencia de los abusos y agresiones sexuales sufridas durante su niñez y adolescencia. En Holanda se permite la eutanasia o “muerte digna” siempre que el sufrimiento que padezca el paciente sea insoportable y no haya alternativa razonable a su situación. Pero, en el supuesto de Noa, el centro denegó su petición bajo la justificación de que su cerebro no se encontraba plenamente desarrollado, puesto que dicho culmen tiene lugar a los 21 años. Ante la negativa, Porthoven, tal como comunicó la clínica precedente puso fin a su sufrimiento, dejando de comer y beber, con un claro mensaje de despedida “el amor es dejar ir”. Entre otros, véase para profundizar en el caso: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-48521741>

²⁷⁵ Entre otras, pero de obligada referencia, es la película basada en hechos reales “Mar adentro”, dirigida por Alejandro Amenábar, estrenada en 2004 y que recibió la máxima distinción de la Academia de las Artes y la Ciencias Cinematográficas” en la categoría a mejor película extranjera. En ella se cuenta la historia de Ramón Sampedro, que tras un accidente lleva casi treinta años postrado en una cama al cuidado de su familia, siendo su único nexo con el mundo, una ventana donde se ve el mar. Su única petición es la de morir dignamente y por ella lleva batallando desde el fatal infortunio. Gracias a la ayuda de dos amigas, consigue cumplir su deseo, morir con dignidad. No fue posible acusarlas de dicha operación, puesto que su colaboración fue inteligentemente estudiada y pulida por los allí presentes. Otras cintas en las que está presente la eutanasia son: *Mi vida es mía* (1981), *las Invasiones bárbaras* (2003), la oscarizada y alabada por expertos y aficionados: *Million dolar baby* (2004), *la Escafandra y la mariposa* (2007), *No conoces a Jack* (2010), *Miel* (2013), *la Fiesta de despedida* (2014), *Antes de ti* (2016), entre tantas.

Centrándonos en su regulación, es pertinente poner de relieve que en el ordenamiento jurídico español la voluntad del sujeto no rige en esta esfera de capacidad, estando tipificada como delito la eutanasia, esto es se impone “bien común” frente a la volición del sujeto que solicita ayuda para morir, siendo, sin duda, aquélla un límite a su autonomía. Esta conducta no constituye tipo penal en otros países del marco europeo y, en nuestro caso, cabe precisar que fue presentada una proposición de ley en mayo de 2019²⁷⁶ y admitida a trámite por el Congreso el 3 de julio del mismo año, modificadora del párrafo cuarto del artículo 143 del Código Penal, que expone actualmente: “El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, serie e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

Existen otros supuestos, dentro del ámbito de la autonomía de la persona y su derecho a decidir cómo o hasta cuándo vivir, que la ley no contemplaría como delito. Nos referimos a aquellos en los que interviene un tercero, normalmente un facultativo, cuya participación es del todo pasiva, limitándose a atender la voluntad del paciente en su negativa a someterse a tratamiento alguno en contra de la penada ayuda al suicidio o eutanasia donde la participación es activa, puesto que la colaboración del agente consiste en el suministro y dispensación de medicamentos o tósigo provocando el desenlace final del paciente o solicitante. En estos casos, el médico no es quien dota a la persona del medicamento o tratamiento necesario para poner fin a su vida, sino que se circunscribe a lo propugnado por el paciente, aunque ello le suponga la muerte²⁷⁷.

²⁷⁶ Proposición de Ley número 125/000016, de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de despenalización de la eutanasia y la ayuda al suicidio (Orgánica), aprobada en Dictamen por el Congreso de los Diputados, disponible en la web oficial del Congreso: www.congreso.es, o con acceso directo al siguiente enlace:

http://www.congreso.es/public_oficiales/L13/CONG/BOCG/B/BOCG-13-B-44-1.PDF

²⁷⁷ Aquellos que manifiestan de forma clara y evidente su voluntad de dejar de estar enganchados a una máquina, los que se niegan por su religión a la trasfusión de sangre, ya sean dicha voluntad expresada antes o después del accidente o enfermedad. El médico se limitaría a desconectar la maquinaria y no continuar con el tratamiento prescrito contrario a la voluntad del enfermo, o a no realizar el trasvase de plasma, como decíamos, a pesar de saber que el desenlace será fatal.

3.2 Interpretación jurisprudencial del derecho a decidir sobre el derecho a la vida de la persona con discapacidad.

Mayor dificultad de actuación encontramos cuando la persona no ha manifestado su voluntad previa ni instantáneamente, como consecuencia de su minoría de edad o de la discapacidad que le impide expresar la misma. Sobre esta cuestión también se ha pronunciado el TEDH²⁷⁸ en relación al caso del pequeño Charlie Gard, quien a sus diez meses de vida padecía una enfermedad genética rara y mortal, que lo mantenía en un hospital de Londres conectado a la maquinaria que le insuflaba vida sin perspectivas de mejoría o cambio hasta el fatal desenlace. Ante esta situación, el hospital decidió desconectar al pequeño, decisión a la que se opusieron rotundamente los progenitores del menor, esgrimiendo la existencia de un tratamiento experimental en Estados Unidos que podría redundar en beneficio de su hijo. Tras tres resoluciones en las distintas instancias británicas, se acudió a la Corte de Estrasburgo, quien respaldó la decisión de la Justicia británica, entendiendo como “muy probable que Charlie estaría expuesto a dolores y sufrimientos continuos”, sustentando dicha afirmación en las “evaluaciones de expertos detalladas y de alta calidad” que estudiaron el expediente del pequeño, y que concluyeron que “administrar cuidados experimentales sin perspectiva de éxito no ofrecería ninguna ventaja y continuaría causándole graves dolores” que estudiaron el expediente del pequeño.

De tipología similar al anterior, la situación de otro menor de 21 meses, Alfie Evans, de nacionalidad británica, suscitó atención e interés entre la sociedad a nivel global, pues su caso tuvo gran repercusión en la medida que hasta el Papa se postuló en favor de los progenitores del menor pidiendo su traslado a Roma para probar un tratamiento experimental, tras la concesión urgente de la nacionalidad italiana para facilitar el cambio de centro hospitalario. El pequeño Alfie, enfermo de una rara afección neurológica degenerativa, fue desconectado de su soporte vital después de pasar meses en la cama de un hospital, tras la resolución del Tribunal Supremo británico y la inadmisión de recurso por el TEDH al considerar la inexistencia de vulneración de los derechos humanos²⁷⁹. La

²⁷⁸ Dictamen del TEDH de 28 de junio de 2017.

²⁷⁹ Noticia extraída del periódico el País, cuyo autor es Pablo Guimón, siendo el titular “Muere Alfie Evans, el bebé en el centro de una batalla legal en Reino Unido”, de 28 de abril de 2018, a la que se puede acceder en el siguiente enlace:

https://elpais.com/internacional/2018/04/28/actualidad/1524895807_886224.html

confrontación entre padres y facultativos, se sustentaba en la defensa del derecho a la vida y la asunción de las decisiones que afecten a los hijos por los titulares de la patria potestad, por parte de los primeros, contra el deber de las entidades públicas de acudir a la justicia en caso de considerar que las decisiones de los representantes legales suponen un riesgo o daño para el paciente.

En ambos supuestos, tanto la Justicia británica como el máximo garante de los derechos humanos, decantaron la balanza en favor de lo que supusieron el bienestar del menor, evitándole mayor sufrimiento y padecimiento fruto de la progresión de la enfermedad. Para llegar a esta convicción es preceptivo el peritaje realizado por el personal médico y científico, de forma que se certifique -de acuerdo con los medios disponibles para ello- que el estado es irreversible y que la persona está expuesta al dolor y al sufrimiento. Ahora bien, si trasladamos estos casos a España, ¿nos encontraríamos ante dos supuestos de eutanasia? En base al artículo 143.4 del Código Penal, los deberíamos incluir en el seno de su redacción, puesto que la acción de desconexión de la maquinaria de soporte vital en la persona que padece una enfermedad de tal gravedad que la conducirá a la muerte, como su nombre indica, supone cortar el último lazo que le une a la vida, sin embargo, ¿se procedería a ella para evitar o, en su caso, acabar con el sufrimiento de la persona enferma? En base a ello, obviando la edad, ¿qué clase de diferencias se precisan para que la eutanasia sea favorable en el caso de Gard y Evans y encuentre ruda oposición en el supuesto de Carrasco?

Todo esto parece confirmar que el derecho a decidir que albergan las personas sobre el bien jurídico primario y esencial, como es la vida, es todavía una cuestión pendiente, o al menos, precisa de cierta revisión a fin de concretar ciertos puntos, evitando las situaciones de vacío legal. Con ello, queremos decir, que si los órganos legislativos entienden que existen circunstancias excepcionales donde es beneficioso para la persona evitar su sufrimiento y dolor en vez de continuar prolongando su vida, esa misma decisión acontece entre pacientes conectados a soporte vital como aquellos aquejados de tales males que sobreviven por sí mismos pero que sufren igual que los primeros. Quizás, en este ámbito sea certero entender que nos encontramos en sede de la heterogeneidad o la diversidad, y como hemos repetido en reiteradas ocasiones, estando la discapacidad presente en la gran mayoría de los pacientes que desean poner fin a su vida, sea aconsejable optar por el estudio casuístico en la materia, siendo los la Fiscalía y los órganos judiciales

competentes para velar por el bienestar de las personas y proteger sus intereses, denostando el aprovechamiento y previniendo la comisión de delitos, al investigar cada petición de eutanasia. Ello como alternativa a la que sería la opción más acorde con la persona como sujeto dotado de capacidad jurídica, la que creemos más propicia a la Convención y al final la más fiel a la autonomía de la voluntad: el derecho a decidir de la persona.

En suma, se trata de lo que viene proclamando la Convención y los colectivos, de escuchar a la persona, con los medios disponibles acatar su voluntad, dentro de los límites de la autonomía de la voluntad, recordando que el presente considerado como límite a la autonomía no afecta a terceros ni a la moral o al orden público, no es fruto de decisiones caprichosos o arbitrarias de la persona, sino que es la voluntad última del sujeto cuya agonía es insufrible-tal y como han declarado algunos enfermos que desean poner fin a su periplo vital-. Ciertamente es que el suicidio asistido puede encubrir conductas licenciosas y delictivas, pero para evitarlas también gozamos de órganos protectores y garantes de la seguridad de las personas. Indiscutiblemente no se trata de una decisión que se pueda tomar a la ligera, sino que es fruto de la necesidad y la reflexión, y ello debe quedar acreditado por los peritos imparciales de la Fiscalía, quien como garante del orden público debería ser la institución adecuada para la investigación de cada caso. De forma que cuando el Juez competente o el Fiscal si se le dota de tal competencia resuelva, lo haga conociendo fielmente la situación, desde la posible existencia de medios disponibles que podrían revertir la situación del solicitante, las características y el progreso de la enfermedad o trastorno, la resolución y fiabilidad de la misma de la persona -ha de ser una decisión meditada y estudiada en profundidad- hasta el interés que puede suscitar entre el núcleo de la persona su decisión. Se ha de tener el convencimiento más cercano a la certeza, dentro de lo que se puede considerar cierto en un mundo de probabilidades, que para el solicitante la vida le supone un suplicio irresistible.

Al final se ha de tener en cuenta que en estos casos, la esperanza de vida puede ser larga, y que cada día es concebido por los solicitantes como un atentando a su dignidad, puesto que es para ellos un padecimiento extra ver a sus familiares, amigos, a sus seres queridos, cuidándolos y atendéndolos, prescindiendo de su tiempo en favor de ellos. La situación no sólo la perciben incómoda sino indigna.

Entonces, ¿hasta qué punto el poder público puede restringir este derecho de la persona a poner fin a su vida? Entendemos que dicha coartación atiende a criterios preventivos y éticos. El poder público, ataviado de la mejor intención y erigiendo la protección de la persona como fundamento en pos de un bienestar común, de que se prevean posibles abusos o arbitrariedades... Mas, realmente el poder público posee ese mismo poder que le han concedido los ciudadanos para emprender una investigación, para que se presenten las pruebas necesarias y fidedignas con objeto de conocer que la persona ha tomado la decisión de querer acabar con su vida libremente, sin coacción, amenaza o chantaje por terceros, sino asegurándose que es fruto de una reflexión meditada y del padecimiento irreversible. De otro modo, entendemos que la autonomía se tendría que restringir en muchísimos otros ámbitos por miedo o en prevención de posibles extralimitaciones.

En cualquier caso, ciñéndonos a la legislación vigente, encontramos en el artículo 143.4 del Código Penal un límite infranqueable a la autonomía de la voluntad que, de acuerdo con los movimientos activistas que cada vez ejercen mayor presión y son escuchados por líderes políticos, puede perecer en un plazo no demasiado largo si se llevan a trámite las propuestas de modificación de ley orgánica a este respecto.

3.3. Autonomía de la voluntad y aborto.

Otra cuestión que suscita un fuerte debate social, relativa a la extensión del derecho de la persona a decidir como manifestación del principio de autonomía de la voluntad, es el aborto. Lo que aquí nos interesa en mayor medida, el aborto en caso de discapacidad del feto, que algunos han apuntado como otro motivo de discriminación en razón de discapacidad. Lo que la doctrina especialista en la materia ha denominado aborto eugenésico. En estos supuestos no nos encontramos como en el caso anterior, en el que la decisión sólo afectaría al solicitante, sino que se confrontan dos derechos: el derecho a decidir de la madre, su autodeterminación, su derecho a vivir la vida de la forma que quiera, el libre desarrollo de su personalidad y el derecho a la vida del feto.

La generalidad de la figura jurídica del aborto no es objeto de este trabajo, cuya especialización radica en la esfera de autonomía de la persona con discapacidad. Sin embargo, como podemos constatar, ambas líneas de estudio confluyen y chocan en un

punto: el aborto eugenésico. En este punto es preciso poner de relieve que el estudio de este tipo no trae causa en el debate sobre el derecho a decidir de la mujer o en el derecho a la vida del feto, sino a la posible existencia de discriminación en razón de discapacidad.

Pero también es entendible que ciertas discapacidades requieren una serie de cuidados y atención, incluso permanente, que si bien hay familias que pueden dedicar ese tiempo a su dedicación a lo largo de su vida, otras se ven imposibilitadas para ello más allá de la baja por maternidad o paternidad, siéndoles imposible a su vez contratar a un cuidador permanente a tal efecto. Pero además, entre en juego la libertad de la madre que se verá condicionada al dar a luz a una persona con una discapacidad severa por las implicaciones asistenciales y temporales que ello supone. Entonces, estamos de acuerdo que el texto de la ley contraviene la Convención y es discriminadora en razón de discapacidad, pero ¿hasta qué punto debería o podría ser aceptada dicha interrupción del embarazo debido a la discapacidad grave del nasciturus? Tampoco es ética la obligación de la madre de dar a luz a una bebé sabiendo que quizás nazca en estado vegetativo, que carecerá de sentidos, que necesitará soporte vital permanente... Ahora bien, como cualquier decisión importante, ésta ha de ser profundamente estudiada y detalladamente fundamentada, de forma que la interrupción no sería plausible cuando el feto estuviere completamente formado e incluso pudiera vivir en caso de parto prematuro, cuando la discapacidad no revistiera de una gravedad tal como las expuestas y, por supuesto, si no se hubiese conocido antes del plazo estipulado legalmente para interrumpir el embarazo, puesto que nos movemos en el campo de la excepcionalidad. Lógicamente, la pregunta que sigue a este argumento es ¿qué nivel de gravedad? Como hemos mantenido, aquella que médicamente corrobore el estado vegetativo del bebé, así como la incurabilidad de la enfermedad. Aún en estos casos, a la madre se le debe proporcionar una información detallada de la situación del feto, asumiendo ella misma la decisión de la interrupción de forma libre de opiniones y exenta de prejuicios.

En este sentido, a pesar de velar por los derechos de los colectivos vulnerables, no debemos derrocar los principios que centraron la lucha en el reconocimiento de los derechos de los mismos. De forma que la voluntad y la libertad siguen siendo dos pilares fundamentales para cualquier persona, de ahí que el respeto de su decisión y la tolerancia con la misma no atiendan a discriminaciones (suponiendo que se cumplan los requisitos explicados en líneas anteriores) de ningún tipo ni a exclusión. La madre, como persona

que es, tras ser informada y ver per sé la situación de personas con la discapacidad que tendría su hijo, debe decidir sin la presión de colectivos pro vida de ningún tipo, puesto que la decisión no es para nada sencilla. Si obligamos legalmente a una persona al que probablemente sería sufrimiento de ver a su hijo condenado a una cama de hospital mientras que pasan los días con ella a la espera de una recuperación que biológica y científicamente no llegará, la condenamos a una agonía constante que se podría haber atenuado con la interrupción del embarazo cuando fue conocedora de la situación del feto. En caso contrario, nos trasportaríamos al caso de Gard o Evans, los pequeños que fueron desconectados de la maquinaria que los mantenía con vida en Inglaterra debido a los dolores y sufrimiento que padecían como atisbos de estragos de las enfermedades que tenían. Quizás la madre prefiera pasar por ese trance a no conocer al nasciturus, pero eso es una decisión que compete a cada madre de cada lugar del mundo.

CAPÍTULO II

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO.

La persona con discapacidad, como hemos podido comprobar a lo largo de estas líneas, sigue encontrando dificultades y trabas en el ejercicio de sus derechos, algunas de las cuales podrían calificarse incluso de farragosas, especialmente en el afán de encasillar en compartimentos estancos a las personas en función de su capacidad (por un lado, si tienen capacidad natural, por otro, si tienen la capacidad judicialmente modificada, si es menor de edad). Al final la merma en el ejercicio de derechos puede suponer una grave afectación a los mismos, poniendo sobre la mesa de debate su cuestionamiento, lo que implica un planteamiento alejado del principio de igualdad. En este punto, es preciso tener presente la legislación vigente y aplicable y así guiándonos siempre por la estrella polar en la materia como es la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que considera ilícito cualquier atentado al principio de igualdad en razón de discapacidad.

A modo de simplificación del instrumento internacional, el fin que persigue es la consecución de hecho y de derecho del principio de igualdad entre personas, sin que exista distinción o discriminación en razón de discapacidad. Puesto que alcanzar dicho propósito supone paralelamente el alcance de otros principios como el de autonomía, y derechos tales como el de autodeterminación o libre desarrollo de la personalidad.

La superación del modelo médico o de rehabilitación en pos del modelo social comporta la dejación del criterio paternalista y protector de la persona con discapacidad a su pesar, obviando su voluntad por desconocimiento o indiferencia. Lo cual en ningún caso entraña la desconsideración hacia el beneficio de la persona, sino la obligatoriedad de contar en primer lugar con la persona, de que ella sea el centro de decisión, aportando los apoyos que le sean necesarios. Ahora bien, como vemos, cuando ésta no pueda decidir porque sus facultades intelectivas y volitivas se encuentre afectadas, será precisa la intervención

de un tercero que actúe conforme a la voluntad, preferencias y deseos de la persona siempre que se conozcan o se pudieren conocer y, si en ningún caso fuere posible, la decisión radicaré en el mayor beneficio de la persona.

Al final parece infinitamente más difícil dar una única respuesta legislativa a las situaciones de discapacidad, clasificándolas en grupos (discapacidad y capacidad judicialmente modificada), puesto que la casuística en la práctica es muy grande y variada, por ello, la vía jurisprudencial ha sido el verdadero cinturón en la materia, porque logra adaptarse al caso concreto. Quizás la situación más congruente tanto con la Convención como con cualquier instrumento sobre derechos humanos sea la reconducción hacia la generalidad, sin concreción por motivo de discapacidad a salvedad de las garantías que deben regir en cualquier relación jurídica.

I. EL CONSENTIMIENTO EN EL ÁMBITO SANITARIO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

En el marco jurídico sanitario aún apreciamos vestigios de ese modelo médico en el que el foco de atención se centra en la rehabilitación de la persona con discapacidad a fin de que su situación se normalice y entonces pueda equipararse a los demás, entendiendo que la discapacidad es fruto de los factores fisiológicos de la persona y la única respuesta a su situación la tienen los especialistas en la materia, quienes a través de las técnicas y medios a su disposición, pueden conseguir revertir la discapacidad. Ello no puede suponer un reproche a médicos, especialistas ni profesionales de la medicina, puesto que la actuación predicada por el modelo médico hunde sus raíces en la propia legislación de la época y a la concepción social reinante. La medicina como ciencia empírica intenta dar respuesta a cada caso planteado, pero ese patrón no es congruente con la legislación desarrollada sobre derechos humanos, mucho menos con la propia Convención.

Este panorama ha variado considerablemente en los últimos tiempos, principalmente tras la promulgación de la Convención, lo que implica también a los profesionales sanitarios, ya que paulatinamente se está cambiando de un modelo en el que el médico asume las decisiones correspondientes al paciente bajo el principio de beneficencia, a uno en el que el centro de voluntad en relación a su salud radica en el propio paciente, salvo

excepciones, quien puede elegir entre las alternativas existentes la más conveniente a su juicio, lo que fomenta el vínculo entre ambos sujetos, puesto que de la sumisión suele dimanar la desconfianza y de la libertad, la fe.

Esta variación la resume de forma bastante acertada HERNÁNDEZ MARTÍNEZ²⁸⁰, al tender que se ha pasado “de una conducta basada en el principio de beneficencia, donde el enfermo se entregaba sin más a los conocimientos del profesional, instaurándose durante años el llamado “paternalismo médico” (todo para el paciente pero sin el paciente), se ha pasado a una relación horizontal, fundamentada, ahora, en el principio de autonomía de la voluntad del paciente, donde éste adquiere un enorme protagonismo en la toma de todo tipo de decisiones que le afectan, relacionadas con su salud”.

La frase que utiliza la autora “todo para el paciente pero sin el paciente” define perfectamente el tratamiento otorgado al paciente con discapacidad, en su beneficio pero sin contar con su voluntad, deseos o preferencias, al menos para barajar las opciones disponibles y que el mismo pueda manifestar su orientación a alguna de las alternativas. En dicho punto, el parámetro era la sustitución de la voluntad por el criterio profesional del médico.

A pesar de los rastros legislativos del modelo médico que aún mantenemos en el marco jurídico sanitario, progresivamente se ha venido adaptando el ordenamiento jurídico a la Convención, fomentando la autonomía de la voluntad del paciente, si bien perduran ciertas precisiones legislativas en orden a la discapacidad susceptibles de modificación por su falta de adecuación al régimen establecido en la carta internacional.

El contorno jurídico sanitario está presidido, a nivel internacional, por el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, ratificado por España el 23 de julio de 1999²⁸¹ (en adelante Convenio de Oviedo). En relación a la autonomía de la voluntad del paciente, que aquí trae causa, su artículo quinto

²⁸⁰ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, L.T., “Notas sobre la autonomía de la voluntad de las personas vulnerables en el ámbito sanitario”, *Revista Bioderecho.es*, Nº 3 (2016), pág. 10.

²⁸¹ Ratificado por España mediante el Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. “BOE” núm. 251, de 20 de octubre de 1999.

nos dirige a la figura clave en el ámbito de la voluntad o su “principal exponente”: el consentimiento. En concreto, establece, como indica su título, una regla general: “Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento...”. Por tanto, desde la perspectiva médico jurídica, no sólo se precisa la emisión de un consentimiento válido, entendido como tal en la teoría de los negocios jurídicos como libre y no viciado, sino que además debe ser informado²⁸².

1.1. El consentimiento informado como Derecho fundamental.

El consentimiento informado en el ámbito sanitario es concebido por la doctrina jurídica como un acto de voluntad requerido por los profesionales médicos al paciente antes de proceder a las distintas intervenciones –entendiéndose éstas en el sentido amplio de la palabra- en el ámbito de la salud²⁸³.

Por su parte, otra vertiente doctrinal, en este caso dimanante del campo de las ciencias de la salud, entienden el consentimiento informado como un proceso²⁸⁴. Un proceso de

²⁸² PORTERO GARCÍA, L., “Aspectos jurídicos sobre el consentimiento informado”, *Boletín del Ministerio de Justicia (estudios doctrinales)*, Nº 1838 (1999) pág. 5.

²⁸³ VIVAS TESÓN, I., “Bioinvestigación, biobancos y consentimiento informado del sujeto fuente vulnerable”, en *La Ley*, Nº 7870 (2012) págs. 1 y 2. Al respecto la autora ejemplifica algunas de las actuaciones médicas para las que se precisa el consentimiento informado del paciente, tales como “un ingreso hospitalario, una intervención quirúrgica, una extracción de una muestra de orina o sangre, en la práctica de una biopsia, en la extracción y trasplante de órganos o en la participación en ensayos clínicos”.

²⁸⁴ Véase al respecto el estudio: SANZ RUBIALES, Á.; DEL VALLE RIVERO, M.L.; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. y FERREIRA ALONSO, R., “Teoría y práctica del consentimiento informado”, *Cuadernos de Bioética*, Nº 27 (2016), págs. 69 y ss. En el estudio realizado por los autores referenciados, fruto de la teoría y la experiencia, entienden el consentimiento como un proceso informativo, interactivo y de elaboración para facilitar al paciente la comprensión de los hechos. Por ende, según su criterio, el consentimiento informado no puede ser catalogado como un mero trámite formal consistente en una explicación superflua descrita en un papel continente de la firma del paciente a objeto de demostrar que el profesional ha cumplido con su obligación informativa, puesto que dicha consideración similar a un trámite administrativo como supone rellenar un impreso parcialmente estandarizado, desvirtúa la esencia del mismo. Entienden que el consentimiento informado va mucho más allá, siendo parte integrante de esa estrecha relación médico-paciente basada en la mutua confianza que se forja entre ambos que culmina en la adopción de una decisión respecto a una determinada intervención. Por tanto, no puede ser concebido simplemente como una mera formalidad considerada *conditio sine qua non* para proceder a la práctica de ciertas técnicas o actuaciones sanitarias, dimanante de lo que a su parecer es consecuencia de la “contaminación legal” en la percepción del consentimiento informado como una fatigosa diligencia encaminada a eximir de responsabilidad a los profesionales, lo que puede conllevar su interpretación como una “carga o trámite molesto que genera rechazo por parte de los profesionales, la priorización de lo legal

comunicación fluida entre médico y paciente, donde el diálogo está abierto en ambas direcciones a fin de que el paciente comprenda las alternativas disponibles, el contenido de cada una de ellas, así como se puedan dar respuesta a los miedos o dudas que entraña cualquier actuación; de información sobre cualquier extremo que pueda levantar titubeo o incertidumbre. Al final se ha de forjar una estrecha relación entre ambas partes, de respeto mutuo y empatía, puesto ni la función del profesional sanitario es hacer juicios de valor sobre la postura del paciente ni la de éste es cuestionar la capacidad de aquél.

Hay quien señala una dualidad presente en la concepción del consentimiento, coincidente con una vis moral y una vis legal, consistente la primera en una manifestación del principio de autonomía individual del paciente, siendo la segunda, un mecanismo probatorio del buen hacer del profesional sanitario en su labor informativa o del incumplimiento de la misma en caso de su precariedad o inexistencia²⁸⁵. En cualquier caso, su precisión no ha de ser supuesta sino manifiesta, de forma que el paciente conozca la situación de salud en la que se encuentra y las opciones a su disposición.

La importancia del consentimiento informado es prácticamente incuestionable²⁸⁶. En relación a su naturaleza jurídica, el Tribunal Supremo ha afirmado que se trata de un derecho humano fundamental. Así lo expuso en su Sentencias del Tribunal Supremo de

por delante de lo personal o lo deontológico, la sensación de que la relación personal requiere de una supervisión administrativa...”.

²⁸⁵ En este sentido, MARTÍN TEJEDOR, J.A., “La no necesidad del consentimiento informado en la práctica médica”, en JUANE SÁNCHEZ, M., *Lecciones de derecho sanitario*, Universidad de la Coruña, Servicio de Publicaciones, 1999, págs. 695-710. Afirma, además, el autor que el consentimiento informado no es primera instancia una cuestión de autonomía, “sino que juega tácticamente como una estrategia de poder, redistribuyendo los riesgos de una intervención médica”. Desde esta perspectiva, apunta a dos formas jurídicas de entender el consentimiento: por un lado, como un derecho del paciente protector de su esfera personal como es su autonomía, cuya ausencia comportaría un “actuar antijurídico por el médico”; por otro lado, como una obligación más del profesional con el paciente inmersa dentro de su actividad curativa, entendiendo que en este caso la “responsabilidad depende de la materialización de un daño corporal sobre el enfermo”, fruto de la canalización de la responsabilidad en España del médico mediante un delito de lesiones, lo que implica que se han de dar éstas para exigir responsabilidad sin bastar la ausencia de consentimiento, lo cual sólo constituiría per sé un delito de coacciones. El texto es de 1999, igual ha cambiado en la práctica.

²⁸⁶ Muestra de su importancia es la consideración que hacen algunos estudiosos, al considerarlo un “factor de recuperación para muchos pacientes” con diagnóstico de tipo psicótico, puesto que el poder otorgado al paciente de decidir derivado de este derecho, hace que defiendan su autonomía, les reconduce e incluye en la sociedad a la que pertenecer y les hace sentir integrantes de la misma, rechazando los modelos coercitivos. Así queda reflejado en VALVERDE, M.A. e INCHAUSPE, J.A., “¿Hay lugar para el consentimiento informado en los tratamientos de las personas con psicosis? Una reflexión sobre el tratamiento de la psicosis”, en *Revista de Bioética y Derecho*, N° 30 (2014), págs. 40-65.

12 de enero de 2001²⁸⁷, al manifestar en su fundamento jurídico primero que “el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”. En idéntico sentido se volvió a pronunciar ese mismo año, en el fundamento séptimo de la Sentencia de 11 de mayo²⁸⁸, añadiendo a su exposición la vinculación entre el derecho a la integridad de la persona y el consentimiento libre e informado, promulgado por el artículo 3, apartado segundo, de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea²⁸⁹.

²⁸⁷ STS (Sala de lo Civil), núm. 3/2001, de 12 de enero (RJ\2001\3). La resolución del Alto Tribunal señala la esencialidad de la información en la prestación del consentimiento y la enlaza con la libertad, autonomía y autodeterminación del paciente, así expone que: “Ciertamente que la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10,1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupan el art. 1.1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias – sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de junio – en el artículo 9,2, en el 10,1 y además en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su Preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966, en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10”.

²⁸⁸ STS (Sala de lo Civil), núm. 447/2001, de 11 de mayo (RJ\2001\6197). En el proceso que trae causa de la resolución, se somete a juicio del Tribunal, el supuesto de una vasectomía realizada a un paciente de forma voluntaria. En dicho supuesto se cuestiona la información emitida por la doctora antes y después de la intervención, puesto que a pesar de la intervención, el paciente y su esposa procrearon. Como queda demostrado en la exposición de fundamentos jurídicos, la información prestada fue suficiente, más el paciente aún conociendo que en las diversas pruebas realizadas mostraban la viveza de algunos espermatozoides, mantuvo relaciones sexuales con su esposa, dando como resultado un nuevo embarazo. Por ello precisa el órgano juzgador que, no se ha de confundir “información con mal resultado” (fundamento jurídico tercero). Por ende, el cumplimiento del deber de información (derecho para el paciente) no conlleva que la actuación sanitaria sea exitosa, pero sí que el paciente tendrá el su poder información necesaria para decidir conforme a su criterio, valoración o beneficio.

²⁸⁹ Concretamente, el artículo tercero titulado “Derecho a la integridad de la persona”, de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), dice, en su apartado segundo, que “En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: - el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley, (...)”.

En resumen, sin intención de profundizar en un debate doctrinal acerca de la naturaleza jurídica del consentimiento informado, cabe resaltar que, si bien nuestro Alto Tribunal ha afirmado categóricamente que el consentimiento informado es un derecho humano fundamental, lo cierto es que en su exposición, al vincularlo con los distintos instrumentos internacionales protectores de los derechos humanos y con la propia Constitución española, se aprecia su catalogación como manifestación de ciertos derechos humanos, más no como uno de ellos con entidad separada, lo cual no le resta importancia que, a nuestro juicio, es el principal objetivo del Tribunal. Esto es, repite el órgano juzgador, que no estamos ante un simple formalismo, lo cual queda notoriamente constatado, puesto que su omisión o insuficiencia, atenta directamente contra la libertad de las personas, así como contra el principio de autonomía de la voluntad, derecho de autodeterminación y el derecho a la integridad física y moral.

Asimismo, su afectación brota en el daño conculcado en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de su personalidad, derechos amparados por el artículo 10 de la Constitución. Más, en todos los casos enunciados, la conculcación del consentimiento informado se valora por su repercusión en los derechos humanos y fundamentales reconocidos²⁹⁰.

No obstante, cabe aclarar, a nuestro juicio, dos cuestiones respecto al consentimiento informado: por un lado, como decimos, a pesar de dejar constancia del mismo en un documento escrito constituyendo de esta forma una prueba de su existencia, ello no significa que el consentimiento haya sido realmente informado, al menos no de la forma

²⁹⁰ Al respecto, VIVAS TESÓN, I., “Bioinvestigación...” op. cit. citando a PARRA LUCÁN, M.^a A.: “«La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2003., considera que la relación presentada por el Tribunal Supremo sobre el consentimiento informado y los derechos fundamentales es, posiblemente, “un exceso del que el propio Supremo no ha pretendido sacar ninguna consecuencia concreta, sino solo evitar una interpretación que reduzca la legalidad a un mero requisito formal cuyo incumplimiento carezca de consecuencias jurídico privadas”. Por su parte, SANCHO GARGALLO, I., “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, *InDret*, Nº 209 (2004); considera que la terminología empleada por el Tribunal Supremo no es la más acertada, entendiéndose que, en su caso, el consentimiento informado podría incluirse en los derechos de la personalidad, categoría de orden civil utilizada para diferenciar estos derechos de los patrimoniales, lo que conllevaría “una serie de consecuencias en cuanto a su indisponibilidad y condicionamientos respecto de su ejercicio por representación, que se adecuan correctamente con la regulación legal del consentimiento informado”. Esta consideración parece más acorde con el contenido del consentimiento informado y las consecuencias de su inoperancia, que la admitida por el Alto Tribunal como derecho humano fundamental.

en que necesitaba el paciente, que ante la acuciante necesidad de la actuación sanitaria, firma el documento ajeno a su importancia a priori más si a posteriori; por otro lado, en cualquier supuesto, el documento acreditativo de la prestación del consentimiento actúa como garantía para el profesional, pero su ausencia tampoco significa la ausencia de información, sino el incumplimiento de un requerimiento legal.

De estos supuestos, habituales en la práctica y constituyentes de litigio en cierta medida, resaltamos distintos aspectos: la esencialidad del consentimiento, que en garantía de su cumplimiento la ley precisa que su documentación de forma expresa y del derecho a la información.

La potestad para decidir, como manifestación del principio de autonomía de la voluntad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de las personas, ha de operar en todo el proceso sanitario –salvo en aquellas situaciones de urgencias donde fuere imposible por prescripción médica-, es decir, el paciente puede decidir no someterse a ningún tratamiento, no ingresar en el hospital o ni tan siquiera escuchar al médico; mientras que el derecho a la información también ha de estar presente en todo el proceso, excepto cuando al persona se niegue a ser informada, en cuyo caso ese derecho no desaparece sino que permanece latente.

Estos derechos a la información y al consentimiento informado han sido reconocidos dentro del marco jurídico sanitario como derechos del paciente. El Convenio de Oviedo, en su artículo quinto, párrafo segundo, estipula que antes de la emisión del mencionado consentimiento, la persona deberá recibir la información pertinente, entendiendo que constituye la misma, aquella relativa a “la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias”. A ello añade, en el párrafo tercero, la revocabilidad del consentimiento en cualquier momento de forma libre por el paciente.

En este punto la doctrina discrepa, puesto que en ciertas ocasiones es inviable revocar el consentimiento, ya que ello supondría un grave perjuicio para el propio paciente –por el estado de la intervención, por ejemplo-, por lo que no es posible seguir dicha dirección.

Ahora bien, en el resto de supuestos, se ha de optar por respetar la voluntad del paciente, aún cuando ello sea perjudicial para el mismo –a excepción de aquellos casos en los que

considere el médico que es precisa la actuación sanitaria y deba recabar consentimiento a la autoridad judicial competente-.

1.2 Información y autonomía del paciente.

La Ley General de Sanidad²⁹¹ (en adelante LGS), también se refiere al derecho a la información en su artículo 10, apartado segundo, en concreto, la relativa a los servicios sanitarios a que puede acceder el paciente y sobre los requisitos necesarios para su uso y; la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante LBAP)²⁹², incide especialmente en el derecho a la información sanitaria en su Capítulo II, donde señala que “los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley” (art. 4.1).

La citada información, entiende la Ley que de forma general se proporcionará por el médico responsable del paciente (art. 4.3) de forma verbal, aunque se deje constancia de ella en la historia clínica (art. 4.1) y comprenderá, “como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias” (art. 4.1 in fine). También recoge la Ley el deber de respetar la voluntad de la persona a no ser informada si así lo quisiera (art. 4.1).

Por tanto, el contenido del consentimiento informado, en base a lo expuesto, no puede ser otro que la información aportada por el profesional de la salud y apreciada por el paciente. Como ha quedado reflejado, la Ley recoge los parámetros mínimos en relación a la información que se han de aportar al paciente. Partiendo de esa base, los profesionales médicos, en función de las especialidades que precise el paciente, detallarán la actuación sanitaria como consideren oportuno, atendiendo a la peculiaridad de la misma.

²⁹¹ Ley 14/1996, de 25 de abril, General de Sanidad. BOE, de 25 de abril de 1996, núm. 102.

²⁹² Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. BOE, de 14 de noviembre de 2002, núm. 274.

Lógicamente, recabar autorización expresa en cualquier tramo o paso que deban dar los especialistas sanitarios, provocaría un colapso administrativo considerable, lo que redundaría en una atención acosada por la demora, provocando retrasos y una gestión desbordada tanto para el personal sanitario como para el propio paciente, al que se le suministraría incluso más información de la que puede procesar²⁹³. Cada actuación médica puede conllevar ciertos cuidados previos, simultáneos y posteriores, que por su entidad no suelen precisar de una nueva demanda de consentimiento, entiéndase por ejemplo, la realización de análisis previos a una pequeña cirugía, los cuidados posoperatorios (como puedan ser las curas, quitar puntos, retirar vendajes...), etc.

En estos supuestos, normalmente basta con la aceptación tácita del paciente a dichos cuidados, sin necesidad de un consentimiento expreso, mucho menos escrito. Quizás la frontera limítrofe entre aquellos actos que precisan de ese consentimiento expreso y el resto, la marque la presencia del riesgo²⁹⁴.

²⁹³ De cada pequeña actuación se pueden derivar distintos efectos secundarios, como podemos apreciar en cualquier prospecto farmacológico, la narración de cada uno de ellos sería inabordable. Pensemos, por ejemplo, en la aplicación de una ortodoncia. Una vez que hemos consentido la puesta de la misma, el odontólogo nos hará distintas pruebas para perfilar el tipo que necesitamos, tendremos que acudir a revisiones periódicas donde nos cambiarán las gomas de los aparatos y, en su caso, colocarán nuevos instrumentos para perfilar nuestra dentadura, y, cuando hayamos alcanzado el estado deseado, igualmente tendremos que someternos a ciertas pruebas para verificar el correcto comportamiento de nuestros dientes tras la ortodoncia. En cada uno de esos pasos, el dentista no nos solicita el consentimiento, porque el mismo se entiende inmerso dentro de ese consentimiento prestado al principio de la incoación de la ortodoncia. Ahora bien, en caso de que aumentara el riesgo o pudiese variar el resultado deseado y solicitado por el paciente, ahí evidentemente sería no sólo necesario, sino preceptivo recabar el consentimiento informado del paciente. Este último sería el supuesto de que existieran distintas alternativas a adoptar como paso previo a la consecución final del resultado solicitado. Imaginemos, continuando con el ejemplo de la ortodoncia, que, al carecer de espacio suficiente en la boca para alinear los dientes, existen dos opciones viables para el desarrollo de nuestra modulación dental: una de ellas, es la extracción de dos muelas y, la otra, la prolongación de un par de meses más la colocación de la ortodoncia a fin de espaciar alinear los dientes. En este caso, el odontólogo deberá preguntar al paciente que alternativa prefiere, al margen de emitir su consejo, y será aquél el que decida.

²⁹⁴ En este sentido, sabemos que toda actuación puede conllevar ciertos riesgos hasta una considerada como simple, se puede complicar y derivar en resultados nefastos. Ahora bien, algunos profesionales creen que la explicitación de todos los posibles riesgos de cada actuación sería desmesurada y perjudicial para el paciente. Así SANZ RUBIALES, Á.; DEL VALLE RIVERO, M.L.; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. y FERREIRA ALONSO, R., “Teoría y práctica...” op. cit. pág. 75, llegan a hablar de un “terrorismo psicológico”, entendiéndolo que los textos que detallan ese consentimiento informado “obvian algo que en la práctica diaria, de trato directo, resulta evidente: que un exceso de precisión en los posibles riesgos puede transformarse en un “terrorismo psicológico” a veces bienintencionado pero potencialmente dañino, especialmente en el enfermo más vulnerables”.

Sentado esto, cabe tratar ahora la capacidad de la persona para prestar ese consentimiento informado como eje dentro del derecho sanitario, por su afectación al principio de autonomía de la voluntad de la persona, así como por su derecho al libre desarrollo de su personalidad, a la integridad física y moral y a la libertad. El ordenamiento jurídico no contempla la universalidad de este derecho, pues realiza ciertas prescripciones en caso de que la persona tenga alguna discapacidad o, en su caso, la capacidad judicialmente modificada, que no concuerdan con la Convención de las personas con discapacidad.

1.2.1 EL consentimiento médico informado bajo la LBAP.

La LBAP define, en su artículo 3, al paciente como “la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud”. Como tal, se erige titular del derecho a la información asistencial, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley, gozando de la potestad de permitir la transmisión de la información relativa a su estado de salud a las personas vinculadas con él, ya sea por razones familiares o de hecho. *Sensu contrario*, cuando no exista manifestación, expresa o tácita del paciente, para dar a conocer las circunstancias sanitarias que le afecten a su entorno, los profesionales sanitarios no podrán emitir tal información. De ello se infiere que el consentimiento de la persona ha de primar desde el principio, desde la entrada en el centro sanitario.

Ahora bien, tal afirmación decae cuando se trata de una persona con discapacidad que tenga mermadas sus facultades intelectivas y volitivas. Por un lado, el párrafo 2 del artículo 5 LBAP, recoge la obligación de informar al paciente, precisando que “incluso en caso de incapacidad”, se tratará de informar al paciente de la forma más adecuada a “sus posibilidades de comprensión”, a lo que añade “el deber de informar también a su representante legal”.

La primera parte del precepto podría considerarse acorde con el texto de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aunque de *lege ferenda* se podría añadir un apartado relativo a la prestación de apoyos a la persona que así lo precise, tal como ha hecho el legislador en otras regulaciones en el camino de adaptarlas al texto

internacional²⁹⁵; mientras que respecto a la segunda, cuestionable respecto a la Convención, al tratarse de una representación legal, se debería precisar que tal información se deberá transmitir al representante si la representación afecta al ámbito sanitario según la sentencia de modificación judicial de la capacidad²⁹⁶ o, en concordancia con el texto internacional, cuando se trate de un representante voluntario designado por el paciente en el documento de voluntades anticipadas con carácter previo a la situación en que precisa tomar una decisión.

El facultativo que asista a la persona será el encargado de comprobar su capacidad para entender la información, de manera que, en caso de considerar que la misma se encuentra afectada por el estado físico o psíquico en el que se encuentre, tendrá que facilitar la información del paciente a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (art. 5.3 LBAP). También será el encargado de comprobar la capacidad de la persona para prestar el consentimiento, una vez se ha facilitado la información pertinente relativa a al acto, intervención, tratamiento o actuación sanitaria que, a juicio de los profesionales, precisa el paciente.

En relación al otorgamiento del consentimiento, la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente, hace una serie de precisiones respecto a la persona con discapacidad, limitando, en determinados supuestos, la prestación de su consentimiento y sustituyendo su ejercicio por la decisión de un tercero.

²⁹⁵ Sirva de ejemplo, el texto del artículo 56 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que entrará en vigor el 30 de abril de 2020 y que compele al funcionariado que tramite el acta o expediente matrimonial, a la posibilidad de “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”. Respecto al ámbito sanitario, la incorporación de un apartado como el mencionado supone ampliar las posibilidades para interpretar y recibir el consentimiento de la persona con discapacidad, teniendo en cuenta que, en ciertas ocasiones, la escasez de medios materiales o humanos, puede suponer un perjuicio para la persona cuyas posibilidades de manifestación o comprensión del consentimiento se ven mermadas. Ello no obsta para que los profesionales sanitarios, quizás por su conocimiento de las distintas situaciones que viven las personas, puedan ser considerados perfectamente competentes para alcanzar tal propósito, para lo que es esencialmente importante el uso de un lenguaje sencillo, claro y acorde a la comprensión de la persona, tenga o no discapacidad. Aunque, cabe resaltar, como veremos más adelante, que la prestación del soporte necesario para la formación y entendimiento del acto médico se contempla en el artículo 9, en su apartado quinto.

²⁹⁶ Al no precisar el precepto en función de la edad, también podríamos entender que se refiere a los menores de edad y de ahí el deber de informar a sus representantes legales.

1.2.2. La representación en el consentimiento médico informado.

Parece que la capacidad que exige la ley para informar a la persona, es la misma que se exige para prestar el consentimiento informado. Así, apunta SOLÉ RESINA²⁹⁷ que la capacidad requerida es la capacidad natural de “comprender intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención”, esto es, la capacidad de entender y querer que se exige a cualquier persona para dotar de eficacia y validez a su consentimiento.

Ciertamente, el artículo 3 de la LBAP, define el consentimiento informado como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”. De forma que, para que se considere válidamente prestado, es necesario que el paciente entienda la información relativa a la actuación médica que se propone llevar a cabo, así como sus consecuencias, y consienta en llevarla a cabo. Pero, existen otros supuestos donde el paciente carece o tiene mermadas sus facultades intelectivas y volitivas, de manera que no puede prestar su consentimiento de forma libre, consciente y, por tanto, válido. Así, encontramos distintos supuestos y, consecuentemente, diferentes formas de actuación por parte de los profesionales sanitarios, con arreglo al artículo 9 LBAP²⁹⁸:

a) Existencia de riesgo para la salud. En estos casos, los facultativos podrán practicar las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, aún sin contar con su consentimiento, con la obligación de recabar la autorización judicial, bien a priori o a posterior, según el riesgo que comporte la situación del paciente. Así, encontramos una doble vertiente del riesgo para proceder a este tipo de actuaciones:

- Riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. De acuerdo con el art. 9.2 a) LBAP, los facultativos adoptarán las

²⁹⁷ SOLÉ RESINA, J., “El derecho a decidir sobre la propia salud. Especial referencia a las personas discapacitadas”, en *@Revista Electrónica de Derecho*, Nº 2 (junio 2014).

²⁹⁸ SANCHO GARGALLO, I., “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, en *@InDret*, Nº 209 (2004).

medidas que estimen pertinentes, en consonancia con la Ley Orgánica 3/1986, bajo la obligación de comunicar a la autoridad judicial en un plazo máximo de 24 horas, “siempre que dispongan el internamiento obligatorio de persona”.

- Riesgo inmediato y grave para la integridad física y psíquica del enfermo. Tal supuesto tiene lugar cuando la persona se encuentra en una situación crítica, en la que no es posible recabar su voluntad o preferencias, tampoco que sea facilitada por su representante voluntario o por sus familiares o personas vinculadas de hecho, como se da, por ejemplo, cuando una persona sufre un accidente de tráfico y llega al hospital en una situación grave, que requiere una actuación rápida e inmediata para “salvar su vida” o, bien, para evitar que las secuelas o daño sea irreparable o mayor. La urgencia de la actuación, permite prescindir del consentimiento del paciente.
- b) Otorgamiento del consentimiento por representación del paciente. El artículo 9 de la LBAP se presenta como el más controvertido en relación a la prestación del consentimiento por persona distinta del paciente. Con base a ello, encontramos tres supuestos donde la LBAP ampara la sustitución de la voluntad del paciente:
- Cuando, a criterio del facultativo responsable, el paciente no pueda tomar una decisión sobre su salud debido a la situación en la que se encuentra. Si el paciente careciere de representación legal, el consentimiento será prestado por las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. En este punto, se echa en falta una mención directa al contenido a la Convención, de forma que la concesión de poder decisiones en las personas allegadas al paciente no es baladí, sino que se sustenta en la relación de confianza y conocimiento mutuo, por lo que en consonancia con tal vínculo, hubiera sido conveniente añadir que la decisión tomada por estos representantes *ad hoc* debe tomarse teniéndose en cuenta la voluntad, deseos o preferencias de la persona, así como cuando ello no sea posible determinar, su trayectoria vital. De otro modo, es totalmente indiferente quien tome la decisión relativa a la salud del paciente, puesto que, tanto el facultativo como sus familiares pretenderán velar por el bienestar del paciente de la forma menos gravosa y más conveniente en función de su estado de salud.

- Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y de esta forma conste en la sentencia²⁹⁹. Entendemos que la constancia en sentencia judicial se refiere a la obligación, en su caso, de actuar en el ámbito sanitario con el apoyo que el Tribunal designare.
- Cuando se trate de un paciente menor de edad que carezca de capacidad natural, de manera que ni intelectual ni emocionalmente pueda comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Resulta curioso que, en el caso de menores de edad la ley obligue a los representantes legales a escuchar al menor y después tomar una decisión. Sin embargo, tal trato no se parece dispensarse para el caso del paciente que tenga la capacidad judicialmente modificada si en la sentencia se establece su representación en el ámbito sanitario, lo cual, constata la vulneración del respeto a su dignidad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, además de atentar contra su integridad física y/o moral, contrariando la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad³⁰⁰.

²⁹⁹ Precepto modificado a través de distintas normativas, la que afecta a la emisión del consentimiento mediante representante, es la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE, de 29 de julio de 2015, núm. 180. Con anterioridad, se contemplaba la representación cuando el paciente estuviere “incapacitado legalmente”, sin mediar previsión alguna sobre las limitaciones contenidas en la sentencia en relación al régimen de guarda establecido y al ámbito en el que el tribunal coartara la autonomía de la voluntad del sujeto. No se contemplaba la graduación de la sentencia prevista en el art. 760 LEC, por lo que desde que se “incapacitaba” a la persona, su representante legal asumía la toma de decisiones, al menos, en el ámbito sanitario.

³⁰⁰ El artículo 9.3 c) incorpora la doctrina del “menor maduro”, consistente en el reconocimiento de capacidad al menor en función de su grado de madurez o “capacidad natural”, para consentir o, al menos, manifestar su voluntad que ha de ser escuchada, dotándolo de un mayor grado de autonomía, tendencia que se predica tanto en doctrina como en jurisprudencia pero que, como señala ANDREU MARTÍNEZ, M.B., “Discapacidad y autonomía en el ámbito sanitario a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO y LECIÑENA IBARRA, *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Aranzadi, 2014, págs. 90 y 91, no ha llegado a la LBAP para el caso de las personas con la capacidad judicialmente modificada, a expensas de una mayor sensibilización a este respecto.

Ahora bien, a pesar de la omisión de la ley, omisiones de las que no debe abusar el ordenamiento y más en materia de derechos fundamentales, la norma se ha de interpretar conforme a la Convención, de manera que el representante legal -no acogido por el texto internacional pero presente en nuestra legislación interna- deberá actuar como apoyo, independientemente de la intensidad que requiera la persona, respetando su voluntad, deseos y preferencias. Por tanto, aunque en el artículo 9 LBAP nada se diga al respecto, en relación con las personas con la capacidad judicialmente modificada, ello no puede suponer la mera sustitución de la voluntad de la persona, colocándola como objeto de protección y no como sujeto de derecho.

En cuanto a la representación, apunta SOLÉ RESINA³⁰¹ la conveniencia de una mención a explícita al guardador de hecho en los supuestos de representación previstos por la ley, siempre y cuando no exista documento de instrucciones previas, considerando si ostentan poder decisorio en el ámbito sanitario respecto a su guardado y, en caso de contemplarlo, si se entendería subsidiario al de los familiares del paciente, cuando estos no pudieren prestarlo.

Si bien es cierto que, en apartados posteriores, el artículo 9 LBAP suaviza la rigidez de los supuestos de otorgamiento mediante representante legal, en sus apartados posteriores. El apartado cuarto, delimita el campo de la representación legal, precisando que fuera de los supuestos establecidos en el artículo 9.3 b) y c) no cabe emitir consentimiento médico por representación.

Por su parte, el art. 9.5 se refiere a una serie de prácticas e intervenciones específicas, como son la práctica de ensayos clínicos y las técnicas de reproducción humana asistida, que se rigen por una regulación propia, a la cual se remite la ley. Posteriormente, aludiendo a la interrupción voluntaria del embarazo, el legislador señala que en el caso de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del

³⁰¹ SOLÉ RESINA, J., “La esterilización no consentida de persona con discapacidad”, en *@LaLey*, N° 6954 (2019).

consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil”.

En su apartado sexto, se hace referencia al mejor interés o mayor beneficio para la vida o salud del paciente como criterio que ha de regir en la representación del consentimiento del paciente, debiendo someter a tutela judicial aquellas decisiones contrarias a tales intereses, para que el órgano judicial adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar tal autorización judicial, caso en el que los sanitarios asumirán el poder decisorio conforme a la salvaguarda de la vida o salud del paciente, “amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”.

Parece generalizada la admisión de representación voluntaria en el seno de las voluntades anticipadas, de forma que el otorgante pueda designar a aquella persona que actuará como interlocutor entre el médico y la persona cuando no pueda manifestar su voluntad, velando porque se le administren los tratamientos expresados, los cuidados previstos y, en su caso, manifestando el rechazo a la aplicación de aquellos denegados por la persona y, en caso de producirse el fallecimiento, indicando el destino del cuerpo y órganos del poderdante, según su criterio³⁰². El fundamento de esta relación entre representante y representado, basada en la confianza, supone la garantía para el otorgante de que su voluntad será respetada, incluso en aquellos aspectos que no hubiere prevenido específicamente, de manera que se tendrán en cuenta sus valores, ideología y trayectoria vital, a fin de que la decisión que se adopte sea lo más cercana a aquella que hubiere tomado la persona en caso de no encontrarse ante la imposibilidad de querer y entender. Dicho extremo, se ampara a la perfección bajo el paraguas de la Convención, dado que la representación, en este caso, no supone la sustitución de la voluntad de la persona, sino al contrario, constituye el vehículo transmisor de tal voluntad en aquellos aspectos no previstos de forma clara en el documento de voluntades anticipadas. Precisa, NORIEGA RODRÍGUEZ, que no puede ser considerado como un mero *nuntius*, ya que, en determinadas ocasiones, la labor del representante se suscribirá a la interpretación de la voluntad de su representado, en colaboración con el equipo médico, bien a consecuencia

³⁰² NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El régimen jurídico del documento de voluntades anticipadas en el ámbito estatal y autonómico*, J.M. Bosh, Barcelona, 2019, págs. 117 y 118.

de la falta de claridad de las voluntades otorgadas, bien porque se hayan producido importantes avances médicos en la situación clínica del otorgante, no contemplados por él en el otorgamiento del documento³⁰³.

Es preciso resaltar que no nos encontramos en el ámbito de la representación legal, como ocurre en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002 modificado por la Ley 26/2015, que reconoce la prestación del consentimiento informado por representación cuando el paciente tenga la capacidad judicialmente modificada y así conste en la sentencia. A este supuesto nos referiremos en el apartado dedicado al consentimiento médico informado, baste decir aquí que la legislación expuesta deviene insuficiente en cuanto a la adaptación de los preceptos internacionales. Si bien, a pesar de insertarse ambos supuestos en el terreno del ámbito sanitario, no versan sobre el mismo razonamiento, puesto que, en el caso de las voluntades anticipadas, la persona voluntariamente designa a un representante que se compromete a respetar su voluntad, deseos o preferencias y hacerlos valer frente a las contingencias médicas que puedan menoscabar las facultades del representado en sede sanitaria y, por otro, en cuanto al consentimiento médico informado, se trata de una representación legal.

Otro punto importante a resaltar, dentro de este campo de autonomía de la voluntad, es la posible convivencia de distintas figuras jurídicas *ex voluntate*, emanadas de la voluntad de la persona. Defensora de esta postura, ECHEVARRÍA DE RADA³⁰⁴, reconoce que cabe la “interactuación de estas figuras entre sí”, por ejemplo, en la misma escritura de autotutela, en la parte relativa al contenido personal de la tutela, se pueden incorporar cuestiones sobre la asistencia, la aceptación o rechazo de determinados tratamientos médicos. Sin embargo, siguiendo a la autora, cabe tener presente que, a pesar de perseguir la misma finalidad, como es el respeto de la autonomía de la persona, presentan ciertas diferencias, a saber: la autotutela consta de un campo de gestión de la esfera personal y patrimonial del sujeto más amplio, no se ciñe al ámbito sanitario, como ocurre con las voluntades anticipadas. A ello añade, que la primera figura “permite la adopción de ciertas disposiciones personales en previsión de una futura modificación de la capacidad de la persona, y no de la mera incapacidad, como puede suceder en el caso de las voluntades anticipadas”, entre tales disposiciones, la persona mediante la autotutela necesariamente contenida en documento público puede designar tutor, mientras que las voluntades

³⁰³ NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El régimen jurídico del documento op. cit.* pág. 117.

³⁰⁴ ECHEVARRÍA DE RADA, T., “Voluntades anticipadas: cuestiones controvertidas”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 6 (2017), págs. 1 y 2.

anticipadas -que puede otorgarse de diversa forma en función de la regulación autonómica- pueden no manifestar la designación de un representante sanitario. Asimismo, el interesado puede otorgar poderes preventivos, “en los que faculte a la misma persona como mandatario y como representante a efectos de la Ley 41/2002”, incidiendo en la distinta finalidad que persigue cada uno³⁰⁵. Una vez referenciadas las posibles interrelaciones entre las figuras protectoras y promotoras de la autonomía de la voluntad de la persona, la autora evidencia su postura en cuanto a la preferencia de “no mezclar unas figuras con otras”, extremo que compartimos en virtud de la seguridad del tráfico jurídico, puesto que la normativa reguladora de cada figura es distinta³⁰⁶, así como su Registro y, objetivamente, es facilitador que exista claridad en torno al encuentro de donde cada figura debe albergarse, teniendo en cuenta que quien debe conocer dicha voluntad no es la propia persona que la manifestó sino un tercero -sea sanitario, juzgador, representante o mandatario-, de ahí que la claridad relativa a la ubicación y contenido de estas manifestaciones sea primordial.

En último lugar, como cierre del precepto, el legislador recoge ciertos principios y valores esenciales para la Convención sobre los derechos e las personas con discapacidad, cuyo contenido se encontraría discrepante respecto a los apartados anteriores.

En primer lugar, ciñe la prestación del consentimiento al principio de necesidad y proporcionalidad, esto es, habrá de adecuarse a las circunstancias y ser proporcionada a las necesidades que haya que atender, “siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal”.

En segundo lugar, según el orden de ideas plasmado en el texto, añade un punto fundamental, como es la participación del paciente en la toma de decisiones, así establece que “el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda

³⁰⁵ Ídem.

³⁰⁶ Ídem.

prestar por sí su consentimiento”. Este último apartado parece ser el más acorde con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad pero, a continuación, haremos un breve análisis sobre su contenido y compatibilidad con la legislación vigente en materia de sanidad.

1.2.3. Interpretación de la regulación conforme a la Convención.

Tomando como punto de partida la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, parece que esta precisión en la normativa que regula el consentimiento médico informado sita en su artículo 9 relativa al otorgamiento del consentimiento por la persona con discapacidad, solo se concibe para compeler a los poderes y administración pública para que provean a las personas de los apoyos que necesiten para comprender el tratamiento, intervención o práctica que, a juicio de los facultativos, sea conveniente, dado su situación. El apoyo se integra tanto en la fase de información -mediante el uso de un lenguaje sencillo o adaptado a la necesidad de la persona, tenga o no discapacidad³⁰⁷- como en la de ejecución final del consentimiento -firma, consecuencias de la misma...-.

De hecho, siguiendo con el artículo 12.3 de la Convención, la norma apremia a los Estados Partes para que adopten las medidas pertinentes para proporcionar apoyo a las personas con discapacidad si así lo necesitaren y en la medida que lo precisaren, a objeto de que puedan ejercitar su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de su vida (art. 12.2), procurando salvaguardias adecuadas y efectivas que puedan impedir posibles abusos de conformidad con la legislación sobre derechos humanos y, que aseguren el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona (art. 12.4). Como recoge la Convención y ha manifestado su Comité, no se exceptúa ningún ámbito de la vida donde pueda ser limitada la capacidad jurídica de la persona, sino que engloba “todos” y cada uno de ellos, incluido el sanitario.

Por tanto, el apoyo y la salvaguardia deben presidir todo el proceso sanitario.

³⁰⁷ El lenguaje médico como lenguaje técnico, precisa de la explicación efectuada por los sanitarios a los pacientes que, de otro modo, les sería altamente difícil comprender la situación en la que se encuentra. En el caso de las personas con discapacidad, dado la variabilidad de la misma, necesita que el apoyo se adapte a sus necesidades con el fin de que la persona entienda el acto sanitario que se promueve.

En lo que respecta al deber de informar a los familiares y allegados, el profesional habrá de respetar la voluntad del paciente, coincidente con su derecho a la intimidad y a la protección de datos. Lógicamente, en los casos de urgencias arriba planteados, se deberá comunicar a los familiares o allegados la situación inmediata del paciente fruto de un acontecimiento futuro e impredecible, como podría ser un accidente de tráfico, porque su omisión podría revertir en una alteración del orden público y, porque, objetivamente, sería inhumano e insensible la omisión de tal información a aquellos que se conviven con la angustia en salas de espera o a través del teléfono. Como muestra, simplemente, los pacientes con posible la COVID-19 que entraban solos en los centros sanitarios y que, si no es por la comunicación que prestaban los profesionales a través de llamadas telefónicas, los familiares hubieran tenido que vivir durante determinado tiempo con la angustia, incertidumbre y desesperanza, puesto que las noticias de los medios de comunicación sobre la evolución del virus en plena crisis en los hospitales no era halagüeña y, por su parte, muchos familiares no se encontrarían lo suficientemente bien como para realizar ellos mismos esas llamadas.

Cabe resaltar, que la Convención dedica su artículo 25 al derecho a la salud, contemplando en su seno las directrices que deben regir en el entorno médico sanitario respecto a la persona con discapacidad, que no se alejan de las que se estipular para cualquier otra persona, no teniendo de discapacidad. Mas, en ningún caso, la Convención hace mención especial en el ámbito sanitario respecto a la procedencia de la representación cuando la persona carezca de capacidad natural, a juicio del facultativo que le atiende, puesto que, en ningún momento, a lo largo del texto, se menciona la representación, sí la intensidad del apoyo. Por tanto, la norma internacional no ampara un mecanismo de sustitución de la voluntad en su seno, máxime cuando se trata de derechos fundamentales como lo es el expuesto³⁰⁸.

Evidentemente, habrá supuestos en los que la persona no pueda manifestar su voluntad ni tampoco decidir sobre el tratamiento o práctica que los especialistas consideran pertinente para salvaguardar su salud. En tales casos, se deberá proceder, en primer lugar, a pesar de

³⁰⁸ A pesar de la postura contraria de la que es defensora un sector doctrinal y por la que opta el Proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de discapacidad.

la omisión al respecto que realiza la ley, a comprobar si la persona realizó documento de instrucciones previas donde dejare constancia de su voluntad o preferencias.

De manera que, el primer paso conforme a la Convención, que deberá realizar el facultativo cuando no pueda recabar del paciente su consentimiento válido y eficaz, debido a la situación en la que se encuentra, será comprobar su historia clínica para cerciorarse de si el paciente realizó testamento vital o documento de voluntades anticipadas, de acuerdo con el proceso de registro y vertido de información a las historias clínicas del paciente reconocido a nivel autonómico y, en el artículo 11 LBAP. Si es así, como ya vimos, caben dos supuestos:

- a) Que el paciente haya manifestado su decisión respecto al ámbito sanitario respecto a determinadas intervenciones, procedimientos, técnicas o tratamientos y que, aquella que los facultativos consideren procedente para realizarle se encuentre dentro de ese conjunto. En tal caso, ya tienen respuesta sobre si proceder o no a tal actuación: dependerá del criterio manifestado por el paciente. Ahora bien, si aunque haya expresado su negativa a tal tratamiento, los profesionales sanitarios consideran que atenta contra le *lex artis*, podrán recabar autorización judicial para practicarle las medidas que consideran convenientes y que haya autorizado el Juez.
- b) También puede darse el caso de que el paciente haya realizado determinadas especificaciones respecto al proceder sanitario según la casuística en el manifestada pero que, aún así, haya designado a un representante para que, en aquello no previsto por él, lo decida el mismo, en consonancia con esa relación de confianza que el otorgante deposita en su representante, entendiendo que respetará su voluntad y preferencias. Si tiene lugar este segundo supuesto, el personal sanitario tendrá que llevar la práctica a cabo de acuerdo con el criterio del paciente y, en caso de que se trata de una actuación no reconocida en su testamento vital, será el representante el que tome la decisión en consonancia con el criterio del paciente que lo ha elegido.

Por tanto, respecto al representante del art. 9. 3 a), ANDREU MARTÍNEZ señala que se referirá, bien, al representante voluntario nombrado en el documento de instrucciones

previas, bien al “representante sanitario” que pudiera haber nombrado el paciente el documento público notarial o, en el propio documento de consentimiento informado para una concreta actuación³⁰⁹.

II. DOCUMENTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS Y EL RESPETO A LA VOLUNTAD DEL PACIENTE.

Dentro del campo de la autonomía de la voluntad de la persona y de su derecho fundamental al libre desarrollo de su personalidad, es esencial que el ordenamiento jurídico promulgue y promueva la libertad de la persona a decidir sobre las cuestiones que le afectan, singularmente cuando nos adentramos en el ámbito sanitario. Para ello, se hace necesaria la habilitación de mecanismos jurídicos que permiten la manifestación de la voluntad de la persona respecto a sus intereses, deseos o preferencias respecto a decisiones relativas a su salud o, a cuando la vida fenezca, el destino de su cuerpo. Abordar tales determinaciones, si bien, a priori, puede causar cierto estupor su mero planteamiento, puesto que parece que al referirlas en voz alta un fatal desenlace se acerca -utilizando la expresividad de ciertas leyendas o dichos populares-, son de indudable importancia, especialmente, si la persona tiene determinada predilecciones – en función de su ideología, religión, su forma de entender la vida y concebir la muerte, que al caso son indiferentes- que quiere -y tiene derecho- sean respetados cuando ella carezca de facultades para poder expresarlas.

El resultado de esta manifestación de lo que algunos denominan como autonomía del paciente, aún cuando la persona que la realice puede no ser aún paciente o no llegar a serlo nunca³¹⁰ -extremo que desconoce cuando la expresa-, más tales previsiones se

³⁰⁹ ANDREU MARTÍNEZ, M.B., “Discapacidad y autonomía en el ámbito sanitario a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO y LECIÑENA IBARRA, *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Aranzadi, 2014, pág. 91.

³¹⁰ Imaginemos aquella persona que fallece en un accidente o como consecuencia de un paro cardíaco fulminante. Como veremos la expresión anticipada de su voluntad, a pesar de que nunca llegó a ser paciente,

circunscriben al ámbito sanitario y acoge distintas previsiones, aquellas que convenga la persona.

2.1 Consideraciones generales.

Se trata de un documento formal que recoge la declaración de voluntad de la persona respecto a ciertos aspectos circunscritos al ámbito sanitario, como la aplicación o exclusión de determinados tratamientos o cuidados, el nombramiento de un representante que sirva de interlocutor entre ella y el médico o equipo que la asista, el destino de su cuerpo y órganos llegado el caso de su fallecimiento...; la cual tendrá eficacia una vez que la persona no pueda manifestar su voluntad debido al estado de sus facultades intelectivas y volitivas. Algunos lo consideran el consentimiento médico informado anticipado³¹¹, con el que guarda estrecha relación pero, a nuestro juicio, el documento de instrucciones previas se extiende a un campo más amplio que el consentimiento informado, puesto que no se ciñe al asentimiento o rechazo en relación a un tratamiento o intervención quirúrgica, aún a pesar de que algunos consideren al consentimiento como un proceso comunicativo e informativo entre profesional y paciente, más que como un mero documento, pero se centra en un aspecto, no en todos o en la mayoría de decisiones relativas a la salud y defunción de una persona, posibilitando, incluso el nombramiento de un representante.

Esto es, en el caso del consentimiento, la persona una vez que finalice la intervención o tratamiento precisará de un nuevo consentimiento para la siguiente -si la necesitare- prescripción médica, mientras que, en el caso del documento de voluntades anticipadas, no hay un nuevo documento -siempre que la persona permanezca en ese este estado de imposibilidad en la manifestación de su voluntad- sino que el mismo se aplica a todo tratamiento, intervención, cuidado o destino de su cuerpo. Por tanto, hablar de un consentimiento informado anticipado nos parece muy bien, siempre que tengamos

_____ puede referirse también al destino que la persona quiera dar a sus órganos o a su cuerpo. Todo dentro del ámbito sanitario.

³¹¹ ECHEVARRÍA DE RADA, T., “El documento de voluntades anticipadas. Capacidad para otorgarlo y forma de emisión de la declaración”, en PEREÑA VICENTE, M., *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, 2019, págs. 286 y ss.

presente la amplitud del documento de voluntades anticipadas, en otro caso, sería estrechar mucho la mira.

Por tanto, para empezar, es preciso tener en cuenta que se aplicarán cuando la persona carezca de capacidad de querer y entender, puesto que, en otro caso, se procederá al consentimiento médico informado.

A consecuencia de sus semejanzas con el testamento propiamente dicho, la denominación más extendida de este documento es el de “testamento vital”, al tratarse de un acto individual, personalísimo, voluntario, libre, solemne y revocable, aunque carece de contenido patrimonial, despliega su eficacia en vida del otorgante, a pesar de que pueda surtir algún efecto con posterioridad -como ocurre con la donación de órganos-³¹².

Como veremos, tal manifestación de voluntad se emite a través del documento de voluntades anticipadas, pensado para proteger la autonomía del paciente en caso de que en la aciaga futuridad no pueda tomar las decisiones que le competan en el momento, de ahí que se regule la posibilidad de anticipar su voluntad para cuando llegue -si llega- el momento abordar una situación relativa a su salud.

En cuanto a los antecedentes del testamento vital, su albor tiene origen en Estados Unidos donde la figura se encuentra muy extendida. Tuvo especial trascendencia con relación a su desarrollo, el denominado como caso Nancy Cruzan³¹³, que dio lugar a numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, incluyendo el dictado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el año 1990, relativo al conocido como “derecho a morir con dignidad”.

En resumen, del pronunciamiento del Alto Tribunal americano, radica en la idea de la falta de previsión que hizo en este caso la paciente que da nombre al caso, en relación a los tratamientos a realizar en caso de que ella no pudiera manifestar su voluntad. De forma que el Tribunal negó la autorización preceptiva para suspender el tratamiento médico que

³¹² MOSCOSO TORRES, R.M., “El documento de instrucciones previas: límites formales y apreciación de la capacidad”, disponible en aequitas.notariado.org

³¹³ Sobre el caso Nancy Cruzan, vid. el estudio realizado por SILVA-RUIZ en SILVA-RUIZ, P.F., “El derecho a morir con dignidad y el testamento vital”, en *Boletín*, núm. 1651 (1992), págs. 129 y ss.

se realizada a la paciente, encontrándose esta en estado de coma, al no existir “evidencia clara y convincente del deseo de Cruzan”, considerando insuficiente la declaración verbal que realizó a su amiga cuyo contenido versaba sobre la casuística de acaecimiento de accidente, manifestando su negación a continuar viviendo en tales circunstancias, así como la solicitud de los tutores de cesación en la alimentación e hidratación por medios artificiales³¹⁴. El resultado de la repercusión jurisprudencial y mediática de este caso, fue la proliferación de documentos conocidos como testamentos vitales (*living will*) o, en caso de tratarse de un contenido de mayor especificación, instrucciones, directivas o voluntades anticipadas (*advance directive*)³¹⁵.

El testamento vital fue definido como “una declaración escrita, en previsión de la eventual incapacidad del declarante -estado de coma irreversible, condición terminal- en la cual se ordena, a los familiares y médicos del futuro paciente, si un tratamiento médico extraordinario o desproporcionado debe ser iniciado, continuado o interrumpido”, o, en el mismo sentido, se trata de “una orden escrita dada por un individuo, mientras se encuentra en el ejercicio de sus facultades mentales, indicativa del tratamiento médico que quisiera recibir en el momento en que, como paciente, se encuentre incapacitado -coma irreversible, condición terminal- para tomar decisiones”³¹⁶.

2.2 Configuración legal para los deseos expresados por el paciente.

Dada la trascendencia y el valor que otorga la redacción de dichas voluntades para alcanzar el respeto a la autonomía de la voluntad del paciente, en estrecha sintonía con el respeto a su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad, Europa también se hizo eco de esta necesidad. De forma que, el Convenio del Consejo de Europa relativo a los derechos humanos y la biomedicina hecho en Oviedo en 1997 y ratificado por España el 23 de julio de 1999³¹⁷, recogió en su artículo noveno titulado “Deseos expresados anteriormente”, la toma en consideración que se ha de hacer de “los deseos expresados

³¹⁴ TUR FAÚNDEZ, M.N., “El documento de Instrucciones Previas o Testamento Vital. Régimen Jurídico”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10 (2004), pág. 1.

³¹⁵ Ídem.

³¹⁶ SILVA-RUIZ, P.F., “El derecho a...” op. cit., pág. 140.

³¹⁷ Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, BOE núm. 251, que entraría en vigor en España el 1 de enero de 2000.

anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad”.

Desde nuestro punto de vista, el precepto europeo adolece de cierta ambigüedad, dando lugar a confusión la interpretación de su texto. El artículo hace referencia a los “deseos expresados” con anterioridad respecto de una intervención médica al paciente, para que en el supuesto de que cuando tenga lugar la intervención, sean respetadas sus voluntades dado el caso de que no pudiera manifestarlas *in situ* o *motu proprio*. Pero cabe preguntarnos si tales deseos sólo pueden ser expresados por el paciente o por cualquier otra persona que no lo sea en previsión de serlo en el futuro y si el documento que recoge tales deseos se realiza en relación de una intervención determinada o, pudiese hacerse con carácter general, en pos de un futuro accidente o enfermedad que impida a la persona manifestarse. A continuación, veremos como solventa tales cuestiones el legislador español, aunque quepa adelantar que, en esta materia, el legislador se divide y multiplica entre las distintas Comunidades Autónomas.

A nivel nacional, fue la Ley 41/2000, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica³¹⁸, la que introdujo el documento de voluntades anticipadas o instrucciones previas. La Ley haciendo honor a su título, trata de mantener “el máximo respeto a la dignidad de la persona y a la libertad individual”, reforzando y dotando de trato especial al “derecho de autonomía del paciente”, con especial mención a la regulación “sobre instrucciones previas que contempla, de acuerdo con el criterio establecido en el Convenio de Oviedo, los deseos del paciente expresados con anterioridad dentro del ámbito del consentimiento informado”³¹⁹. Concretamente, su artículo onceavo es el destinatario de la regulación, el cual adopta la denominación de “Instrucciones previas”, a pesar del uso general y extendido de “testamento vital”³²⁰. No obstante, siguen este

³¹⁸ Ley 41/2000, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, BOE núm. 274.

³¹⁹ Exposición de Motivos de la Ley 41/2000, de 14 de noviembre.

³²⁰ En los siguientes términos se pronuncia el legislador nacional respecto al documento de voluntades anticipadas:

“1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de

modelo las legislaciones autonómicas, decantándose por el documento de voluntades anticipadas o instrucciones previas -opción elegida por el legislador estatal-³²¹.

Así pues, la legislación estatal fija el marco de referencia en la materia, sentando las bases que sustenta su contenido. No obstante, el desarrollo de esta materia se encomienda a las autonomías para que estructuren y el proceso y expliciten el contenido del documento, respetando las condiciones básicas establecidas en la norma estatal.

2.2.1. Regulación autonómica.

La Ley 21/2002 no fue pionera en la regulación de las instrucciones previas en todo el territorio nacional, puesto que, algunas autonomías fueron más precoces, creando y promulgando leyes en las dedicaban algún precepto a las voluntades anticipadas. Este fue el caso de Cataluña³²² la primera en orden temporal, que dedicó el artículo octavo a

su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

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

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

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

5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud”.

³²¹ En cuanto a la dispersa nomenclatura véase NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El régimen jurídico del documento de voluntades anticipadas en el ámbito estatal y autonómico*, J.M. Bosh Editor, Barcelona, 2019, págs. 99 a 10; quien además apunta por la unificación de la definición de *lege ferenda* en aras de la seguridad jurídica y claridad de la normativa, apostando por el término de “voluntades anticipadas”, más común en las distintas legislaciones autonómicas y entre un amplio sector doctrinal.

³²² Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica. BOE, de 2 de febrero de 2001, núm. 29, págs. 4121 a

tal ámbito en su Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica. Poco después llegó la regulación de Galicia³²³ que, en su Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, reguló en su artículo quinto las “Instrucciones Previas”. Posteriormente, se unieron a la regulación de este ámbito preventivo de la autonomía de la voluntad otras normativas de

4125. Un poco más adelante, se promulgó el Decreto 175/2002, de 25 de junio, por el que se regula el Registro de voluntades anticipadas. Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña.

³²³ Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes. BOE de 3 de julio de 2001, núm. 158, modificado por la Ley 3/2005, de 7 de marzo, de modificación de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes. BOE, de 19 de abril de 2005, núm. 93, págs. 13364 a 13368; Ley 12/2013, de 9 de diciembre, de garantías de prestaciones sanitarias. BOE de 29 de enero de 2014, núm. 25, págs. 5711 a 5725. En relación al Registro de instrucciones previas gallego, en un primer momento, se promulgó el Decreto 259/2007, de 13 de diciembre, por el que se crea el Registro gallego de instrucciones previas sobre cuidados y tratamiento de la salud. Diario Oficial de Galicia, de 14 de enero de 2008, núm. 9, derogado, a excepción de su artículo primero que conserva la vigencia, por el Decreto 159/2014, de 11 de diciembre, por el que se establece la organización y funcionamiento del Registro gallego de instrucciones previas sobre cuidados y tratamiento de la salud. Diario Oficial de Galicia, de 19 de diciembre de 2014, núm. 248. Y, en último lugar, se promulgó la Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales. BOE, de 23 de septiembre de 2015, núm. 228, págs. 85012 a 85025.

algunas CCAA: Extremadura³²⁴ con la Ley de Salud; Madrid³²⁵ con la Ley de Ordenación Sanitaria, junto con Aragón³²⁶, La Rioja³²⁷ y Navarra³²⁸.

³²⁴ Ley 10/2001, de 8 de junio, de Salud de Extremadura. BOE de 25 de julio de 2001, núm. 177, págs. 27021 a 27039, cuya regulación sobre las voluntades anticipadas fue posteriormente derogada por la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente. BOE de 5 de agosto de 2005, núm. 186; la cual se complementa con el Decreto 311/2007, de 15 de octubre, por el que se regula el contenido, organización y funcionamiento del Registro de Expresión Anticipada de Voluntades de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se crea el Fichero Automatizado de datos de carácter personal del citado Registro. Diario Oficial de Extremadura, de 18 de octubre de 2007, núm. 121.

³²⁵ Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid. BOE, de 5 de marzo de 2002, núm. 55, cuyo precepto número 28 regulaba las instrucciones previas, siendo derogado por la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente. BOE de 20 de noviembre de 2005, núm. 269, págs. 36755 a 36757. Mientras el Registro se incorporó a la legislación autonómica a través del Decreto 101/2006, de 16 de noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula el Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid. Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 28 de noviembre de 2006, el cual se desarrolla mediante la Orden 2191/2006, de 18 de diciembre, de la Consejería de Sanidad y Consumo, por la que se desarrolla el Decreto 101/2006, de 28 de noviembre, por el que se regula el Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid y se establecen los modelos oficiales de los documentos de solicitud de inscripción de las Instrucciones Previas y de su revocación, modificación o sustitución. Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 20 de diciembre de 2006. Por último, es preciso mencionar, la ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir. Boletín Oficial del Estado de 23 de junio de 2017, núm. 149, págs. 51701 a 51716.

³²⁶ Artículo 15 titulado “Las voluntades anticipadas” de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón. BOE, 21 de mayo de 2002, núm. 121, págs. 18061 a 18079, modificada por la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se modifica la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, en lo relativo a voluntades anticipadas. Boletín Oficial de Aragón, 30 de diciembre de 2009, núm. 252. El Registro de Voluntades Anticipadas de Aragón se regula por el Decreto 100/2003, de 6 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas. Boletín Oficial de Aragón, de 28 de mayo de 2003, núm. 64. Posteriormente se promulgó, la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte. BOE, de 14 de mayo de 2011, núm. 115, págs. 49076 a 49093; donde resaltó, en su artículo 9 apartado cuarto que, “para la toma de decisiones en las situaciones clínicas no contempladas explícitamente en la declaración de voluntades anticipadas, a fin de presumir la voluntad que tendría el paciente si estuviera en ese momento en situación de capacidad, la persona representante tendrá en cuenta los valores u opciones vitales recogidos en la citada declaración”, disposición muy acorde con el espíritu de la Convención.

³²⁷ Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud. Boletín Oficial del Estado de 3 de mayo de 2002, núm. 106, págs. 16210 a 16237, cuyo artículo 6.5 dedicado a las instrucciones previas es modificado por la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad. Boletín Oficial del Estado de 21 de octubre de 2005, núm. 252, págs. 34392 a 34395. La legislación se completa con el Decreto 30/2006, de 19 de mayo, por el que se regula el Registro de Instrucciones Previas de La Rioja. Boletín Oficial de La Rioja de 25 de mayo de 2006, núm. 69 y, Orden 8/2006, de 26 de julio, de la Consejería de Salud, sobre la forma de otorgar documento de instrucciones previas ante personal de la administración. Boletín Oficial de La Rioja de 5 de agosto de 2006, núm. 106.

³²⁸ Ley 11/2002, de 6 de mayo, de derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, derogada por la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra. BOE de 28 de diciembre de 2010, núm. 315, págs. 107659 a 107693. Asimismo, la legislación se completa con la Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de muerte. Boletín Oficial de

Después llegó la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que es dotada, como proclama su Disposición Adicional primera, de carácter de legislación básica, por lo que conforme al artículo 149.1.1ª y 16ª de la Constitución española, la normativa nacional estatal regulará las condiciones básicas, en este caso en materia de autonomía del paciente, garantizando la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, en el ámbito de la sanidad exterior, estableciendo las bases y coordinación general de la sanidad, mientras que las Comunidades Autónomas desarrollarán, dentro de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para dotar de efectividad a la Ley.

Al marco de referencia estatal, le siguieron las demás Comunidades Autonómicas que no se habían pronunciado sobre el tema con anterioridad. Así es de inexcusable citación la regulación de Cantabria³²⁹ muy cercana en el tiempo a la legislación nacional, a la que le siguieron las distintas normativas de el País Vasco sobre voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad³³⁰, Valencia con la ley derechos e información al paciente de la Comunidad³³¹, Islas Baleares³³² con la Ley de Salud de voluntades anticipadas, Castilla

Navarra de 4 de abril de 2011, núm. 65 y Decreto Foral 140/2003, de 16 de junio, por el que se regula el Registro de voluntades anticipadas. Boletín Oficial de Navarra de 30 de junio de 2003, núm. 81.

³²⁹ Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria. BOE de 7 de enero de 2003, núm. 6; modificada por la Ley 6/2009, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y de Contenido Financiero. Boletín Oficial del Estado de 21 de enero de 2012, núm. 18, págs. 5936 a 6048.

³³⁰ Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad. BOE de 3 de diciembre de 2011, núm. 291. Esta normativa se completa con el Decreto 270/2003, de 4 de noviembre, por el que se crea y regula el Registro Vasco de Voluntades Anticipadas. Boletín Oficial del País Vasco de 28 de noviembre de 2003, núm. 270. A ellas se suma, la Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida. BOE de 21 de julio de 2016, núm. 176, págs. 51143 a 51157.

³³¹ Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana. BOE de 25 de febrero de 2003, núm. 48, págs. 7587 a 7595, derogada por la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana. BOE de 10 de febrero de 2015, núm. 35, págs. 11133 a 11181; Decreto 168/2004, de 10 de septiembre, del Consell de la Generalitat, por el que se regula el Documento de Voluntades Anticipadas y se crea el Registro Centralizado de Voluntades Anticipadas de la Comunidad Valenciana. Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 29 de septiembre de 2004, núm. 4.846 y, finalmente, la Ley 16/2018, de 28 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida. BOE de 30 de julio de 2018, núm. 183, págs. 76351 a 76371.

³³² Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Iles Balears. BOE de 8 de mayo de 2003, núm. 110, págs. 1748 a 17455 y; Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas. BOE, de 5 de abril de 2006, núm. 81; desarrollada por el Decret 58/2007, de 27 d'abril, de desplegament de la Llei de voluntats anticipades i del Registre de Voluntats Anticipades de les Illes Balears. Boletín Oficial de las Islas Baleares, de 10 de mayo de 2007, núm. 70 y; modificada, por la Ley 4/2015, de 23 de marzo, de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir. BOE, de 22 de abril de 2015, núm. 96; la que al igual que exponen otras normas coetáneas, recoge en su artículo noveno, la toma en consideración de los valores u opciones vitales

y León³³³ sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud; Andalucía sobre el documento de voluntades anticipadas³³⁴, Castilla-La Mancha³³⁵ sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud; Murcia³³⁶ sobre el reglamento de instrucciones previas y su registro; Canarias³³⁷ por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro y Asturias³³⁸, sobre la Organización y Funcionamiento del Registro del Principado de Asturias de Instrucciones Previas en el ámbito sanitario.

que se presumen tendría la persona y que no constan en la declaración, en la toma de decisiones en situaciones asistenciales no contempladas explícitamente en el documento.

³³³ Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud. Boletín Oficial del Estado, de 30 de abril de 2003, núm. 103, págs. 16650 a 16659. Por su parte, el Registro autonómico queda regulado en el Decreto 30/2007, de 22 de marzo, por el que se regula el documento de instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el Registro de Instrucciones Previas de Castilla y León. Boletín Oficial de Castilla y León, de 28 de marzo de 2007, núm. 62/2007.

³³⁴ La primera normativa andaluza que reguló la materia relativa al documento de voluntades anticipadas fue la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada. BOE, 21 de noviembre de 2011, núm. 279, modificada por la Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de muerte. BOE, 25 de mayo de 2010, núm. 127, págs. 45646 a 45662, que, introduce, entre otras modificaciones, que la persona que realice la declaración de voluntad vital anticipada pueda incluir en la misma, los valores vitales que sustentan sus decisiones y preferencias. A esta normativa ha se añadirse el Decreto 59/2012, de 13 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, de 26 de marzo de 2012, núm. 59.

³³⁵ Ley de 6/2005, de 7 de julio, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud. BOE, de 25 de agosto de 2005, núm. 203, págs. 29509 a 29511. Mientras que su Registro se ha regulado en el Decreto 15/2006, de 21 de febrero, del Registro de Voluntades Anticipadas de Castilla-La Mancha. Diario Oficial de Castilla-La Mancha, de 24 de febrero de 2006, núm. 42, modificado por el Decreto 56/2018, de 28 de agosto, por el que se modifica el Decreto 15/2006, de 21 de febrero, del Registro de Voluntades Anticipadas de Castilla-La Mancha. Diario Oficial de Castilla-La Mancha, de 4 de septiembre de 2018, núm. 173.

³³⁶ Decreto 80/2005, de 8 de julio, por el que se aprueba el reglamento de instrucciones previas y su registro. Boletín Oficial de la Región de Murcia de 19 de julio de 2005, núm. 164/2005 y Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia. BOE de 9 de febrero de 2011, núm. 34, págs. 13608 a 13639.

³³⁷ Decreto 13/2006, de 8 de febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro. Gobierno de Canarias, de 2 de marzo de 2006, núm. 2006/043 y; Ley 1/2015, de 9 de febrero, de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida. Boletín Oficial del Estado, de 4 de marzo de 2015, núm. 54, págs. 20101 a 20116.

³³⁸ Decreto 4/2008, de 23 de enero, de Organización y Funcionamiento del Registro del Principado de Asturias de Instrucciones Previas en el ámbito sanitario. Boletín Oficial del Principado de Asturias, de 7 de febrero de 2008, núm. 31; desarrollada por la Resolución de 29 de abril de 2008, de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, de desarrollo y ejecución del Decreto 4/2008, de 23 de enero, de Organización y Funcionamiento de el Principado de Asturias de Instrucciones Previas en el ámbito sanitario. Boletín Oficial del Principado de Asturias, de 7 de mayo de 2008, núm. 105. En la Ley, en su artículo 21, reconoce el deber de los profesionales que intervengan en el proceso del final de la vida de la persona, de proporcionar información acerca del derecho a otorgar el documento de instrucciones previas, y a diferencia de otros

Cabe resaltar que, en ciertas normativas autonómicas -especialmente en aquellas pioneras a nivel nacional en la inclusión del documento de voluntades anticipadas en sus ordenamientos jurídicos-, regularon la materia dedicándole un espacio a modo de precepto en el seno de leyes generales de sanidad de la Comunidad Autónoma correspondiente. Posteriormente, algunas autonomías abordaron en una única norma la regulación de este ámbito preventivo, como en Andalucía, al legislar tardíamente en relación a otras Comunidades, lo hicieron a través de una Ley que versare exclusivamente sobre sobre la declaración de voluntad anticipada.

También ha copado algún artículo o incluso varios, en aquellas normativas que algunas autonomías han promulgado relativas a las garantías de las personas en el proceso de morir. Mas, como decíamos, tales documentos no se ciñen únicamente al momento final de la vida del paciente, no están inexcusablemente inmersas en lo que los griegos conocían como *Thánatos*, sino que su ámbito de aplicación es mucho más extenso. Es cierto que está pensado para cuando la persona no pueda manifestar, en modo alguno, su voluntad, pero ello no quiere decir que la causa de tal “imposibilidad” sea su cercanía a la muerte. Además, como sabemos, el estado de salud es variable, la ciencia y la tecnología avanzan velozmente, por lo que las situaciones -en muchos casos- son reversibles.

Hasta que finalmente, de un modo u otro, todas las autonomías contemplan las instrucciones previas como instrumento integrador de la autonomía de la voluntad en el ámbito sanitario de la persona, fruto, sin duda, de la necesidad que surge en la sociedad y que el legislador ha de cubrir de la forma más efectiva posible.

A pesar del esfuerzo realizado en la plena integración y reconocimiento del documento de voluntades anticipadas en todo el territorio nacional, gran parte de la doctrina no es conforme con esta dispersión reguladora, ya que juega en detrimento de la seguridad jurídica del paciente debido a sus, a veces, ínfimas, a veces, notables, variaciones de una Comunidad a otra. De hecho, CORRERA IZU denomina la diseminación de normativa

ordenamientos autonómicos, no somete tal deber a la solicitud del paciente. Además, tal como establece en su apartado tercero cabe precisar que “este documento no sustituye la comunicación continua y adecuada del médico con su paciente, cuando este conserva la capacidad para tomar decisiones”.

autonómica en la materia como la “jungla legislativa”, poniendo de manifiesto la necesidad de una “única ley estatal”, que regule “la muerte digna de personas afectadas por una enfermedad irreversible ofreciendo, a su vez, seguridad jurídica a los profesionales sanitarios”³³⁹. En la misma línea, aunque con distinta expresión, ECHEVARRÍA DE RADA también considera que la “falta de uniformidad normativa” presente en la materia, despierta una abordable confusión, por ello, a juicio, se deberían realizar propuestas de *lege ferenda* tendentes a alcanzar una regulación homogénea que priorice en su objetivo esencial, como es, el respeto a la autonomía del paciente³⁴⁰.

2.2.2 Capacidad exigida en la legislación autonómica según la Convención.

La capacidad exigida en la mayoría de legislaciones es la capacidad de obrar plena de la persona, cuya actuación se ha de ser libre y consciente. De acuerdo con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, sería necesario además de pertinente, añadir que se han de prestar los apoyos que, con base a su situación, la persona precise en la realización de tal declaración de voluntad, de formar que su ausencia no se deba a la falta de medios ni a la obstaculización en su otorgamiento, sino a la merma de facultades intelectivas y volitivas que, aún con la prestación de aquél, le haga imposible entender y querer el acto.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, a pesar de reconocerse como una norma básica, cuyo contenido será desarrollado por las Comunidades Autónomas a fin de dotarla de efectividad, establece como requisitos previos al otorgamiento del documento de instrucciones previas, que la persona sea mayor de edad, capaz y libre (art. 11.1). Como puede observarse, la norma deja abierta a la regulación autonómica algunas consideraciones en torno a la capacidad, como es la inclusión de los menores emancipados y el criterio sobre la capacidad. Es decir, visto así, tal cual lo expresa la norma y de acuerdo con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, pueden otorgar documento de voluntades anticipadas, todas las personas que entiendan y quieran lo que están otorgando, lógicamente, en su caso, acompañadas

³³⁹ CORRERA IZU, M., “Testamento vital”, en *La ley digital*, núm. 11208 (2013), pág.1.

³⁴⁰ ECHEVARRÍA DE RADA, T., “Voluntades anticipadas: cuestiones controvertidas”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6 (2017), págs. 1 a 33.

del apoyo que precisen para tal menester³⁴¹. Por mor de la lógica, se entiende que si la persona se encuentra en un estado comatoso derivado de un accidente o de la ingesta de cualquier sustancia, si la persona está atravesando un brote fruto de un trastorno o si la persona simplemente está dormida, no puede redactar o rellenar tal documento, puesto que carece de lo que podríamos denominar como “capacidad de hecho”, que nada tiene que ver con la capacidad jurídica, única y universal en toda persona. En estos casos la persona, a pesar de contar con el apoyo que precisare, no comprende la trascendencia del acto, tampoco muestra interés por algo que para ella no existe o carece de relevancia, por tanto, no puede obligarse a realizarlo, bien, porque materialmente sea inviable, bien porque volitivamente sea indiferente o como consecuencia de la conjunción de ambas.

De esta forma, el legislador nacional hilvana la estructura del documento de voluntades anticipadas, lo estructura y recoge sus notas significativas, dejando el desarrollo del proceso y los requisitos de la figura en manos del sastre autonómico.

Las Comunidades Autónomas respecto al requisitos de capacidad, han acuñado, en su gran mayoría como desgranaremos a continuación, el texto literal de la normativa estatal, siendo disidentes las menos en la apreciación del criterio de capacidad que hemos realizado y optando por la limitación o la exclusión en el otorgamiento del documento de aquellos que reunieren cierto estado civil en los términos dispuestos por la sentencia que lo crea.

Así, regulaciones autonómicas como la de Asturias, Baleares, Canarias, Castilla León, Galicia se remiten a la normativa estatal, al exigir que la persona sea mayor de edad, capaz y libre.

Otras, sin embargo, optan por la plenitud de la vertiente de ejercicio contemplada por nuestro ordenamiento. Este es el caso de Cantabria y Cataluña que exigen como requisitos para la realización del documento de voluntades anticipadas que la persona sea mayor de edad y tenga “plena capacidad de obrar”³⁴², mientras que Aragón y Extremadura, por ejemplo, optan por requerir la mayoría de edad y la terminología de “capacidad legal

³⁴¹ MARCOS DEL CANO, M., *Voluntades anticipadas: estado de la cuestión*, Dykinson, 2014.

³⁴² SARRÍAS LORENT, X., “Voluntades anticipadas y praxis médica”. Jornadas sobre el Derecho a la autonomía de la voluntad en el ámbito de la salud, coordinadas por LÁZARO PALAU, C.M., 2012, págs. 99 y 100. “El consentimiento del paciente el Código civil catalán”.

suficiente”, de la cual se deduce que se refiere a las personas con la capacidad modificada judicialmente puesto que el otro límite a la plena capacidad tal como está concebida en nuestro ordenamiento es la minoría de edad y esta la descartan para el otorgamiento en primer lugar, luego no se referirán al mismo en segundo, ya que sería repetitivo. Por ello, parece inclinarse por la limitación de la capacidad de obrar que pueda estimar un Juez en sentencia de modificación de la capacidad. Mas, si estimamos que el órgano judicial no puede ni debe restringir este derecho personalísimo en sentencia judicial anterior al propio acto de otorgamiento, restringiendo su capacidad con anticipación, deberíamos aplicar la Convención y, por ende, el criterio relativo a la capacidad de querer y entender que debe tener la persona en el momento de otorgar voluntades. En similar sentido, se pronuncia también Navarra, remitiéndose en este caso al reconocimiento de la capacidad conforme a la Ley Foral.

Otras, como Valencia, además de aludir al criterio de la “capacidad legal suficiente”, permiten la realización del documento a los mayores de edad o menores emancipados, ampliando el círculo de posibles otorgantes. Extremo que también contempla la regulación andaluza, de hecho, en la Exposición de Motivos de la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad anticipada, señala que “esta Ley posibilita su ejercicio a todo individuo mayor de edad y a todo aquel que goce de facultades intelectivas y volitivas apropiadas, como es el caso de los menores emancipados o aquellos incapacitados judicialmente, siempre que en la resolución judicial no se disponga expresamente lo contrario respecto a estas facultades”. De manera que, de acuerdo con la normativa sureña, el patrón que rige la capacidad exigida en la emisión de la declaración de voluntad es el goce de las facultades intelectivas y volitivas apropiadas, en este último aspecto, entendemos que se trata de la capacidad de entender y querer lo que se va a realizar, siendo perfectamente compatible con la Convención.

Ahora bien, cuando cita textualmente a aquellos que estuvieren “incapacitados judicialmente”, salvo que se determinare otra cosa en la sentencia judicial de modificación de la capacidad, nos alejamos del texto internacional, poniendo además de relieve la innecesidad de tal precisión efectuada en la Ley. Sin embargo, se hace referencia a la restricción de capacidad declarada en sentencia que puede conllevar el veto en la emisión del documento de instrucciones previas³⁴³, lo cual, como hemos indicado y

³⁴³ A consecuencia de ello, el Decreto 59/2012, de 13 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía, también establece un

veremos, no es plausible por mor del ámbito de la personalidad en el que se inserta el instrumento, lo que contraría a la Convención como referente en la materia, puesto que no cabe la privación anticipada de un derecho personalísimo en razón de discapacidad. En igual sentido, se haya la normativa de País Vasco, al preceptuar que “cualquier persona mayor de edad que no haya sido judicialmente incapacitada para ello y que actúe libremente tiene derecho a manifestar sus objetivos vitales y valores personales...”. Coincidimos con la actuación en libertad, pero como decíamos, la privación anticipada no tiene acogida en el ordenamiento.

No obstante, no ha sido la única Comunidad que ha adoptado tal estipulación, algunas lo han hecho de forma más radical y restrictiva. Dentro de este grupo encontramos la regulación de Castilla La Mancha³⁴⁴, donde se establece que pueden otorgar la declaración “toda persona mayor de edad, que actúe libremente y que no se encuentre incapacitada judicialmente para emitirla, podrá formular la declaración regulada en esta Ley”, por tanto, la Comunidad de don Quijote, se decanta por la privación en el otorgamiento de testamento vital en el caso de aquellos que tengan la capacidad judicialmente modificada a tal efecto, por lo que entendemos se refiere a que en la sentencia de modificación de la capacidad haya un pronunciamiento específico sobre tal restricción o privación, a sensu contrario, si no lo hay, se presume que la persona puede realizar aunque tenga la capacidad judicialmente modificada, al igual que ocurría en la normativa andaluza.

Por su parte, Madrid, que dedica un artículo completo de su normativa a la capacidad exigida para la emisión de la declaración de voluntad contenida en el documento de instrucciones previas, deniega el acceso a la misma a aquellos que tuvieren la capacidad judicialmente modificada. En este último caso, la normativa no especifica que la restricción se contempla para aquellos a quienes expresamente el órgano juzgador ha privado de la declaración anticipada de voluntad, sino que extiende la privación a todas

requisito extra, en su artículo 8.4 d), para aquellas personas que tenga la capacidad judicialmente modificada, como es que, junto a la solicitud de inscripción de su declaración de voluntad vital anticipada, aporte “si se trata de una persona que esté incapacitada judicialmente, la resolución judicial de incapacitación, para el conocimiento de los términos y alcance de la misma”. Esto se debe, en relación al resto de la legislación andaluza sobre la materia, a que el requisito de capacidad que contempla, señala que podrán otorgar voluntades aquellos que no estén privados de tal posibilidad por sentencia judicial de modificación judicial de la capacidad.

³⁴⁴ SÁNCHEZ MEJÍAS, L.A., “Las voluntades anticipadas en Castilla la Mancha”, en *Cuaderno de Estudios Manchegos*, N° 40 (2015), págs. 135 a 158.

las personas con capacidad judicialmente modificada, sin hacer referencia al grado o ámbito para el que se contemple la misma. Este modelo lo sigue La Rioja y parece ser también el escogido por Murcia, aunque en este último caso no se refleja con claridad expositiva, puesto que si en un primer momento en relación al documento de instrucciones previas se remite a la regulación estatal, en el apartado dedicado a la formalización del documento indica que si las voluntades son declaradas en presencia de testigos, estos atestiguan, bajo su responsabilidad, que la persona es mayor de edad y no les consta que esté “incapacitado judicialmente”. A este respecto caben, a nuestro juicio, dos interpretaciones: que piensen que el criterio del legislador nacional al abordar la capacidad de la persona se refiere a que no haya recaído sobre el otorgante sentencia de modificación judicial de la capacidad, ya que si esta existiere, no podría emitir declaración de voluntad o; por otro lado, que sea el legislador autonómico el que entienda que como “capaz” a la persona que no tenga modificada judicialmente la capacidad, imposible incluso a la extensión de la sentencia.

Como se puede apreciar, la disparidad legislativa crea un clima de desigualdad para la persona con discapacidad, puesto que en unas comunidades -las más- podrá otorgar su declaración de voluntades anticipadas siempre que cumpla con los requisitos predicables para cualquier sujeto -capacidad de querer y entender, libertad-, mientras que en otras -las menos- no gozará de tal derecho fundamental si lo consideramos como el derecho al consentimiento médico anticipado, en caso de tener la capacidad modificada judicialmente, a pesar de que en el momento de emitir su voluntad comprenda y quiera el acto. Esto indudablemente discrepa con el espíritu y el articulado de la Convención, con el principio de capacidad jurídica universal y con el derecho a no ser discriminado en razón de discapacidad. Es cierto que son pocas las Comunidades que vetan la capacidad judicialmente modificada a la declaración del documento, pero basta una para que el principio de igualdad enmudezca.

Pensemos que la persona puede declarar su voluntad en cualquier Comunidad, no es preciso que lo haga en la que reside o tiene domicilio -donde será lo más habitual-, puesto que la circulación es constante y las circunstancias personales cambiantes, atenta incluso contra la lógica que una persona con la capacidad judicialmente modificada en un Juzgado de Vigo pueda declarar sus voluntades anticipadas pero que la misma persona si se traslada a Madrid, donde viven sus hijos, no pueda hacerlo, así como cualquier otra en similares circunstancias pero que quiera emitir su voluntad en una Comunidad donde no

se le permite, lo que supone un atentado no sólo contra la normativa internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad que forma parte del ordenamiento jurídico interno nacional sino contra el artículo 14 de la Constitución en relación a la igualdad de todos los españoles ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación de ningún tipo.

En relación a las distintas normativas que deniegan el derecho a, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, otorgar documento de voluntades anticipadas a las personas con la capacidad judicialmente modificada y que, además, omiten referencia alguna al sistema de apoyos que introduce y proclama la Convención sobre los derechos de las personas, cabe resaltar su contravención a la norma.

Mas, señala ECHEVARRÍA DE RADA, que se trata de la prestación anticipada del consentimiento médico, considerado como derecho fundamental del que gozan todas las personas, que debe ser respetado a todas las personas, estribando la problemática del supuesto en la acreditación de que el sujeto puede prestar una declaración coherente, entendida y querida, con arreglo al marco de la Convención, que exige el apoyo a las personas que lo necesiten en el ejercicio de su capacidad jurídica³⁴⁵.

2.2.3. Formalización de las voluntades anticipadas.

En la relación a la forma en la que deben otorgarse las voluntades anticipadas de la persona, el marco estatal tan solo prescribe que han de constar por escrito (art. 11.2 Ley 41/2002), dejando el desarrollo del proceso de formalización a las normativas autonómicas. Estas, por su parte, cabe decir que han llevado a cabo una regulación casi unánime, a excepción de algunos cauces no previstos en algunas de ellas o regulados de forma diferente.

Por tanto, al tratarse de un derecho de tal calado, cuyo rango podría ser calificado como fundamental, no cabe aquello de “fulanito me dijo que, en caso de no poder manifestar su voluntad, se hiciere...” o “se dejare de hacer” tal cosa, eso sólo sería admisible si proviniera del representante en el ámbito sanitario de la persona que se encuentra imposibilitada para declarar su voluntad, el cual fue nombrado previamente por ella,

³⁴⁵ ECHEVARRÍA DE RADA, T., “El documento de voluntades anticipadas. Capacidad para otorgarlo y forma de emisión de la declaración”, en PEREÑA VICENTE, M., *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, 2019, pág. 291.

siendo cuestionable la validez de la declaración verbal, la cual no constituiría por incumplir los requisitos de forma el documento de voluntades anticipadas. En cualquier otro caso, ante la discrepancia existente entre el criterio médico y el de un familiar o amigo de la persona, se precisaría una solución judicial, incluso sería posible recabarla si ese tercero fuera el representante de la persona.

Cuando la Ley estatal, en general, y las autonómicas, en especial, aluden a la forma escrita del documento, entendemos que cabe tanto la expresión ológrafa como la mecanografiada, sea esta escrita por el otorgante o por un tercero constituido como apoyo de aquel siempre que sea fiel a las decisiones del primero. Además, la mayoría de las Comunidades Autónomas recogen modelos o formularios a disposición de los pacientes o de los interesados fuera del ámbito hospitalario, que contienen los puntos más relevantes en relación al ámbito sanitario para que la persona pueda disponer de ellos y rellenarlos, declarando así su voluntad respecto a tales tratamientos, recursos, o intervenciones.

Además de tener la posibilidad de expresar las personas que quiere que lo representen y sirvan de interlocutores entre ella y el médico o el equipo médico que pueda atenderla en el futuro cuando no pueda manifestar su voluntad.

En general las Comunidades Autónomas, además de recalcar la forma escrita como modalidad de otorgamiento del documento de instrucciones previas, regulan los procedimientos, a elección del otorgante, a través de los cuales pueden disponer sus voluntades anticipadas. Así, la mayoría opta por las siguientes vías para formalizar su declaración de voluntad:

- Ante notario³⁴⁶. Todas las legislaciones autonómicas contemplan -de hecho, lo citan en primer lugar- la formalización de la declaración de voluntades anticipadas ante el fedatario público por excelencia, por las garantías que ofrece su otorgamiento ante el mismo. Si bien es cierto que una de ellas, en concreto Andalucía, incorporó esta vía con posterioridad a la primera ley que reguló en su Comunidad el instrumento de instrucciones previas, puesto que en la primera redacción el legislador autonómico no consideró conveniente el recurso a terceros por parte de la persona para emitir su voluntad, incluso aunque ese tercero fuere

³⁴⁶ AYERRA LAZCANO, J.M., “Voluntades anticipadas: su regulación y desarrollo”, en *Derecho y salud*, Vol. 12, Nº 1 (2004), págs. 63 a 65.

un fedatario público³⁴⁷, puesto que entendía que al tratarse de un acto sito en la esfera íntima y personal del sujeto no debería intervenir nadie, aunque fuere a modo testifical o garante. Aunque no se trata de un mandato prohibitivo, la legislación no escatima en manifestar su animadversión a la declaración emitida a través o frente a terceros. Esta opción no nos parece acertada, dado que la exclusión de recurrir a terceros en la formalización de la declaración, abre muchos interrogantes en relación a aquellas personas que precisan de un apoyo para manifestar su voluntad³⁴⁸ y en cuanto a los posibles abusos a los otorgantes por parte de terceros e incluso incomprensión de lo manifestado, siendo más que descartable la contemplación única de esta modalidad.

Mas, como decimos, esta premisa posteriormente fue abandonada, aceptando el criterio adoptado en el resto de Comunidades Autónomas³⁴⁹.

En cuanto a las especificaciones del tal proceso no se detallan en la normativa -de forma general-, algunas, como Galicia, han puesto de manifiesto que en tal caso no es necesaria la presencia de testigos y otra, Valencia, ha estipulado que el documento se formalizará en escritura pública ante notario.

³⁴⁷ Literalmente lo expresaba la Exposición de Motivos de la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada al decir: “Esta norma prevé, como requisito de validez de la declaración, el que sea emitida por escrito, con plena identificación de su autor y que sea inscrita en el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía, que se crea a tal efecto. Con esta fórmula se han perseguido dos finalidades, en primer lugar, evitar el tener que recurrir a terceros, como son testigos o fedatarios públicos, para un acto que se sitúa en la esfera de la autonomía personal y la intimidad de las personas, y, en segundo lugar, poder garantizar la efectividad de esta declaración, haciéndola accesible para los responsables de su atención sanitaria que, de otra manera y por desconocimiento sobre su existencia, podrían prescindir de ella”.

³⁴⁸ En este sentido, lo único que aborda la legislación andaluza es, en su artículo 5, párrafo primero, es que en caso de que la persona no pueda firmar, por no saber o no poder, podrá hacerlo por él “un testigo a su ruego, debiendo constar la identificación del mismo, expresándose el motivo que impide la firma por el autor”.

³⁴⁹ Este cambio es operado por el Decreto 59/2012, de 13 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía, que, en su Disposición adicional segunda, ya titula “Inscripción de la declaración de voluntad vital anticipada otorgada ante fedatario público” y expone que “la declaración de voluntad vital anticipada otorgada ante fedatario público, que reúna los requisitos establecidos en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley 5/2003, de 9 octubre, podrá ser inscrita en el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía”. Asimismo, continúa diciendo que será posible el establecimiento de un procedimiento específico de remisión de declaraciones de voluntad anticipadas otorgadas ante notarios para ser inscritas en el Registro competente, siempre que así lo convengan para facilitar la inscripción la Consejería competente en materia de salud y el Ilustre Colegio Notarial de Andalucía.

- Ante testigos. La pluralidad de legislaciones autonómicas prescribe que el otorgamiento de las instrucciones previas ante testigos deberá cumplir ciertos requisitos, a saber: se exige la presencia de tres testigos, mayores de edad y con plena capacidad de obrar. Asimismo, donde comienza la disidencia -no gran de envergadura- entre las regulaciones autonómicas, algunas Autonomías contemplan que al menos dos testigos, como mínimo, no pueden tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante (Aragón, Cataluña, Galicia, Navarra) u otro vínculo obligacional (Castilla León), otras añaden que no exista vinculación en razón de matrimonio o por análoga relación de afectividad en la forma establecida legalmente con el otorgante (Asturias, Extremadura, La Rioja, País Vasco -que estipula las exigencias establecidas pero sin incidir en el mínimo de dos testigos que las cumplan-, Valencia) o relación laboral, patrimonial o de servicios (Canarias -que no establece mínimo de testigos sino que todos deberán cumplir los requisitos expuestos-, Cantabria, que no alude al tipo de vínculo del parentesco, Madrid). A su vez, ciertas Comunidades, como Baleares, exigen, además de la mayoría de edad y la plena capacidad de obrar que, los testigos conozcan al otorgante, pero no impone más requisitos. Aunque, como vemos, lo más común entre las legislaciones autonómicas es exigir que al menos dos testigos de los presentes cumplan determinadas características, normalmente que no tengan parentesco con el otorgante hasta el segundo grado; Castilla La Mancha, exige tales requerimientos, pero estipulando que los testigos no podrán tener vinculación de parentesco con el declarante hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad. Murcia, por su parte, indica que han de ser tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, antes quienes firma el otorgante, declarando, bajo su responsabilidad, que aquél es mayor de edad, que actúa en libertad y que no tienen constancia de que esté “incapacitado judicialmente”.

Por último, como referíamos con anterioridad, Andalucía obvia la presencia testifical en el otorgamiento de instrucciones previas.

- Ante funcionario o empleado público de la Administración pública competente en materia de sanidad. En general, cuando los ordenamientos jurídicos autonómicos regulan esta vía de otorgamiento, se refieren al funcionario competente del Registro autonómico de voluntades anticipadas

2.2.4. Verificación de la capacidad del otorgante.

La constatación de las formalidades que las normas estipulan para dotar de eficacia la declaración de voluntades anticipada es valorada por el personal del Registro pertinente. Ahora bien, hay una evidente diferencia entre la voluntad emitida ante fedatario público y aquellas otorgada ante testigos o, como establece el ordenamiento jurídico andaluz, por sí solo, dado que el cargo del primero garantiza que se hayan cumplido todos los requisitos exigidos, así como que la persona ha actuado en libertad y con la capacidad exigida, esto es, conociendo, entendiendo y queriendo la declaración que emite. Mientras que, en el resto de casos, se hace precisa la verificación externa al proceso realizado, que constate que se ha realizado de conformidad a la ley. Normalmente, esta función se atribuye al funcionario competente del Registro de voluntades, el cual antes de inscribir el documento, comprueba que cumple todos los requisitos estipulados en la legislación³⁵⁰. Por ello, como establece la legislación cántabra, es preciso que el funcionario esté “expresamente habilitado” para realizar tal función de constatación del válido otorgamiento de la voluntad.

En el caso, de las instrucciones previas otorgadas sin intervención de terceros, como concibe la legislación andaluza, la única garantía la ofrece la verificación de los requisitos formales que el “personal funcionario público habilitado al efecto por la Consejería competente en materia de salud”, quienes deberán proceder a la “constatación de la personalidad y capacidad de la persona autora de la declaración, así como a la verificación de los requisitos formales determinantes de la validez de la citada declaración”³⁵¹ y, como

³⁵⁰ A modo de ejemplo, podemos citar la regulación de Baleares, quien estipula que los encargados del Registro tienen la obligación de constatar “la personalidad y la capacidad” del otorgante. Quizás el término personalidad puede dar lugar a confusión, sobre todo, cuando se antepone a capacidad, puesto que no creemos que sea objeto del encargado del Registro de apreciar si el otorgante es una persona, puesto que otro ser sería bastante complicado, por ello, creemos que se refería a la propia identificación del sujeto declarante.

³⁵¹ Artículo 6 de la Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de muerte. Este extremo, vuelve a ser reiterado en el artículo 5, apartados f) y g) del Decreto 59/2012, de 13 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía, precisando que, entre las funciones de las personas responsables del Registro en las sedes habilitadas, está la de “constatar la capacidad de la persona otorgante”, así como “verificar los requisitos formales determinantes de la validez de las declaraciones”. Asimismo, para facilitar la realización del documento, aporta en sus Anexos II, III Y IV modelos normalizados para la declaración de voluntad anticipada, cosa que también ponen a disposición de pacientes o personas interesadas otras

advertíamos anteriormente, no es suficiente, puesto que la voluntad aunque fuere fruto de la plenitud de facultades intelectivas y volitivas, podría estar viciada *ab initium* debido al desconocimiento de lo que se declara, ya que puede haber no sido informada sobre el mismo por el equipo sanitario a falta de su solicitud, como consecuencia del aprovechamiento o abuso de terceros.

Aragón, por ejemplo, estipula que “cada centro hospitalario deberá contar con una comisión encargada de valorar el contenido de dichas voluntades”, por tanto, antes de proceder a su Registro este Comité verificará que la declaración está correctamente otorgada.

Otras regulaciones, como es el caso de Madrid, estipulan que el funcionario encargado del Registro autonómico tiene el deber de asegurarse que el otorgante cumple los requisitos de capacidad que regula la normativa y en caso de duda tiene la potestad para exigir un certificado médico acreditativo de la capacidad para otorgar instrucciones previas, que ha de ser expedido por un facultativo y tendrá una duración de tres meses contados desde la fecha de expedición³⁵².

2.2.5. El Registro de voluntades anticipadas.

Por su parte, como estipula la Ley 41/2002, en su artículo 11, apartado quinto, toda esa información recogida en el documento de voluntades anticipadas otorgado por la persona -aunque la Ley hace alusión al “paciente”- conforme a la regulación autonómica, debe ser depositada de tal forma que llegue al Registro nacional de instrucciones previas. En este orden de cosas, mediante el Real. Decreto 124/2007, de 2 de febrero, se cumplió con este

Comunidades, bien en centros hospitalarios, bien en la ubicación del Registro de voluntades anticipadas de su circunscripción.

³⁵² Dicho certificado debe ser expedido por los facultativos de Atención Primaria, sin perjuicio de que, en caso de duda, puedan evacuar las consultas que tengan por conveniente al especialista que proceda, “todo ello sin perjuicio de que, en circunstancias de urgente necesidad, dicho certificado pueda expedirse por el médico encargado de la asistencia sanitaria del otorgante”. Así lo dispone la Orden 645/2007, de 19 de abril, de la Conserjería de Sanidad y Consumo, por la que se regula el otorgamiento de las Instrucciones Previas, su modificación, sustitución y revocación ante el personal al servicio de la Administración. Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, de 7 de mayo de 2007.

requisito, creando el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal³⁵³.

Ahora bien, ¿cómo han regulado este punto las autonomías? Creando registros de voluntades anticipadas autonómicas, de forma que una vez recogidos los instrumentos válidamente otorgados según cada Comunidad en el mismo, tales datos se vierten al Registro central a fin de que tal información pueda ser conocida por el personal sanitario de cualquier centro nacional, dado que desconocemos el lugar en el que puede ser requerida como consecuencia de nuestra imposibilidad para manifestar la voluntad debido a acontecimientos futuros que pueden ser tanto ciertos como inciertos³⁵⁴.

Todas las Comunidades Autónomas cuentan con su propio registro -defiriendo en razón de la nomenclatura y de los requisitos que dan acceso al registro del documento-, cuyo personal en muchos casos, no sólo ostenta una función relacionada con el depósito de ejemplares sino de validación y, en muchos casos, de otorgamiento.

De esta dispersión se deriva la falta de interconexión entre los Registros autonómicos y el nacional, además de la cierta complejidad para acceder a las voluntades anticipadas desde el Registro nacional, fuera de la Comunidad Autónoma donde fueron otorgadas, debiendo cursar solicitud para su acceso, lo cual cuando prima la urgencia, no es viable³⁵⁵.

³⁵³ Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2007.

³⁵⁴ Piénsese tanto en la persona que conociendo su diagnóstico respecto a la enfermedad que padece, la cual puede conllevar la pérdida de voluntad en algún punto, decide trasladarse de comunidad o viajar fuera de la autonomía donde otorgó su documento de voluntades anticipadas, como aquella otra persona a la que le sobreviene una accidente o enfermedad en similares circunstancias -las que aquí interesan es la lejanía del lugar donde registró sus voluntades-. En ambos supuestos, no se precisa que la persona acompañe sus pasos del documento de forma permanente y perpetua, ante la posibilidad de que surja el momento en el que pueda ser utilizado -lo cual sería un reverendo despropósito- sino gracias a la creación de ese Registro central y a las ramificaciones registrales autonómicas, el personal sanitario puede y debe conocer la información guardada en el documento de instrucciones previas en cualquier lugar -aunque sea fuera del lugar en el que registró las voluntades- y momento -una vez fueron registradas-. Esta automatización de la información, a nuestro juicio, facilita ostensiblemente la transmisión y tramitación de la información, de tal trascendencia *a fortiori*. El problema deviene en que, si bien hay coordinación entre los registros, no están interconectados, como aducimos *supra*.

³⁵⁵ NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El régimen jurídico del documento op. cit.* págs. 158 a 161.

Lógicamente, otro problema que se suscita en torno al registro de instrumentos anticipados, es que la normativa autonómica, si bien en muchos casos es parecida o prácticamente idéntica, en otros difiere considerablemente, como veremos en el estudio de las legislaciones autonómicas efectuado. Ello implica que un documento otorgado bajo los requisitos de una Comunidad tiene acceso a su Registro, pero no lo tiene en el de otra autonomía -por ejemplo, en aquellas regulaciones que prohíben el otorgamiento a menores emancipados o personas con la capacidad modificada judicialmente, mientras que otras no lo consideran obstáculo-. Esa persona en concreto no tendrá ningún problema puesto que se encuentra en una Comunidad “menos restrictiva” pero vulnera el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, puesto que otro congénere en idénticas circunstancias no podrá otorgar el documento en una Comunidad “más restrictiva”. Sin ánimo de profundizar mucho más en el proceso, parece que la solución a esta diatriba pasa por la uniformidad legislativa. Quizás incluso, siendo un poco más radicales, se podría plantear la utilidad de las normativas autonómicas al respecto, así como de sus Registros, dado que al final son meros transmisores de información, puesto que todos van a parar al Registro central, parecen sedes del órgano estatal.

2.3. Límites al documento de voluntades anticipadas.

La aplicación del documento de voluntades anticipadas y el consiguiente respeto a la autonomía de la voluntad del paciente, está sujeto a ciertas limitaciones, arraigadas en la vulneración del ordenamiento jurídico y en la conculcación de la *lex artis*. De este modo, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, establece en su apartado tercero que no serán de aplicación aquellas instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis* ni las que no se correspondan con la situación prevista por el interesado al tiempo de su manifestación, debiendo dejar constancia razonada de tales anotaciones en la historia clínica del paciente.

Este enfoque limitador también ha sido abordado por las distintas legislaciones autonómicas, bajo la pretensión de no amparar en este acto de autonomía, comportamientos prohibidos o contrarios al ordenamiento jurídico.

Siguiendo a NORIEGA RODRÍGUEZ³⁵⁶, la aplicación de las voluntades anticipadas o instrucciones previas de la persona se excepciona cuando nos encontramos ante un supuesto penalizado por el ordenamiento jurídico, como es la eutanasia, conducta tipificada como delito en el artículo 143, apartado cuarto, del Código Penal. Parece existir aquiescencia en la doctrina respecto a la consideración de este tipo como la eutanasia activa, conducente mediante determinada actuación a causar el fallecimiento de la persona, tras su propia petición de terminar con su vida. Mientras que, por otro lado, hay quien considera que de algunas regulaciones autonómicas parece deducirse un intento por regular la eutanasia pasiva o indirecta³⁵⁷, lo cual no resultaría disparatado, teniendo en cuenta que recientemente se ha admitido a trámite una Proposición de Ley orgánica de regulación de la eutanasia³⁵⁸, tendente a despenalizar tal actuación, considerándola como un derecho individual.

³⁵⁶ NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El régimen jurídico del documento de voluntades anticipadas en el ámbito estatal y autonómico*, J.M. Bosh Editor, Barcelona, 2019, 126 y ss.

³⁵⁷ PALOMARES BAYO, M. y LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial*, Comares, Granada, 2002, pp. 130 y ss.

³⁵⁸ Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia, 122/000020, 31 de enero de 2020, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. Núm. 46-1. A este respecto, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), como garante del cumplimiento y adaptación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ha solicitado a las fuerzas políticas sitas en el Congreso de los Diputados que la Proposición de Ley sea respetuosa con los derechos de las personas con discapacidad, abandonando expresiones como “persona plenamente capaz”, “en plena capacidad de obrar”, “enfermedad invalidante”, entre otras, considerándolas inadecuadas para un Estado signatario de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como es España.

Asimismo, CERMI recuerda que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, en su segunda revisión a España, formuló, entre otras recomendaciones, “velar porque no existan disposiciones que permitan la eutanasia por motivos de discapacidad, ya que tales disposiciones contribuyen a la estigmatización de la discapacidad, lo cual puede propiciar discriminación”. La regulación de la eutanasia debe referirse a personas que tengan “una condición, estado o situación de salud caracterizado por la presencia de una enfermedad o patología graves e incurables que ocasionen padecimientos continuos e insoportables en los términos establecidos en esta ley”, evitando los términos anteriores.

En relación al consentimiento informado, derecho al que alude la Proposición de ley en reiteradas ocasiones, CERMI echa en falta la alusión a salvaguardias o a un procedimiento para garantizar que el mismo sea accesible e inclusivo para todas las personas con discapacidad que quieran ejercer este derecho. Vid. “El CERMI reclama al Congreso que garantice que la Ley de eutanasia sea plenamente respetuosa con las personas con discapacidad”, en CERMI, 21 de septiembre de 2020.

<https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/el-cermi-reclama-al-congreso-que-garantice-que-la-ley-de-eutanasia-sea>

Por su parte, otro de los límites al contenido de las voluntades anticipadas es la no contravención de la *lex artis*. En este sentido, el Código médico deontológico³⁵⁹, establece en su artículo 36.4 que “El médico está obligado a atender las peticiones del paciente reflejadas en el documento de voluntades anticipadas, a no ser que vayan contra la buena práctica médica”.

Por ende, se respetarán tales documentos de instrucciones previas, siempre que no vulneren la buena práctica médica. Esta consideración también se origina como consecuencia del importante avance científico médico, que puede desembocar en un desequilibrio entre la voluntad previamente prestada, desconociendo tales avances no acontecidos en el momento de su otorgamiento, y la necesidad de una nueva consideración ante tales novedades, puesto que lo contrario revertiría en un perjuicio para la persona que, ante distintas circunstancias, quizás hubiere tomado decisiones diferentes. De ahí, que en tales casos, la doctrina se incline por considerar que la voluntad del paciente cede en pos de la ciencia médica si, el facultativo considera que la aplicación del nuevo tratamiento, conforme a la *lex artis*, supone una mejora o incluso cura de la enfermedad que la persona padece³⁶⁰.

En último lugar, señala la Ley 41/2002, en su apartado tercero, que tampoco se aplicarán las instrucciones previas que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado hubiere previsto en el momento de manifestarlas. En este punto va a ser determinante la actuación del representante de la persona, porque deberá interpretar el acto a los deseos, preferencias o, en su caso, la trayectoria vital o historia de valores de su representado, interpretando su voluntad y adoptando la decisión más cercana a la que hubiera tomado el mismo de haber previsto la situación en la que se encuentra respecto al tratamiento o cuidado recomendado por los facultativos.

En este ámbito, salvo los límites establecidos legalmente, rige el principio de autonomía de la voluntad del paciente, expresado bien en su consentimiento médico informado -si pudiere manifestarlo antes de la intervención- o, en su caso, en el documento de voluntades anticipadas.

³⁵⁹ Código de Deontología Médica. Guía de Ética Médica, elaborado por la Organización médica colegial de España en 2011.

³⁶⁰ NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El régimen jurídico del documento op. cit.* págs. 143 y ss.

2.4. Testamento vital y consentimiento informado.

Un tema controvertido en la práctica en relación tanto al testamento vital como al consentimiento informado, es el caos del conflicto entre la libertad ideológica y religiosa y el derecho a la vida y derecho a la integridad física, en concreto, respecto a las personas que por su religión rechazan cualquier tratamiento o intervención que conlleve una transfusión de sangre. Esto ha dado lugar a la solicitud por los equipos médicos de autorización judicial para practicar el tratamiento que a su juicio es más conveniente a fin de salvar la vida de la persona o preservar su salud. Mas, sin embargo, si la voluntad de la persona es contraria a dicha transfusión, bien sea expresada en el consentimiento médico informado anterior a la intervención o bien sea contenida en el documento de voluntades anticipadas, ¿qué prima? Esta cuestión ha sido zanjada por los tribunales.

Por otra parte, si nos encontráramos en la jurisdicción penal y se confrontaran los derechos fundamentales a la vida y a la libertad ideológica, como consecuencia de la autorización judicial para la realización de una transfusión sanguínea a un testigo de Jehová que como consta en el supuesto de autos se negaba a ella³⁶¹, cuestionándose si goza de primacía el derecho de la paciente a rechazar el tratamiento médico expresado en el documento de voluntades anticipadas donde manifiesta su rechazo a la administración de transfusiones de “sangre alogénica, aunque los médicos las consideren necesarias para la conservación de su vida o salud”, sobre la voluntad judicial³⁶².

En respuesta a esta comunicación del Hospital de Basurto, el Juzgado de Instrucción nº5 de Bilbao dictó el 10 de noviembre de 2017 un auto cuya parte dispositiva facultaba al equipo médico de guardia del Hospital de Basurto a utilizar todos los medios médicos necesarios en la intervención quirúrgica que se debía practicar a la paciente, una vez que

³⁶¹ Auto de la AP de Vicaya (Sección 2ª) núm. 90147/2018 de 26 marzo (ARP 2018/920). (FJ1º).

³⁶² El equipo médico de guardia del Hospital de Basurto comunicó al Juzgado de Guardia de Bilbao, la existencia de una paciente de 83 años de edad, testigo de Jehová, con documento de voluntades anticipadas donde estipulaba su rechazo a que se le administrare transfusiones de sangre alogénica, aún cuando los médicos lo consideraren necesario para salvar su vida o su salud. Dado el estado de la paciente, que presentaba “un cuadro de colecistitis enfisematosa”, el único tratamiento viable era una intervención quirúrgica que debido al riesgo de hemorragia, posiblemente necesitaría una transfusión sanguínea. A ello, el equipo médico añadió que la paciente presentaba demencia leve y era dependiente para las actividades básicas de la vida, más la misma como su familia se negaron a dicha transfusión.

ella perdiere “conocimiento, voluntad o capacidad para discernir o decidir sobre dicha medida”, fundamentando su decisión en la “existencia de una situación de estado de necesidad y el deber de protección a la víctima mediante la adopción de todas aquellas medidas que se consideren necesarias”, conforme al artículo 13 LECrim.

Contra dicho auto, la paciente interpuso recurso de apelación alegando, además de la errónea aplicación del artículo 13 LECrim al no tratarse de un tipo penal -extremo sobre el que no incidiremos, puesto que no es objeto de juicio de este trabajo-, entiende que se ha vulnerado la autonomía del paciente al no tener en cuenta el documento de voluntades anticipadas que realizó la recurrente de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. El documento además de contener las previsiones hechas por la paciente para el supuesto en que no pudiese expresar su voluntad, designa a un representante que deberá actuar como “interlocutor con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de dicho documento”.

En cuanto a la trasfusión, la parte recurrente argumenta que la contrariedad frente a las transfusiones no supone una vulneración a la *lex artis* y que el Juzgado carece de competencia para dictar tal autorización pues tal función no se recoge entre las funciones del órgano judicial contempladas en el art. 87 LOPJ. Disponiendo, finalmente, que se ha vulnerado el artículo 16 de la Constitución.

Por su parte, el auto cuestionaba si la paciente mantenía o no su decisión expuesta en el documento de voluntades anticipadas, dado el trascurso de años acontecido y su estado de demencia leve, por el que dependía de terceros para las actividades cotidianas. Por ello, el órgano decide sustituir la voluntad de quien, a su juicio, “no puede tenerla”.

Así pues, el recurso de apelación interpuesto se basaba en: la vulneración de la normativa relativa al documento de voluntades anticipadas, pues no se respeta ni su contenido y la declaración del representante en él designado que corroboró la voluntad de la paciente; la violación del artículo 21 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, puesto que la paciente no pidió el alta voluntaria, aún cuando la normativa establece que el rechazo al tratamiento propuesto por el equipo médico da lugar a tal conclusión, mas, si no la firmara, el equipo puede disponer su alta forzoso siendo este extremo de posibilidad no de obligación, puesto que el rechazo al tratamiento no es ineludiblemente causa de alta

forzoso si existen tratamientos alternativos, “aunque sean paliativos” y; por último, se cuestiona la función del equipo médico y hospitalario, manifestando su obligación de buscar “tratamientos alternativos en el propio hospital o en otro centro de la red pública” y no “imponer a la fuerza un tratamiento médico”.

Tal como establece el Tribunal al resolver el recurso de apelación, el equipo médico tenía como única alternativa para salvar la visa del paciente, la aludida. El mismo órgano especifica la inexistencia de declaración de modificación de la capacidad de la paciente, y la falta de conclusión sobre la capacidad de prestar consentimiento elaborada por el equipo médico. Estos dos puntos son importantes de acuerdo con la materia tratada a objeto de detallar los fundamentos de la decisión final del Tribunal en resolución el recurso presentado.

2.5 El valor de la declaración de voluntades anticipadas en relación a la decisión judicial.

Ciñéndonos a la parte argumental relativa al valor de la declaración de voluntades anticipadas en relación a la decisión judicial, así como su posible supremacía, entiende el Tribunal que debemos estar a lo preceptuado tanto en la normativa nacional como en la autonómica, esto es, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre y la 7 /2002, de 12 de noviembre, respectivamente, exponiendo ambas regulaciones la posibilidad de rechazo de un tratamiento, la necesidad de consentimiento informado y el “valor vinculante de la voluntad expresada en el correspondiente documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas en los artículos 11 de la Ley Estatal y 2 y 3 de la Autonómica”.

Pues bien, la Audiencia resuelve de forma clara y conclusiva el conflicto planteado, el cual, como expondremos, considera inexistente dada la redacción legislativa aplicable. Así expone, “En opinión del Tribunal, no existe un estado de necesidad, como conflicto entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida (el auto recurrido no establece los contornos del estado de necesidad que plantea); es la propia Ley 41/2002, de 14 de noviembre la que resuelve el conflicto, porque ha adoptado una decisión vinculante para todos, par a los cuadros médicos y para los Juzgados y Tribunales. LA Ley da primacía a la autonomía del paciente, opta por su derecho a prestar el consentimiento informado a

un tratamiento o, en sentido negativo -como las dos caras de la misma moneda- a rechazarlo.

La decisión que se toma para *salvar la vida* (en los términos del comunicado del equipo médico) resuelve un conflicto en realidad inexistente. La sustitución de la voluntad de la paciente, que consta debidamente expresada y en la forma legalmente establecida, por la voluntad judicial, realiza una ponderación distinta a la ponderación legislativa, que es la que debe prevalecer”.

De esta forma, el Tribunal sienta las bases que presiden el valor de la declaración de voluntades anticipadas, declarando su supremacía respecto a la voluntad judicial, y médica, siempre que no contravenga al ordenamiento jurídico. Por tanto, en esta situación, el equipo médico debería haber respetado la voluntad de la paciente, aunque ello supusiera el desenlace fatal.

Puesto que como, como señala el órgano judicial, el ordenamiento jurídico ha de ser coherente y respetar la unidad que preside el mismo, de manera que no es plausible “ordenar una cosa y su contraria; esto es, no puede regular la autonomía del paciente por un lado, dándole la prioridad máxima y protegiendo el derecho a rechazar un tratamiento, y al tiempo considerar adecuada a derecho, jurídicamente correcta, la imposición judicial del tratamiento contraria a la voluntad del paciente”, de forma que si propugna el respeto de la autonomía del paciente, no puede vulnerar sus derechos por mor de una posición - aunque profesional- distinta, dado que “la lógica del sistema es respaldar en todos los casos la autonomía del paciente, estableciendo el correlativo deber de todos de abstenerse de lesionarla; de lo contrario, no se trataría de un verdadero derecho y quedaría vacío de contenido”.

Si se obvian las manifestaciones del paciente vertidas en el instrumento de instrucciones previas y se le exime de valor, no tiene sentido su regulación ni su posición en relación al principio de autonomía del paciente.

De acuerdo con la afirmación de la recurrente, la Audiencia manifiesta que “la imposición de la voluntad judicial hace de hecho inaplicable la ley”, puesto que la solicitud de autorización no es consecuencia de algunas de las excepciones expuestas en la ley -

razones de salud pública o imposibilidad de obtener el consentimiento por existir grave riesgo e inmediato para la salud física o psíquica-.

Tras lo expuesto, no es de extrañar que la conclusión a la que llega el Tribunal es que la decisión acertada hubiere sido volcar la balanza en el lado de la autonomía de la voluntad del paciente, dotando de eficacia a su derecho a rechazar el tratamiento médico, manifestado conforme a la legislación vigente y “jurídicamente vinculante”.

Por último, el Tribunal finaliza su argumento con una reflexión al respecto: “... estima el Tribunal que el legislador ha decidido el conflicto aparente entre derechos en casos como el presente, y lo ha hecho en favor de la dignidad humana, conforme a la cual las personas no son objetos instrumentales, sino sujetos libres, y en esa condición, no les puede ser impuesto un tratamiento médico sin su consentimiento informado, sean cuales fueren las razones que sustenten sus convicciones -éticas, religiosas o cualesquiera otras-. Con los límites establecidos en la ley -afectación de la seguridad, de la salud o de la moral pública, que no eran rebasados, dicha voluntad debió ser respetada, pues tampoco resultaba contraria al ordenamiento jurídico ni a la buena práctica clínica”. Así declara la revocación de la resolución de la que trae causa el auto y la declaración de no ajustada a Derecho la autorización a la transfusión sanguínea realizada a la paciente.

Cabe precisar que, la Audiencia no hace ninguna manifestación respecto a la capacidad de la persona, ni a esa posible modificación de capacidad a la que aludía el personal sanitario, puesto que la capacidad de entender y querer se acreditó al elaborar el documento de instrucciones previas, como ha señalado el Tribunal acerca de su correcto otorgamiento, por lo que la alteración de sus facultades no incide en ningún caso, excepto que ella misma manifestara otra cosa, extremo que no se da en el presente caso. Por ello, la persona ha de atenerse al contenido declarado en el testamento vital.

2.6. Autodeterminación sobre el propio cuerpo.

En este sentido, se pronunciaba también la Auto Audiencia Provincial de Lleida, entendiendo que la denegación de la transfusión expuesta en un instrumento de instrucciones previas, supone “un ejercicio de autodeterminación en relación con una intervención sobre el propio cuerpo amparada por la ley, no resultando justificada la

imposición obligatoria de la intervención médica en contra de la clara e inequívoca voluntad expresada por el paciente”.

Al respecto, también se ha pronunciado en varias ocasiones la Audiencia Provincial de Barcelona³⁶³, donde ha legitimado la “posibilidad de obviar el control judicial imperativo en cuestiones referidas a la libertad y a la autonomía de la voluntad”, a través de ciertos mecanismos que establece la legislación sanitaria donde es plausible “suplir la capacidad de decisión del enfermo” sin intervención judicial, mediante el representante legal, asistente o guardador de hecho, familiar o persona vinculada de hecho, designadas en documento de voluntades anticipadas, de acuerdo con el art. 9 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre.

En el siguiente supuesto, la recurrente impugna la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 14 de Barcelona, desestimatorio del recurso interpuesto por la demandante contra el Servei Català de la Salut para que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por los daños causados a la actora como consecuencia de los gastos a los que tuvo que hacer frente para someterse a una intervención quirúrgica de una dolencia cardíaca que no le fue practicada por el sistema sanitario público en los términos solicitados “cirugía sin sangre”, esto es, realizar la cirugía cardíaca sin transfusión de sangre.

Otra cuestión interesante, sería si en los casos en que los pacientes son representados por terceros, ya que aquellos no pudieron nunca expresar su voluntad debido a la merma de sus facultades intelectivas y volitivas, si sigue primando la voluntad del representante legal o el criterio médico.

El documento de voluntades anticipadas rige cuando la persona no puede manifestar su voluntad, esto es, cuando no es posible recabar, entre otros pero fundamentalmente, su consentimiento médico informado. Así lo expone el equipo clínico en la STSJ de Castilla-La Mancha³⁶⁴, con relación a la supuesta vulneración del documento de instrucciones

³⁶³ Autos de la AP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 305/2018, de 18 de mayo (JUR\2018\167483) y (Sección 18ª) núm. 372/2017, de 26 de septiembre (JUR\2018\64885). FJ 2º in fine.

³⁶⁴ STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) núm. 84/2018 de 12 de marzo, (JUR\2018\157512). (FJ 1º y 3º). “... con esa misma fecha se otorgó una escritura notarial de

previas de la paciente, el equipo manifestó que “tratándose de una paciente cuya situación física no le impedía tomar decisiones por sí misma los profesionales médicos sanitarios intervinientes no estaban obligados a atender a lo dispuesto en dicho documento de voluntades anticipadas”.

Dado que la paciente se encontraba en todo momento “consciente y orientada por lo que en todo momento se consultó y se siguieron sus indicaciones, debiendo entenderse que las previsiones de la Ley 6/2005 se dirigen a aquellas situaciones en las que el enfermo no puede expresar su voluntad”.

Como expone, la representación del personal sanitario, se ha de acudir al contenido de las instrucciones previas cuando no sea posible conocer la voluntad de la paciente de otro modo, si la misma puede manifestarse, se tendrá que atener a lo que indique, aunque sea contrario al documento de voluntades anticipadas, puesto que en este caso no creemos que sea preceptiva su revisión si contamos con la voluntad del paciente. Por el contrario, también sería válido, a nuestro juicio, la remisión de la paciente a lo redactado en el documento.

En el documento de voluntades anticipadas, puede designarse representante para tomar decisiones sobre la salud del otorgante, y puede hacer una designación solidaria³⁶⁵.

Como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Coruña, tiene sentido que el tutor sea el mismo a quien la otorgante designó como representante en relación a sus asuntos

voluntades anticipadas en lo que se dispuso: “que encomienda a su cuñado D. Juan Carlos... Y a su sobrino D. Víctor... solidariamente, la posibilidad de que, en el supuesto de encontrarse incapacitada física o mentalmente para tomar decisiones sobre su salud, puedan ellos adoptarlas sobre tratamientos médicos, ya sean curativos, paliativos, o incluso decidir que no se le someta a tratamientos médicos infructuosos y/o encarnizados que supongan encontrarse en situación de solicitar una muerte digna, para el caos de que esté prevista dicha posibilidad en el ordenamiento jurídico español. Que no quiere que se le ingrese en ningún centro geriátrico ni establecimiento similar, siendo ésta su voluntad anticipada...”

“En este sentido también estaría justificado el nombramiento como tutor a favor de D. Víctor, teniendo en cuenta lo previsto en el art. 323 del Código civil párrafo segundo: “Así mismo, cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor” (FJ2ª)

³⁶⁵ SAP de A Coruña (Sección 5ª) núm. 353/2010 de 8 de octubre (JUR\2010\411796).

sanitarios. Ahora bien, ¿es posible que la otorgante otorgue una autotutela en favor de una persona y representante en el ámbito sanitario a otra persona distinta?

Es interesante poner de manifiesto la escasez de jurisprudencia relativa al documento de voluntades anticipadas, en este sentido, puede traer causa en dos factores: bien, que la regulación es tan eficaz que no presente problemas y el vertido informativo al historia clínica desde los registros es igualmente eficiente, lo cual como hemos visto a lo largo de estas líneas resulta cuanto menos dudoso o; bien, que no es un documento muy extendido, opción por la que nos decantamos debido a la desconocimiento general que parece presentar la sociedad respecto al mismo. Nos decantamos por la segunda opción, puesto que como hemos visto, se hace necesaria acabar con la diversidad de normativas y abogar por la uniformidad.

III. LA ESTERILIZACIÓN FORZOSA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

En el marco de excepcionalidad dentro de la prestación del consentimiento médico informado, se encuentra uno de los mayores vestigios del modelo médico o rehabilitador que la Convención intenta dejar atrás, cambiando la percepción de la persona como objeto de derechos para considerarla como sujeto de derechos, en igualdad de condiciones respecto a los demás. Hablamos de la esterilización forzada, técnica utilizada especialmente en mujeres y niñas con discapacidad para coartar su *ius generandi*, sustentándola en razones de beneficencia cuando tal invasión de carácter íntimo difícilmente puede encuadrarse en el ámbito de las intervenciones humanitarias.

Lógicamente, esta práctica se sustenta en el razonamiento de un grupo consagrado de doctrina, jurisprudencia y legislación que la apoyan tomando como base argumentos que orbitan constantemente en torno al interés superior de la persona con discapacidad y su afán por la preeminencia del principio de protección. Tales presupuestos procedentes del modelo médico de discapacidad son consecuentes con sus razonamientos, pero no pueden tener cabida en un modelo social de discapacidad, donde opera el principio de igualdad y prima la voluntad de la persona, así como sus deseos o preferencias. En relación con ello,

hay un apunte interesante que hacer en relación a la esterilización forzosa y al estado cambiante de la ciencia, la cual es fruto de un continuo avance donde el devenir de los acontecimientos entra dentro del campo de la probabilidad, alejándose de la arraigada certeza del presente, lo cual supone, inexorablemente que la situación de una persona hoy, puede revertir en un futuro, puede que sí o puede que no, pero al carecer de seguridad en tal decisión, no es aceptable, adoptar decisiones irreversibles, como lo es la esterilización.

Esta práctica, si bien no habitual, si recurrente, en su mayor exponente en mujeres e incluso niñas con discapacidad, supone un atentado contra los derechos fundamentales de la persona, así como al principio de igualdad y no discriminación, lo que conduce a una vulneración automática de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

En cualquier caso, lo cierto es que en España la esterilización de la persona con discapacidad no sólo se defiende por cierto sector, sino que se contempla, proclama y practica. Así queda recogido en el Código Penal, exceptuando su práctica de la comisión de delito, de forma que, dice su artículo 156. 2: “No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”.

Este precepto, fruto de diversos vaivenes legislativos, que al caso no son objeto de este trabajo, ha venido reforzado de forma singular por el pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 1994³⁶⁶, donde se rechaza, en primer lugar, la consideración de la esterilización de la persona con discapacidad como trato inhumano y degradante que prohíbe el artículo 15 CE, al contemplarla como una medida de “normal vigilancia de los guardadores” de la persona a modo de “prevenir cualquier forma de abuso” sobre la misma, sin impedir el ejercicio de su sexualidad, el cual considera un derecho que, este caso, claramente prevalece. Asimismo, aunque existen otras formas anticonceptivas, el Tribunal señala que no ofrecen la misma seguridad y certeza que la esterilización,

³⁶⁶ STC (Pleno), núm. 215/1994, de 14 de julio (RTC\1994\215).

requiriendo un “control constante y continuado por parte de los guardadores” de la persona, lo cual no siempre es posible. Mientras que, a su juicio, la esterilización permite que la persona no esté tan encorsetada dentro de las medidas de control y vigilancia de sus guardadores. Desde esta perspectiva, la Sentencia expresa, no solo su compatibilidad con el artículo 49 CE sino que considera engloba la finalidad del precepto, puesto que permite que las personas con discapacidad “puedan desarrollar su vida en condiciones similares a las de las personas capaces, evitando efectos que por su deficiencia psíquica no son capaces de desear o asumir de manera consciente”³⁶⁷.

En cuanto a los argumentos esgrimidos por la doctrina que defiende esta práctica, es preciso mencionar a quizás a su mayor adalid, como es SEOANE³⁶⁸, quien aboga por la esterilización en los casos planteados por la normativa como medida precedente en orden a velar por el mejor interés y bienestar de la persona con discapacidad.

El eje vertebral en que se sustenta en la normativa vigente y es, consecuentemente, principal argumento de aquellos que la defienden, es el interés de la persona con discapacidad.

Se trata de una norma validada constitucionalmente por el máximo garante de la carta Magna, como es el Tribunal Constitucional, cuyo fallo de 1994 ha servido para cimentar la defensa a ultranza de esta práctica invasiva en la esfera más personal e íntima de la persona.

Ahora bien, el argumento esgrimido por aquellos que defiende la postura esterilizadora frente a quienes abogan por su derogación, basado en el interés superior de la persona a fin de preservar su autonomía, su derecho fundamental a la autodeterminación y a su sexualidad, nos hace plantearnos la presencia de cierta distorsión en el enlazamiento y coherencia de todos estos derechos que se pretenden protegeré mediante la practica de la esterilización.

³⁶⁷ Fundamento sexto de la STC (Pleno), núm. 215/1994, de 14 de julio *op. cit.*

³⁶⁸ Si bien en el lenguaje de la época en el que se publica la monografía, muy lejos ya, del período de sensibilización procedente de la promulgación de los años venideros de la Convención, que a pesar de no haber llegado a su cénit, sí es considerablemente mayor. Vid. SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., *La esterilización de incapaces en el Derecho español*, Colección F. Paidea. Documentos, A Coruña, 1996 y SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., *La esterilización: Derecho español y Derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 1998.

Esto es, se afirma que de esta forma la persona con discapacidad puede disfrutar de su sexualidad sin la inconveniencia de un posible futuro embarazo, que puede ser traumático para la madre, no sólo el proceso novenal sino también el parto, además de plantearse la capacidad de la misma para asumir su maternidad. Claro, pero entonces si se acude a la esterilización no consentida o, mejor dicha, con la ausencia de consentimiento por la destinataria de la intervención porque carece de capacidad natural suficiente para entender su consistencia y repercusiones, ¿cómo puede sustentarse su práctica en el derecho a desarrollar libremente su sexualidad? Si no entiende una cosa, dudosamente entenderá la otra, ¿o se basa esta afirmación en que la persona simplemente se deja llevar por el instinto?

Si aún fuere así igualmente tendríamos que tener en cuenta otro factor fundamental: la relación íntima la tendría con un tercero, el cual precisa del consentimiento de la persona para llevarla a cabo. Entonces si no entiende las repercusiones de la actividad sexual y es imposible que entienda los métodos anticonceptivos que existen, volvemos a dudar que pueda prestar consentimiento a la relación sexual. Y entonces ocurre la peor consecuencia de todas que, con esta práctica, además se oculta la posible existencia de abuso a aquellos que son fácilmente influenciables o que carecen de las facultades intelectivas y volitivas para comprender el acto. En ambos casos, la esterilización parece la peor de las medidas a adoptar.

Ni que decir tiene que la práctica de la esterilización irreversible no debería ni siquiera ser objeto de debate, puesto que no debería siquiera formar parte de tal mesa de discusión.

Esterilizar supone invadir el cuerpo de una persona y extirparle un derecho fundamental, en determinadas ocasiones, irrecuperable. Por tanto, si hasta la modificación de la capacidad es totalmente reversible, ¿cómo se puede adoptar una medida que no lo sea?

Ahora bien, como el Derecho debe dar solución a los distintos casos que se planteen, en caso de que exista un vacío legal, este debe ser completado por los operadores jurídicos en su labor interpretativa e integradora, se nos plantea el supuesto de aquella persona que mantiene relaciones sexuales pero que no quiere usar métodos anticonceptivos, teniendo mermadas sus facultades intelectivas y volitivas lo que le impide entender las

repercusiones de tales actos, a lo que se suma, que su situación denota la imposibilidad de asumir las responsabilidades derivadas del nacimiento de un bebé. En estos casos, además de entender la sensación de inseguridad, incertidumbre e impotencia de los apoyos de la persona -dado que si la misma no puede asumir las responsabilidades de su hijo, el mismo debería ser dado en adopción o quedar al cuidado de los familiares cercanos que así lo solicitaren, quienes aún no pudiendo, sabemos que esta situación suele generar serios problemas en el seno familiar, además de otras patologías como ansiedad o depresión provenientes del alejamiento de un familiar al que no pueden cuidar-, puesto que como dice el refrán no se puede ocultar el sol con un dedo, es cierto que se precisa una solución a este entramado, pero no puede pasar por una esterilización, puesto que incluso en estos casos la persona tiene cierta potestad decisoria que no se ha visto anulada, dado que puede consentir tal acto.

¿Qué hacemos entonces? Quizás la búsqueda de la solución siempre pasa por la comparativa con una persona sin discapacidad pero en similar situación, es decir, antes que ser una persona con discapacidad, la persona es persona. Por tanto, ¿cómo resuelve el ordenamiento esta situación cuando es un menor o una persona quien quiere mantener relaciones sexuales sin protección u olvida constantemente tal extremo? ¿Se esteriliza? ¿A partir de cuántos bebés acogidos por servicios sociales como consecuencia del desatendimiento de los padres, se les esteriliza a estos últimos? La respuesta es siempre negativa.

A nuestro juicio, hay que incidir fundamentalmente en varios ámbitos fundamentales:

- La educación. Es fundamental que se enseñe a cualquier persona la importancia del consentimiento en las relaciones sexuales, de los métodos anticonceptivos, de las repercusiones que tiene su falta de uso... Tal información ha de prestarse las veces que sea necesario y de la forma que mejor se adecuó a las circunstancias y al entendimiento de la persona.
- Tener presente que las relaciones sexuales no la asumen la persona con discapacidad sola, al menos no aquellas que preocupan al ordenamiento jurídico para imponer la esterilización, sino que comparte el acto con un tercero. El tercero es una pieza fundamental, puesto que estamos esterilizando, en su mayoría a

mujeres y niñas para que no queden embarazadas y evitar que padezcan shocks traumáticos por la situación que conduce a ello, pero esa preocupación debería desviar el foco legislativo o al menos ampliarlo hacia ese tercero, a menos que el legislador entienda que la persona con discapacidad cuyas facultades de entendimiento están tan mermadas que no es posible mostrarles los métodos anticonceptivos y que los use, sólo mantendrá relaciones sexuales con otra persona en similar situación, lo cual es vuelve a ser bastante dudoso.

- Por otro lado, una persona que no puede prestar su consentimiento, tal y como expresa el Código Penal, ¿va a poder consentir tener relaciones sexuales? Pero, una persona puede consentir, para consentir ha de entender lo que quiere y lo que significan tales relaciones. Con la esterilización no se faculta el libre desarrollo de la personalidad de la persona, puesto que se omite su consentimiento respecto al mismo, pero sí que, de forma residual, se silencia el abuso, puesto que desaparecen las evidencias del mismo.

Incluso la esterilización la entendería -siempre bajo la premisa de que se trata de una invasión en la intimidad del sujeto- tendría más sentido en los hombres por la “preocupación” de que puedan usar la fuerza para dejarse llevar por sus instintos. Pero claro esto abriría otro debate fundamental, y es que, no se contempla la esterilización de aquellos que han cometido un delito sexual, incluso siendo reincidentes, o habiendo cometidos delitos en serie, pero sí a una persona con discapacidad que quizás nunca tengan ninguna relación sexual. Parece un poco rocambolesco.

Se tienen en cuenta los avances de la ciencia para muchos casos, por ejemplo, es una de las bazas esgrimidas contra la eutanasia. Pero muchas veces, los argumentos de quienes son contrarios a esta práctica la sustentan en la posible aparición de técnicas, tratamientos, fármacos, que reviertan la situación. Sin embargo, a su vez, amparan la esterilización, ¿por qué si el avance científico tecnológico al que aluden es el mismo y al pender de la futuridad puede incidir en ambos aspectos? No creemos que el fundamento sea consistente.

3.1. La autorización judicial en la esterilización no consentida.

La esterilización no consentida de la persona, sólo puede ser declarada por el órgano judicial. Así lo afirma el artículo 156, párrafo segundo del Código Penal, acordándola para aquellas personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento de forma válida, libre y consciente, de acuerdo con el contenido del párrafo primero del citado precepto. Tendrá lugar cuando se produzca un grave conflicto entre bienes jurídicos protegidos, “a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado”, conforme a la legislación civil³⁶⁹. Ese mayor interés que como han afirmado aquellos que defienden tal postura, se sustenta en la posibilidad de ejercitar el derecho a la sexualidad de las personas que tienen mermadas ostensiblemente sus facultades intelectivas y volitivas, hasta el punto de no poder prestar su consentimiento ante cualquier actuación como la presente, sin tener que asumir las consecuencias derivadas de la maternidad o paternidad³⁷⁰.

Por tanto, sólo cabe la esterilización de la persona, conforme al Derecho vigente, cuando es autorizada por un Juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancia de su representante legal, tras ser oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal y, previo examen por el Juez de la misma³⁷¹.

A pesar de las garantías que reviste el procedimiento judicial, tampoco la jurisprudencia se ha postulado de forma uniforme en la materia³⁷². A este respecto, es especialmente

³⁶⁹ Tal precepto fue modificado por el artículo único 84 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE de 31 de marzo de 2015, núm. 77, págs. 27061 a 27176.

³⁷⁰ ANDREU MARTÍNEZ, M.B., “Discapacidad y autonomía en el ámbito sanitario a la luz de la Convención. De los derechos de las personas con discapacidad”, en GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. y LECIÑENA IBARRA, A., *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, págs. 104 y 105.

³⁷¹ Así lo dispone la disposición adicional primera, de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal en la materia.

³⁷² En contra de este postulado, se resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido por Jueces y Magistrados acerca de la duda que presentaba parte del colectivo respecto a la vertiente material en el curso del procedimiento sobre autorización judicial para esterilizar a personas cuyas facultades se encontrare muy debilitadas, planteando si era suficiente garantía la autorización judicial. Tal recurso fue resuelto en el Auto del Tribunal Constitucional (Pleno), núm. 261/1998, de 24 de noviembre (RTC\1998\261) que estableció la obligación del Juez de comprobar que la calificación emitida en dictamen médico se atenía a lo preceptuado en el entonces artículo 156 CP, esto es, “grave deficiencia psíquica”, para lo cual debía ori al Ministerio Fiscal, a dos especialistas y a la madre de la persona cuya esterilización se pretendía, en atención

importante traer a colación los votos particulares emitidos en la anteriormente mencionada, STC de 14 de julio de 1994, precursora y defensora de la esterilización forzosa en pos del que consideran no sólo un beneficio para la parte afectada sino también y en especial medida, para su guardador o guardadores, dado que permite relajar el control y vigilancia sobre aquella. A pesar de considerarse un referente para aquellos que defienden tal práctica, la adopción de tal medida no estuvo exenta de disconformidad, dados los votos particulares que obtuvo el pronunciamiento³⁷³.

Entre las últimas resoluciones en las que se ha estimado la esterilización, encontramos aquellas que, a juicio del Juez o Tribunal, proceden como consecuencia de la tenencia de una “deficiencia psíquica grave” que le impide a la persona “comprender los aspectos básicos de la sexualidad”, considerando la esterilización como el “método contraceptivo

al mayor interés de la persona con la capacidad judicialmente modificada, declarando la esterilización como la medida más aconsejable “para que quien no puede conducirse por sí misma no padezca los efectos de un embarazo que podría afectar seriamente a su estabilidad emocional y personal y, al tiempo, no se vea sometida como contrapartida a prácticas anticonceptivas no menos perturbadoras para esa estabilidad”.

³⁷³ El primero de los votos particulares fue el emitido por el Magistrado don José Gabaldón López, quien entendió que una intervención practicada por terceros que produce una lesión en “algo tan propio como la dignidad de toda persona como es su integridad física”, justificada en su “incapacidad” para manifestar su voluntad, ni en un sentido positivo ni negativo, supone una autorización para intervenir en la integridad corporal de una persona, lo que conlleva la sustitución de voluntad que de algún modo “la convierte en objeto”. Hecha esta conclusión, el Magistrado reconoce que existen derechos personalísimos que no admiten el ejercicio por terceros distintos de su titular, aunque aquellos fueren representantes legales o apoderados *ad hoc*.

Por su parte, el Magistrado don Julio Diego González Campos, consideró que el órgano judicial debía apreciar también, además de los dictámenes médicos, otras medidas menos gravosas para la integridad corporal de la persona que se pretende esterilizar, aplicables bajo control médico, con las que se consiga el mismo resultado para su bienestar; así como ponderar si tal intervención realmente evita a la persona en concreto una perturbación de su estado de salud en atención a los efectos que pudiese tener la maternidad o paternidad en su situación. De tal forma que, el régimen jurídico -anterior al artículo 156 CP pero guardando ciertas conexiones- deviene insuficiente para dotar de protección al derecho fundamental que quede soslayada la especial protección que el art. 49 CE establece. A este fin, el órgano judicial debería proceder a una doble apreciación, tras recabar los oportunos dictámenes médicos: de un lado si otras medidas menos gravosas para la integridad corporal del incapaz y aplicables bajo control médico periódico son o no susceptibles de alcanzar el mismo resultado para su bienestar. De otro, si la intervención corporal es necesaria para evitar una perturbación grave de su estado de salud psíquico o físico, en atención a los efectos sobre el disminuido psíquico de la maternidad o paternidad. El art. 428 CP, ciertamente, omite esta doble ponderación y, de este modo, el régimen de la autorización judicial previsto es insuficiente para que quede debidamente protegido el derecho fundamental a la integridad física y moral que el art. 15 CE garantiza.

En último lugar se pronunció el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende, quien tras hacer una exposición brillante alternando doctrina científica, jurídica y literaria, culmina su argumentación diciendo que la finalidad de la esterilización es insuficiente y notoriamente desproporcionada, mientras que las garantías para la protección de la persona a quien se pretende esterilizar son inexistentes.

más eficaz”³⁷⁴ ante la preocupación de las consecuencias que pudiere tener un posible embarazo³⁷⁵. Asimismo, se ha considerado que la “inocuidad de la intervención”, la necesidad de poder asumir una responsabilidad parental adecuada y la falta de capacidad del tutelado en la adopción de medidas de contracepción, así como su propio interés, sustentan la medida de esterilización³⁷⁶.

3.2 La vulneración del derecho a la integridad física y moral de la persona con la esterilización forzosa.

Distintas instancias tanto nacionales como internacionales compelen al legislador para que derogue el precepto 156, párrafo segundo del Código Penal porque supone una vulneración de derechos fundamentales a la integridad física y moral de la persona, así como a su dignidad humana y desarrollo de su personalidad en orden al derecho a fundar una familia. Se trata de una conculcación en serie de derechos humanos³⁷⁷, considerada como delito en el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica³⁷⁸ y como tortura por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁷⁹. Pero especial incidencia ha hecho, el Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad, órgano de interpretación y vigilancia de la Convención, dado que tal medida supone una clara contravención de la norma internacional.

³⁷⁴ SAP de Murcia (Sección 4ª), núm. 413/2018, de 21 de junio (JUR\2018\264853).

³⁷⁵ SAP de Girona (Sección 2ª), núm. 235/2009, de 19 de junio (AC\2009\1715).

³⁷⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2ª), núm. 470/2018, de 20 de diciembre (JUR\2019\61029).

³⁷⁷ Sirva de ejemplo, la Recomendación general núm. 24, ya en 1999, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, quien declaró en su apartado 22 que los Estados partes no debían permitir formas de coerción, tales como la esterilización no consentida, que viola el derecho de la mujer a la dignidad y a dar su consentimiento con conocimiento de causa.

³⁷⁸ Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. BOE de 6 de junio de 2014, núm. 137, págs. 42946 a 42976; en cuyo artículo 39 denominado “Aborto y esterilización forzosa”, ordena a los Estados a adoptar las medidas legislativas y de cualquier tipo para tipificar como delito la intervención quirúrgica que pretenda poner fin a la capacidad reproductiva de la mujer de modo natural, sin mediar el consentimiento previo e informado de la misma o, sin su entendimiento del procedimiento.

³⁷⁹ STEDH de 8 de noviembre de 2011. Caso V.C. contra Eslovaquia (TEDH\2011\95), aunque en este caso no trae causa en un supuesto de esterilización de una persona con discapacidad sino en una causa de discriminación racial, la argumentación esgrimida nos sirve de sustento general en contra de la esterilización forzosa no consentida.

En su Observación general número 3, en 2016, el Comité compelió a los Estados a acatar el contenido de la Convención y a eliminar las distintas formas de discriminación sobre las mujeres y niñas con discapacidad, considerando que la esterilización forzosa puede dar lugar a otras formas de violencia sexual sin la consecuencia del embarazo. En este sentido, recordaba la importancia del reconocimiento de capacidad jurídica a las mujeres con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, dado que tienen igual derecho a fundar una familia y a recibir la asistencia precisa para apoyarlas en la crianza de sus hijos³⁸⁰.

A pesar del mandato legal, España no ha respetado el deber de erradicar del ordenamiento jurídico la esterilización forzosa de las personas con discapacidad, por lo que, en 2019, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad volvió a incidir en este tema, en sus Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España. Así, en su considerando 33 relativo a la protección personal de las personas con discapacidad de acuerdo con el artículo 17 CDPD, el Comité expresó de nuevo su preocupación acerca de la práctica esterilizadora que continúa vigente en nuestro país, y que presupone la administración en un Estado parte de tratamientos médicos sin el consentimiento libre e informado del afectado. De igual forma, reitera la recomendación formulada en sus observaciones finales anteriores³⁸¹ e insta al Estado español a derogar el artículo 156 del Código Penal³⁸².

En 2017, la Fundación CERMI Mujeres y el Foro Europeo de Discapacidad elaboraron un exhaustivo informe que tenía como objetivo poner fin a la esterilización forzosa de las mujeres y niñas con discapacidad, donde a lo largo de sus setenta páginas reflejaban la situación de las mujeres y niñas a nivel internacional, el recurso demasiado utilizado de la esterilización -constatando tales afirmaciones con tablas informativos sobre la jurisprudencia aplicadora de la medida- y la falta de solidez de su utilización bajo el

³⁸⁰ Observación general núm. 3 (2016), sobre las mujeres y niñas con discapacidad. CRPD/C/GC/3, de 25 de noviembre de 2016.

³⁸¹ Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a España, CRPD/C/ESP/CO/1, de 19 a 23 de septiembre de 2011, apartado 38.

³⁸² Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España CRPD/C/EST/CO/2-3, de 13 de mayo de 2019, apartados 33 y 34.

“pretexto de su bienestar”³⁸³, denostando de forma flagrante el contenido de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Cabe indicar que, ante este panorama, donde hay sobre la mesa un Proyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad y los distintos órganos internacionales demandan el cambio en cuanto a la derogación del artículo 156 del Código Penal, parece que el legislador nacional ha atendido a tales pretensiones, dado que recientemente se ha pronunciado la Comisión de Justicia mediante Dictamen, aprobando la Proposición de Ley de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad³⁸⁴.

IV. DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO.

El matrimonio, institución de larga tradición y prominente envergadura³⁸⁵, podríamos definirlo como la unión entre dos personas diseñada para aunar y emprender un proyecto de vida en común, sustentada en los derechos adquiridos por ambos cónyuges y en el alivio de cargas y responsabilidades compartidas, sigue teniendo gran peso en nuestro sistema jurídico. Al margen de cuestionamientos de la institución, el matrimonio sigue teniendo el vigor y rigor de antaño, quizás con distinto sentido y diferente forma³⁸⁶.

³⁸³ Fundación CERMI Mujeres Y Foro de la Discapacidad, “Poner fin a la esterilización forzosa de las mujeres y niñas con discapacidad”, Ediciones Cinca, marzo 2018.

³⁸⁴ Proposición de Ley de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente (Orgánica), de 6 de mayo de 2020, núm. 124/000001.

³⁸⁵ Baste como ejemplo de su relevancia, la colocación efectuada de la institución en las Partidas, donde fue recogida en el centro de la obra. Para Alfonso X, el “casamiento” era la fuente de energía de la que se nutría el resto de Partidas. Acercándonos a la literalidad de las afirmaciones del autor, GIMENO CASALDUERO recoge en GIMENO CASALDUERO, J., “Alfonso el sabio: el matrimonio y la composición de las Partidas”, *Nueva Revista de Filología Hispánica*, 1 (1988), págs. 203-2018; la siguiente estrofa: “Por esso lo pusimos en medio de las siete partidas deste libro: así como el corazón es puesto en medio del cuerpo, do es el espíritu del ome, onde va la vida a todos los miembros. E otrosí como el Sol que alumbrá todas las cosas, e es puesto en medio de los siete cielos, do son las siete estrellas que son llamadas planetas”.

³⁸⁶ Así la institución ha sido objeto de importantes modificaciones, destacando a modo ejemplificativo, la operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. A raíz de la entrada en vigor de la norma citada que amplifica la óptica de la institución matrimonial, permitiendo la misma entre personas de igual sexo, se instaura una nueva regulación del matrimonio, tratando de dar, tal como recoge su Exposición de Motivos, “satisfacción a una realidad palpable cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de los colectivos que han

Nuestro Código civil no aporta una definición de matrimonio³⁸⁷. Sin embargo, regula los requisitos para su acontecimiento (arts. 44 a 48), las formas de celebración (arts. 49 a 60), los derechos y deberes de los cónyuges (arts. 66 a 72), la nulidad (arts. 73 a 80), la separación (arts. 81 a 84) y la disolución del vínculo matrimonial (arts. 85 a 89), entre otros. En lo que respecta a este estudio, centraremos la atención en el derecho a contraer matrimonio, también denominado, como reflejo de su tradición histórica, *ius connubii* o coloquialmente, derecho a casarse³⁸⁸.

El derecho a contraer matrimonio, dimanante del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ha sido reconocido en distintos instrumentos internacionales promulgadores de los derechos humanos y las libertades de los ciudadanos, en correspondencia con los pilares básicos que deben regir una sociedad: la libertad, la justicia y la paz. Así, encontramos el reconocimiento del *ius connubii* en el artículo 16, párrafo primero, de la Declaración universal de los Derechos Humanos de 1948³⁸⁹, aludiendo al derecho que asiste a todos los hombres y mujeres en edad núbil a casarse y fundar una familia; en los artículos 23, apartado segundo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966³⁹⁰ y, 12 del Convenio para la protección de los

venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual, realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de pareja”.

³⁸⁷ Sí lo hace la doctrina canónica, diferenciando dos tipos de matrimonio. Así en FORNÉS, J., *Derecho matrimonial canónico*, Tecnos, 5ª edic., Madrid, 2008, pág. 15; recoge la diferencia entre el matrimonio *in facto esse* y el matrimonio *in fieri*. El primero hace referencia a la comunidad o sociedad conyugal, mientras que el segundo se refiere a la celebración de la unión.

³⁸⁸ ACEDO PENCO, Á., *Derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 47.

³⁸⁹ En concreto, dice el artículo 16 que: “1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. Si bien en cierto que, en el precepto mencionado no se hace mención expresa a las personas con discapacidad, no lo es menos que las entendemos incluidas por su consideración principal como personas y porque no se ha de interpretar la enumeración de las causas discriminatorias de forma restrictiva, sino incluyendo cualquier otra causa que pudiere quebrar el derecho a contraer matrimonio en razón de igualdad. Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

³⁹⁰ Art. 23.2: “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

derechos humanos y de las libertades fundamentales³⁹¹. En igual sentido se pronuncia el artículo 9 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea³⁹².

Asimismo, la aclamada Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad confía a los Estados Partes la encomienda de poner fin a toda clase de discriminación contra las personas con discapacidad mediante la aplicación de medidas efectivas y eficaces. Naturalmente, su artículo 23 hace referencia a aquellas cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, abrigando el principio de igualdad y no discriminación en razón de discapacidad en consonancia con la nueva concepción social de la discapacidad que el instrumento internacional promulga³⁹³. En concreto, el apartado a) del artículo 23 proyecta la adopción de esos instrumentos que garanticen la erradicación de discriminación por causa de discapacidad, a fin de asegurar: “a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;...”. El texto de la Convención es prácticamente el mismo que el del resto de instrumentos internacionales de derechos humanos destacados, más con el refuerzo especial que supone el mandato prohibitivo de discriminación en torno a las personas con discapacidad, privadas de derechos fundamentales³⁹⁴ *ab immemorabili*.

Por tanto, se desprende de los textos internacionales, la universalidad del derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, siempre que se ostente edad núbil para ello en base a las legislaciones nacionales, encargadas de regular el derecho, sin que sea oponible discriminación alguna³⁹⁵.

³⁹¹ Art. 12: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

³⁹² Artículo 9: “Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2000\C 364\01).

³⁹³ A este respecto véase el exhaustivo estudio de PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, 2008.

³⁹⁴ A este respecto, es especialmente interesante el trabajo de MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., *Derechos fundamentales y discapacidad*, Cinca, 2016.

³⁹⁵ Ahora bien, las restricciones al derecho a contraer matrimonio que establezcan los Estados, no pueden ser discriminatorias y debieren sustentarse en el interés general u orden público. Así encontramos en España dos prohibiciones al derecho a contraer matrimonio, establecidas en el art. 46 C.c.: la relativa a los menores de edad no emancipados y la de aquellos que estén ligados con vínculo matrimonial y; tres impedimentos

Cabe precisar que, a pesar de remitir a los Estados partes en la regulación del derecho a contraer matrimonio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha acotado su margen de discrecionalidad, precisando que el Estado Parte no dispone de un poder ilimitado para regular un derecho fundamental, como lo es el que tratamos, puesto que ello podría equivaler a "...concluir que el abanico de opciones abiertas a un Estado contratante puede llegar hasta la prohibición, en la práctica, de ejercer el derecho al matrimonio"³⁹⁶. Así pues, como puntualizaba el Alto Tribunal, las ordenaciones jurídicas del derecho a contraer matrimonio "no deben restringirlo o reducirlo de tal manera, o hasta el extremo, que afecte a su propia esencia"³⁹⁷.

Habiendo abordado el marco internacional de reconocimiento del derecho y trasladándonos a la normativa española, concretamente al artículo 23 de nuestra Carta Magna, encontramos igual reconocimiento del derecho a contraer matrimonio, instaurando como competencia del legislativo la regulación de todo lo concerniente al mismo, entre lo que resalta, a objeto de nuestro estudio, la capacidad de los potenciales contrayentes para ejercitar tal derecho fundamental, derivado del libre desarrollo de la personalidad del sujeto, universal e inherente a la persona.

La capacidad necesaria para prestar el consentimiento en ejercicio del *ius connubii*, viene recogida en el Código civil. Por una parte, el artículo 44 vuelve a reconocer el derecho a contraer matrimonio entre parejas de igual o distinto sexo y, el artículo 45 declara que "no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial", en consonancia con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aludidos³⁹⁸.

de contraer entre sí a: los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado y los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiere estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal (art. 47 C.c.), si bien este último y el impedimento de parentesco de grado tercero entre colaterales pueden ser dispensados por el Juez, con justa causa y a instancia de parte (art. 48 C.c.).

³⁹⁶ Fundamento 26 de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª) de 5 de septiembre de 2019. Caso Theodorou y Tsotsorou contra Grecia. TEDH 2019\113.

³⁹⁷ Fundamento 50 de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de octubre de 1986. Caso Rees contra Reino Unido (TEDH 1986\11). En el mismo sentido, el fundamento 32 de la STEDH de 18 de diciembre de 1987, caso F. contra Suiza (TEDH 1987\32) y el fundamento 34 de la STEDH (Sección 4ª) de 13 de septiembre de 2005. Caso B. y L. contra Reino Unido (TEDH 2005\95).

³⁹⁸ El apartado segundo del artículo 16 de la Declaración universal de Derechos Humanos de 1948 expone en términos de certeza que los futuros esposos sólo podrán contraer matrimonio mediando consentimiento libre y pleno. Es preciso resaltar que se predica esa libertad y plenitud entre ambos futuros contrayentes sin exclusión alguna por discriminación de ningún tipo. También lo hace el artículo 23, apartado tercero, del

Se erige así, el consentimiento como requisito fundamental para contraer matrimonio, tanto que si no está presente, no hay matrimonio. Consecuentemente, para constatar la validez del matrimonio, es preciso retrotraerse al momento en que se presta el consentimiento, puesto que la línea que divide la eficacia del mismo —con la salvedad de las prohibiciones, impedimentos y vicios jurídicamente establecidos— radica en la capacidad del sujeto para prestar consentimiento en el momento de su declaración

El consentimiento matrimonial ha de prestarse de forma consciente y libre, respecto a la persona con la que se va a contraer matrimonio y al contenido propio de lo que supone la institución. Para ello, es fundamental que la persona entienda y quiera el acto matrimonial. Al margen de que, en cualquier momento pueda instar la disolución del vínculo, sin necesidad de probar causa alguna ni esperar trámite previo para tal actuación³⁹⁹.

Así pues, el legislador, con la pretensión de asegurar, en la medida de lo posible, que las personas contraigan matrimonio válidamente, señala una serie de trámites a seguir antes de la culminación del acto matrimonial, con anterioridad a la manifestación del consentimiento ante el funcionario competente. A este fin, todas las personas con intención e interés en contraer matrimonio deberán atestiguar fehacientemente estar dotados de aptitud matrimonial. Esta diligencia se sustancia a través de la tramitación del expediente matrimonial acorde a la legislación del Registro Civil. Así lo expone el vigente artículo 56 C.c., párrafo primero⁴⁰⁰: “Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código”. En este mismo sentido, se expresa la Ley del Registro civil⁴⁰¹, reguladora del procedimiento, en su artículo 58,

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque en un sentido negativo: “3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”.

³⁹⁹ Tras la modificación operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, se suprimen las causas concurrentes para solicitar la disolución del vínculo matrimonial.

⁴⁰⁰ Modificado por el art. 1 de la Ley 30/1981, de 7 de junio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

⁴⁰¹ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

párrafo segundo⁴⁰², añadiendo a lo preceptuado las autoridades competentes en la tramitación de los requisitos previos al matrimonio.

4.1. La capacidad para contraer matrimonio

El artículo 56 del Código civil recoge una de las cuestiones más controvertidas en relación al derecho a contraer matrimonio, como es a la aptitud matrimonial –o capacidad, tal como expresa el precepto-. Al objeto de este trabajo, dicho punto merece especial atención, dado que la relación entre aptitud y discapacidad ha sido, a lo largo de la historia, y aún hoy, insoluble. De hecho, el apartado segundo del precepto recoge la exigencia de recabar dictamen médico sobre la aptitud para prestar consentimiento en el caso de que “alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas”. A pesar de la terminología utilizada en la elaboración del precepto y propia de la época en la que fue redactado, parte de la doctrina lo entiende subsumible al articulado de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, siempre que la interpretación al mismo respete los principios, valores y directrices que promulga y al margen de la modificación de los términos empleados en su redacción. Así, como ha manifestado la RDGRN⁴⁰³ el apartado segundo del artículo 56 centra su atención en la capacidad natural de la persona para prestar de forma consciente el consentimiento matrimonial, omitiendo cualquier referencia a la modificación judicial de la capacidad. Mas, como apunta GUILARTE⁴⁰⁴, el instructor puede exigir en cualquier momento del trascurso de tramitación del expediente matrimonial, dictamen médico que “disipe las dudas acerca de la capacidad para prestar consentimiento”, aunque el trámite de audiencia parece el más propicio para verificar la capacidad natural del sujeto. Siguiendo a la autora, cabe recordar que además de las garantías establecidas al inicio y trascurso de la

⁴⁰² Citamos textualmente: “2. La celebración del matrimonio requerirá la previa tramitación o instrucción de un acta o expediente a instancia de los contrayentes para acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier otro obstáculo, de acuerdo con lo previsto en el Código civil. La tramitación del acta competará al Notario del lugar del domicilio de cualquiera de los contrayentes. La instrucción del expediente corresponderá al Secretario judicial o Encargado del Registro Civil del domicilio de uno de los contrayentes”.

⁴⁰³ RDGRN de 30 de junio de 2005.

⁴⁰⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Matrimonio y discapacidad”, en *Derecho Privado y Constitución*, 32, enero-junio (2018), págs. 55-94.

tramitación del expediente matrimonial conducentes a verificar la capacidad del sujeto para consentir válidamente, el ordenamiento jurídico también prevé un “control ex post” de la capacidad para consentir, como es la nulidad del matrimonio en caso de que falte o no se haya prestado válidamente el consentimiento.

Este entramado legislativo que, si bien no ha suscitado un fuerte rechazo entre los profesionales de la materia⁴⁰⁵, fue objeto de modificación por la Ley 15/2015, de 2 de julio⁴⁰⁶, siendo especialmente polémica la redacción del apartado del artículo 56, que dice: “Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”. El legislador buscaba con esta modificación, adaptar la normativa a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, tal como puso de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley, sustituyendo la terminología propia del modelo rehabilitador por aquellas más acorde al instrumento internacional. No obstante, parece que dicha intención quedó en el camino, puesto que la nueva formulación del precepto no era compatible con la Carta magna en materia de discapacidad y, consecuentemente, fue rechazada de forma clara y radical por los distintos entes representativos de los intereses de las personas con discapacidad. Esto se debió fundamentalmente a dos motivos: extendía la exigencia de dictamen médico acreditativo de la capacidad del sujeto a las personas con discapacidad sensorial y fortalecía dicha exigencia, compeliendo a quienes tramitaren el acta o expediente a recabarla en caso de que la persona tuviere alguna discapacidad, vulnerando el principio *pro capacitate*, que presume la capacidad para contraer matrimonio y atenta contra el principio de igualdad jurídica en relación a los requisitos necesarios para contraer matrimonio⁴⁰⁷. Al margen de la terminología utilizada (“deficiencias mentales...”), que tampoco parece guardar relación con la propia Convención.

Tal fue la oposición a la modificación que, la Dirección General de Registros y del Notariado tuvo que aclarar el contenido del precepto y sus directrices de interpretación,

⁴⁰⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Matrimonio...” op. cit. lo llega a considerar “respetuoso con el *ius nubendi* de las personas con discapacidad psíquica e intelectual, al favorecer su celebración –que constituye la regla general- si concurre la capacidad natural de entender qué es el matrimonio y querer los efectos que le son propios.

⁴⁰⁶ Se modifica por la disposición final 1.9 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁴⁰⁷ Véase, por todos, HERAS HERNÁNDEZ, M^a.D.M., “Igualdad jurídica, matrimonio y discapacidad: apoyos y salvaguardias proyectados” en PEREÑA VICENTE, M.... op. cit., págs. 217 y ss

dictando una Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016, sobre los criterios interpretativos y de aplicación del artículo 56 del Código civil. A pesar de ello, la pretendida modificación nunca vio la luz, pues justo un día antes de su entrada en vigor fue aprobada la Ley 4/2017, de 28 de junio, modificadora de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria⁴⁰⁸, confiriéndole una nueva redacción al artículo, acorde con la Convención. LA reforma que entrará en vigor el 20 de junio del año en curso, desgrana el precepto en una doble vertiente: por un lado, facultad al funcionario competente para recabar de la Administración o entidades promotoras 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 de o los contrayentes, aplicando las directrices marcadas por la Convención en cuanto a la provisión de apoyos afín de que la persona pueda manifestar su consentimiento matrimonial sin que sea impedimento la discapacidad que tenga. Por otro lado, establece una excepcionalidad para el caso de que alguno de los contrayentes presente una “condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancia, pueda impedirle prestar el consentimiento pese a las medidas de apoyo”, consistente en la obtención de dictamen médico sobre “su aptitud para prestar el consentimiento”.

En consecuencia, teniendo como referente en la interpretación de la materia a la Convención, es preciso poner de manifiesto la concordancia, a nuestro juicio, de la nueva legislación con la norma internacional, favorable al principio favor matrimonii y a la presunción de capacidad matrimonial que ostenta toda persona. De forma que toda persona tiene derecho a contraer matrimonio. Ahora bien, toda persona que ostente las facultades intelectivas y volitivas para querer y entender dicho acto. Esto es, se precisa la capacidad natural del sujeto en el momento de contraer matrimonio, con independencia de su modificación judicial de la capacidad ex ante o ex post. Esta parece ser la postura admitida por la DGRN y por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, destacando la Sentencia 145/2018, de 15 de marzo⁴⁰⁹.

4.2. Legitimación para el ejercicio de la acción de separación o divorcio por terceros.

⁴⁰⁸ Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁴⁰⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 145/2018, de 15 de marzo.

Más controvertido resulta la disolución del vínculo matrimonial en ejercicio de la acción por terceros. De hecho, como brevemente vamos a exponer a objeto de no vulnerar los límites de extensión de este trabajo, la materia se caracteriza, entre otras, por la disparidad de posiciones tanto doctrinales como jurisprudenciales en torno a la legitimación de la acción por persona distinta al cónyuge casado.

El contexto en el que nos encontramos presenta a una persona con discapacidad cuyas facultades intelectivas y volitivas se encuentran muy mermadas, incluso ausentes, impidiéndole no sólo la manifestación sino también la conformación de la voluntad respecto a la situación que esté viviendo, en la cual, de forma objetiva, se puede apreciar la vulneración de sus intereses por el llamado “cónyuge capaz”.

En este sentido, en relación a la legitimación en el ejercicio de acciones de disolución del vínculo matrimonial, encontramos dos supuestos diferenciados: en primer lugar, cabe resaltar que la legitimación para interponer las acciones de separación y divorcio se atribuye exclusivamente a los cónyuges (así es preceptuado en los artículos 81 y 86 C.c.). Sin embargo y, en segundo lugar, la legitimación para interponer la acción de nulidad goza de mayor amplitud, de forma que no se ciñe únicamente a los cónyuges sino que se extiende a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en la interposición de dicha acción, incluyendo al Ministerio fiscal (art. 74 C.c.). Por tanto, este último supuesto no presenta tantos problemas como el primero, puesto que la legitimación sobrepasa los límites de los conocidos como actos personalísimos.

Así pues, centrándonos en el primer supuesto, cabe resaltar la labor de la jurisprudencia que lo ha abordado desde distintos ángulos, diferenciando en función del Tribunal competente la posible legitimación de un tercero en el ejercicio de la acción de separación o divorcio. Es preciso puntualizar, que la problemática en este punto estriba en la consideración de la acción como personalísima, puesto que si partimos de dicha afirmación, sólo los cónyuges podrían interponer la acción de disolución del vínculo matrimonial, mientras que si optamos por la interpretación amplia de la legitimación, el apoyo o, en última instancia, la representación del cónyuge⁴¹⁰ como consecuencia de su necesidad de apoyo, podrá interponerla en beneficio de la persona con discapacidad.

⁴¹⁰ De acuerdo con la Convención no cabe olvidar que el apoyo ha de asistir a la persona con discapacidad no suplir su voluntad, tan solo y de forma excepcional cabrá la representación cuando no sea posible conocer, por ningún medio, su voluntad, deseos o preferencias. Si fuere posible, aunque no pudiera

Así, encontramos dos posturas definidas, siendo ejemplo de ello las siguientes resoluciones:

- El Tribunal Constitucional, partidario de esa interpretación extensa de la legitimación. En el recurso de amparo de que trae causa la STC 311/2000, de 18 de diciembre⁴¹¹, se cuestionaba la negativa a la recurrente de la legitimación para ejercitar, como tutora de su hija, la acción de separación matrimonial. Entendiendo el Tribunal que “la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija, determina el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de este a la tutela judicial”. Por tanto, considera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. A ello hay que añadir la conculcación del principio de igualdad en relación al cónyuge capaz que no se ve privado del ejercicio de la acción para defender sus intereses legítimos.
- Por su parte, el Tribunal Supremo, contrario al principio, a la legitimación, negó en su STS 149/2000, de 27 de febrero⁴¹², la posibilidad de ejercicio de la acción por parte del tutor de la persona con discapacidad, entendiendo que se trataba de un acto de voluntad propio del cónyuge, esto es, con carácter personalísimo. Gozando de legitimación única el cónyuge.

Muy interesante a este respecto es el voto particular formulado por el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas en la STC 311/2002, que postula de forma severa y reverente en favor de la legitimación de la tutora en base a los siguientes argumentos:

1. La interpretación más favorable al ejercicio del derecho de tutela judicial efectiva, esto es, extensión del artículo 81 C.c.
2. El concepto de acción personalísima, creación doctrinal que no categoría legal. En relación con ello, alude al artículo 267 C.c., poniendo de relieve que la facultad de representación de la persona con la capacidad judicialmente modificada, no distingue entre actos personalísimos o no, sino simplemente exceptúa aquellos que la persona pueda realizar por sí sola.

manifestarla, podrá recabar en base a su trayectoria vital, a su voluntad, a sus deseos y preferencias, la opción más acorde con ella.

⁴¹¹ STC núm. 311/2000, de 18 de diciembre.

⁴¹² STS núm. 149/2000, de 27 de febrero.

Más adelante, en relación al ejercicio de la acción de divorcio por el tutor del representado, el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de septiembre⁴¹³ y en consonancia con el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en concreto su apartado tercero, que dice: “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”, así como su artículo 13.1, que establece que “los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones que las demás...; consideró como obligación de los Tribunales “aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del incapaz a través o por medio de sus representantes legales” (FJ 3º). Entendiendo, que si se denegare dicha legitimación se estaría conculcando el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona, resultando un acto disoluble como es el matrimonio en uno *in aeternum*, oscilando siempre el péndulo del beneficio o ventaja en favor de la persona capaz, quedando el otro cónyuge desprotegido.

Por ende, el tribunal considera legitimados a los tutores para ejercitar la acción de divorcio en nombre de la persona con la capacidad judicialmente modificada, siempre que ella no pueda hacerlo por sí misma.

Ahora bien, es necesario precisar algunas cuestiones⁴¹⁴:

1. En base al artículo 216.1 C.c. es conveniente poner de relieve que las funciones del tutor constituyen un deber, por ello, se han de ejercer en beneficio del tutelado, estando bajo la salvaguardia de la autoridad judicial. De modo que se exigirá previa autorización judicial reconocida en el art. 271 C.c. Cabe precisar que, si nos encontramos ante un apoyo en forma de curatela no hablamos de representación sino de asistencia para determinados actos, los que establezca la sentencia de modificación de la capacidad del sujeto, de forma que el curador asisten en la decisión a la persona con discapacidad en base a lo dispuesto en la sentencia, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

⁴¹³ STS núm. 625/2011, de 21 de septiembre.

⁴¹⁴ Veáse en relación al ejercicio de las acciones de separación, nulidad y divorcio: HERAS HERNÁNDEZ, M^a.D.M., “Igualdad jurídica, matrimonio y discapacidad: apoyos y salvaguardias proyectados” en PEREÑA VICENTE, M.... op. cit., págs. 236 y ss. y, CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.D.C., “La persona protegida: legitimación para el ejercicio de la acción de carácter personalísimo de separación o divorcio”, en PEREÑA VICENTE, M... op. cit., págs. 145 y ss.

2. El ejercicio de la acción debe obedecer a los intereses del tutelado.
3. Actuación del Ministerio Fiscal que, como garante de los intereses de la persona con la capacidad judicialmente modificada, velará porque la actuación del representante se adecuó a los intereses de la persona y no obedezca a motivaciones caprichosas o arbitrarias.

Esta parece ser la postura más extendida, acorde a los designios de la Convención y valedora del derecho a la tutela judicial efectiva de la persona con discapacidad. Teniendo presente que en caso de conocer la voluntad de la misma, esta deberá ser respetada de forma prevalente, incluso a su propio interés.

Por último, en caso de que confluyera la figura del tutor y cónyuge capaz, esto es, existiendo régimen de gananciales, la administración del patrimonio privativo y ganancial deberá ser objeto de la constante supervisión judicial para prevenir conflictos personales y patrimoniales, interviniendo cuando su presencia sea preceptiva el Ministerio fiscal y acudiendo al defensor judicial cuando exista conflicto de intereses.

Hasta aquí una breve panorámica del ciclo vital del matrimonio, añadiendo la connotación de discapacidad y a expensas de la ¿inminente? modificación de la materia a través del Anteproyecto por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, para completar la adecuación del ordenamiento jurídico a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

CAPÍTULO III

DERECHO AL VOTO.

I. DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA.

Decía Rosseau en su prolífica obra, que el derecho de votar en todo acto de soberanía, es un derecho que nadie puede quitar a los ciudadanos⁴¹⁵, puesto que como ha tenido a bien manifestar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se trata de un privilegio, ya que en pleno siglo XXI, la concepción de Estado democrático lleva consigo ineludiblemente la inclusión del sufragio universal que se alza, no como principio básico sino como derecho fundamental. No obstante, ello no ha sido óbice para su histórica restricción en detrimento de ciertos colectivos considerados vulnerables por su falta de amparo y su degradación social, entre ellos, las personas con discapacidad. En estos casos, como indica la Convención, la diferenciación que sustrae la privación del derecho no es susceptible de justificación. En relación a tal extremo el Comité Económico y Social Europeo, en su Dictamen sobre la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020⁴¹⁶, enarbola la inalienabilidad del derecho de sufragio como derecho humano, perteneciente a todas las personas con discapacidad, sin que sea plausible la restricción, ni en su vertiente activa ni en la pasiva, ya sea por decisión judicial o de cualquier otra entidad. Recuerda en este punto el Comité, que las únicas condiciones que pueden conllevar la

⁴¹⁵ ROSSEAU, J.J., *El contrato social*, Obras clásicas de siempre, pág. 143

http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/ObrasClasicas/_docs/ContratoSocial.pdf

⁴¹⁶ Apartado 5.16 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras”. *COM (2010) 636 final* (2011/C 376/15), aprobado en septiembre de 2011.

restricción del derecho de sufragio son la edad y la ciudadanía, pero en ningún modo, la discapacidad. De hecho, compele a los Estados miembros a que supriman aquellas disposiciones legislativas que atenten contra el principio de igualdad en razón de discapacidad, entre ellas aquellas medidas discriminatorias en materia de tutela, realizando las adaptaciones las adaptaciones “razonables” de los procedimientos de voto para garantizar la participación de las personas con discapacidad en las elecciones nacionales y europeas.

Cuando nos enfrentamos al derecho de sufragio, ostentoso de una vertiente activa y una pasiva, nos encontramos en la esfera personal del sujeto, alusiva a su consideración como ser humano, persona para el ordenamiento jurídico, titular de derechos y obligaciones que emanan de la propia esencia de su personalidad. En concreto, como portador de la proporción de soberanía que cada ciudadano ostenta, comporta la esencia de la democracia. Cualquier democracia que se precie ha de garantizar el derecho de sufragio universal a todos los ciudadanos que componen su Estado, dado que lo contrario estribaría en una plausible vulneración del principio de igualdad, un sistema democrático aparente u otro régimen encubierto.

II. EL DERECHO DE SUFRAGIO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL ORDEN INTERNACIONAL.

Dada su consideración como derecho fundamental, es reconocido y recogido en numerosos textos internacionales protectores de los derechos humanos, en interés de que toda persona sea titular de dicho poder, con la salvedad de las precisiones o restricciones que establezcan los ordenamientos jurídicos de los Estados parte que sean conformes con los principios de dichos instrumentos y no recaigan en motivos discriminatorios desproporcionales.

De esta forma, encontramos el derecho al sufragio de la persona en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, concretamente en su artículo 21, reconoce el derecho de toda persona a participar en el gobierno de su país, ya sea de forma directa o con por mediación de representantes elegidos por el pueblo (apartado primero) y a acceder de modo igualitario a las funciones públicas de su país (apartado segundo), entendiendo que la “voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público”, la cual se

expresará a través de “elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto” (apartado tercero). Como podemos observar tras estas palabras integrantes del precepto internacional, no se detalla ninguna exclusión en razón de ninguna clase, tan sólo se especifica que las personas tienen derecho a elegir a los gobernantes de su país. Lógicamente, una persona no podrá votar en todos los países que considere oportuno, participando en las distintas elecciones que se le planteen interesantes, puesto que ello conllevaría la germinación de un caos evitable. Por ello, como veremos, se establece el criterio de la ciudadanía o residencia, dependiendo de la legislación, para acceder a ese ejercicio del derecho de sufragio.

Años más tarde, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, referente, como su nombre indica, de los derechos de la persona relativos a su inclusión en la comunidad y a la vida política de su país, renueva los votos ordenados en su precedente - salvando las distancias entre ambos acuerdos-, de forma que su artículo 25 reconoce en similares términos a la Declaración Universal, el derecho de sufragio activo y pasivo de todos los ciudadanos⁴¹⁷. Ahora bien, respecto al texto internacional anteriormente comentado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hace una precisión al principio de su artículo 25, al decir que todos los ciudadanos gozarán, sin que medie distinción alguna de las establecidas en su artículo 2, y sin “restricciones indebidas” de los derechos y oportunidades que conlleva el derecho de sufragio. Ese precepto segundo recoge el compromiso de los Estados firmantes “a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen o nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, dedicando las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para el efectivo ejercicio de derechos por sus titulares, así como las garantías precisas para velar por dicho ejercicio sin injerencias indebidas ni

⁴¹⁷ Literalmente expone: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

restricciones. De esta forma, como establece el artículo 2, los Estados firmantes del Pacto, se comprometen a adoptar las decisiones oportunas a fin de garantizar el respeto de los derechos que el texto contiene, entre los que se encuentra el derecho de sufragio en su artículo 25, como ya hemos visto, resaltando que no cabe distinción en ese reconocimiento y tutela de derechos. Si bien es cierto que el precepto no alude a la posible distinción en razón de discapacidad, al menos no lo hace de forma literal, pero podríamos entenderla inserta en la fórmula que deja abierta el artículo 2 al aludir a diferenciaciones “de otra índole” o “cualquier otra condición social”. Otra proposición, a nuestro juicio más alejada de la realidad por los antecedentes que aún hoy persisten, es que la discapacidad no se considerase razón distintiva por su innecesaridad, contemplando a las personas con discapacidad como aquellas otras sin discapacidad que no han sufrido discriminación por esta razón y que se encuentra bajo la redicha “normalidad”. Pero, como decimos, esta perspectiva se aleja mucho de la histórica realidad, puesto que la discriminación y marginación eran persistentes y descartaban la discapacidad en el reconocimiento de derechos, perdurando retazos de tal situación en la actualidad.

Centrándonos en la literalidad del texto, y en la situación de la persona con discapacidad, entendemos coherente integrar la discapacidad como motivo distintivo incluido en la coletilla “de otra índole” del precepto, contando, como el resto de motivos, con el rechazo del texto internacional. Si bien, ese desglose de posibles motivos discriminadores, los cuales rechaza el Pacto Internacional, no se produce en la Declaración Universal que se limita a reconocer la soberanía del pueblo y el reconocimiento de sufragio libre.

Como apunta CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ⁴¹⁸, el derecho de sufragio es un derecho individual y personalísimo que se reconoce, de acuerdo con el Pacto Internacional, a cada persona como ciudadana de ese ente público, más no podemos tildarlo de derecho absoluto, puesto que desde los albores de su reconocimiento hasta la actualidad ha sido restringido o limitado con dependencia del criterio estatal. De hecho, como señala el autor, el principio de universalidad del sufragio activo que propugna la Declaración Universal no ha de concebirse como una prerrogativa que se concede a toda persona que habita en un Estado, sino que será reconocido a todos aquellos ciudadanos en los que no concurra causa alguna de las prevista legalmente que supongan su privación. Para

⁴¹⁸ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., “Derechos políticos de las personas con discapacidad: especial referencia al sufragio activo”, en PEREÑA VICENTE, M., *La voluntad de la persona protegida*, Dykinson, 2018, págs. 534 y 535.

empezar, el texto se refiere a aquellas personas que posean la condición de ciudadano de un Estado, para ostentar el derecho de sufragio⁴¹⁹. Consecuentemente, se podrá regular dicho derecho mediante la vía de la ciudadanía, siendo además comúnmente aceptado que a ello ha de sumarse el requisito de la mayoría de edad para el ejercicio de esta potestad. De hecho, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación general respecto al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴²⁰ en 1996, aludía, en su apartado tercero, a la peculiaridad de este derecho, pues si bien otros se garantizan a todas las personas dentro del territorio y jurisdicción de un Estado, “el artículo 25 protege los derechos de “cada uno de los ciudadanos””. Ello conlleva, según el órgano internacional, que los Estados han de disponer jurídicamente las condiciones que definen la ciudadanía, dentro del contexto de los derechos que el precepto ampara. Precisa, además, que “no se permite hacer distinción alguna entre los ciudadanos en lo concerniente al goce de esos derechos por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”⁴²¹. De nuevo, entenderíamos rechazada cualquier tipo de distinción -utilizando el término de los textos internacionales, incluyendo en su seno aquella que tenga lugar por discapacidad, pero el Comité zanja esta conclusión en sus siguientes apartados. El órgano distingue entre discapacidad física y e incapacidad mental. En cuanto a la primera, no puede constituir razón para restringir o limitar el derecho al voto, como tampoco puede serlo la falta de “capacidad para leer o escribir, el nivel de instrucción o la situación económica” (apartado 10 de la Observación), siendo obligación de los Estados adoptar las “medidas positivas” necesarias para “superar toda dificultad concreta, como el analfabetismo, las barreras lingüísticas, la pobreza o los obstáculos a la libertad de circulación, que impidan a las personas con derecho de voto ejercer sus derechos en forma efectiva”, con ello se pretenden remover los obstáculos que puedan encontrarse las personas con derecho a voto para que puedan hacer efectivo el mismo, asimismo, a pesar de no afirmarlo directamente,

⁴¹⁹ Ciertamente, el derecho de sufragio se divide en dos vertientes y, aunque, los textos internacionales aluden a ambas perspectivas no es menos cierto que las legislaciones se centran en el derecho al voto, esto es, el derecho de sufragio activo, entendemos debido a la potestad reguladora de la ley que permite su ejercicio directo. Mientras que el derecho a ser elegido en elecciones a un cargo público, una vez reconocido el derecho, su elección no pende de la voluntad del legislador sino del criterio de los electores.

⁴²⁰ Observación general del Comité de Derechos Humanos. 57º período de sesiones. 12 de julio de 1996.

⁴²¹ Para evitar confrontaciones o incompatibilidades en relación a las formas de adquisición de la ciudadanía, el Comité compele a los Estados a indicar en sus informes acerca de este punto, dilucidando si los residentes permanentes gozan del derecho de sufragio y de qué forma lo hacen, entre otros.

entendemos coherente pensar que las barreras que encontraren las personas con discapacidad física han de ser salvadas a fin de que el derecho a votar sea accesible a aquellos (apartado 12). Ahora bien, nos se deduce el mismo pensamiento si la discapacidad de la persona es mental -como literalmente recoge el texto-, puesto que a juicio del Comité la “incapacidad mental verificada puede ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público” (apartado 4 *in fine*). Esta frase la transcribe el Comité a modo de ejemplo de la restricción de los derechos del artículo 25 del Pacto Internacional, entendiendo que tal discapacidad -incapacidad en palabras del órgano- es motivo razonable y objetivo para que la legislación estatal lo recoja a modo de limitación de tales derechos.

Ante este panorama internacional, poca esperanza había de que las legislaciones estatales fueran magnánimas en el reconocimiento del derecho de sufragio de todas las personas, incluyendo aquellas con discapacidad de orden intelectual o psicosocial, y estableciesen las garantías necesarias para facilitar su ejercicio.

Mas, aunque el cambio está siendo paulatino y adolece, en la mayoría de sistemas, de lentitud, el nuevo paradigma en el tratamiento de la discapacidad aportado por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, supuso el “crac” definitivo en la concepción de la misma. Su visión transversal y la impregnación de su cometido de acuerdo con los derechos humanos y con la propia humanidad, calan en cada uno de los sectores del ordenamiento jurídico, en cada acto o negocio jurídico, puesto que la discapacidad no es sector estanco, sino que es tan variable y cotidiano como las personalidades de los sujetos.

En lo relativo al derecho de participación en la vida política y pública -como se titula el precepto dedicado al derecho de sufragio-, la Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a votar y a ser votadas en elecciones, reflejando el compromiso que los Estados firmantes sostienen para hacer efectivo el ejercicio de estos derechos. Para ello deberán acordar en sus legislaciones las medidas oportunas, necesarias y efectivas para garantizar el libre ejercicio de estos derechos políticos, conforme al artículo 29 del texto internacional⁴²².

⁴²² Los Estados Partes se comprometerán a:

La descripción expuesta en el articulado de la Convención, evidencia que la labor estatal no se puede ceñir al mero reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad, enarbolando la igualdad entre personas y la ostentación de capacidad jurídica plena, sino que la obligación radica en que esas líneas traspasen el papel y, efectivamente, lleguen a las personas con discapacidad, permitiéndoles ejercitar sus derechos de forma libre, más con las garantías necesarias para asegurar dicha libertad y coartar las influencias indebidas, cuando efectivamente las hubiere.

Como puede apreciarse existe cierta discrepancia entre lo expuesto por el Comité de derechos humanos y la CDPD, en cuanto el primero considera como causa justificada de privación del derecho de sufragio la “incapacidad mental” y, la segunda, reivindica y compele a los Estados a que garanticen el pleno y efectivo reconocimiento del mismo, así como su ejercicio, a todas las personas con discapacidad, sin que medie distinción en tal punto. A partir de la nueva perspectiva de la Convención, el Consejo de Derechos Humanos en Resolución de 2011⁴²³ no sólo alentó a los Estados partes a que reforzaran “la cooperación internacional en apoyo de los esfuerzos nacionales para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad” (apartado 7), reafirmando “la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad ejerzan plenamente y sin discriminación sus derechos y libertades (*ab initio*), sino que solicitó a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos que preparara un estudio detallado temático sobre la participación de las personas con discapacidad en la vida política y pública para debatir sobre ello posteriormente, en el seno del Consejo de Derechos Humanos (apartado 17). El estudio realizado por la Oficina del Alto Comisionado sobre la participación de las personas con

- Asegurar la participación plena y efectiva en la vida política de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás personas.

- Promover activamente un entorno en el que realmente las personas con discapacidad puedan participar de forma plena y efectiva en la dirección de asuntos públicos.

⁴²³ Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos, publicada en el informe del Consejo sobre su 16 ° período de sesiones (A/HRC/16/2), cap. I. 12 de abril de 2011. GE.11-12716 (S) 180411 190411 <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/ParticipationPoliticalAndPublicLife.aspx>

discapacidad en la vida política y pública⁴²⁴, esgrime de forma minuciosa el contenido de los derechos a la vida política y pública de la persona con discapacidad a la luz de la Convención.

Centra el foco de su atención especialmente, en el derecho a votar, por considerarlo el derecho político más importante (apartado 7), ya que a través de la participación “se forma la voluntad colectiva y se legitiman las decisiones”⁴²⁵. Destaca el hecho de que la normativa de los Estados, especialmente centrándonos en España, no profundiza en la vertiente pasiva del derecho de sufragio como lo hace en su esfera activa, de hecho, es ostensible el contraste legislativo existente entre ambas en tal extremo. Al final, el ejercicio del resto de derechos que conforman el llavero jurídico relativo a los derechos a la vida política, no se va a predicar en todos los ciudadanos -aunque todos, cumplidos ciertos requisitos establecidos nacionalmente, deban tener acceso a ellos-, puesto que dependen de las ambiciones personales de cada individuo y de sus intereses. No todos los ciudadanos querrán presentar candidaturas a puestos públicos, tampoco ser representantes del resto de ciudadanos... Sin embargo, una gran proporción poblacional querrá decidir -dentro de su esfera de decisión- quién quiere que lo represente, qué candidatura es más acorde a su ideología, quién cree que defiende mejor sus intereses o, simplemente, qué representante le cae mejor. De ahí que el derecho al voto se erija como el epicentro de estos derechos y se le conceda un lugar destacado en su estudio.

Así, el citado estudio del Alto Comisionado, al igual que lo hiciera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es proclive a la permisión de restricciones al ejercicio de los derechos políticos, siempre que sean establecidas legalmente en base a criterios objetivos y razonables (apartado 8). Si bien, como pone de manifiesto el texto, las restricciones o privaciones parecen ser incongruentes con el derecho de sufragio universal promulgado en los textos internacionales, mas se explica por el momento en el que se aprobó el Pacto, cuando las restricciones al derecho de voto a determinados grupos -extranjeros, niños y jóvenes, “personas que no tienen capacidad jurídica” y los

⁴²⁴ Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la participación de las personas con discapacidad en la vida política y pública, presentado en el 19º período de sesiones el Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/19/36

⁴²⁵ Así lo describe MARTÍNEZ PUJALTE en MARTÍNEZ PUJALTE, R., *Derechos fundamentales y discapacidad*, Ediciones Cinca, 2015, pág. 83.

condenados a penas privativas de prisión- no constituían una vulneración del derecho de sufragio universal, en base a la mentalidad y, por ende, legislación y sociedad de la época (apartado 26). Pero lógicamente este descarte, limitación o privación carece de consistencia, aún más tras la promulgación de la Convención, poniéndolo así de manifiesto el estudio que alude al cambio drástico producido en el contexto jurídico acontecido en años venideros, lo que conlleva la incompatibilidad de la mayoría de restricciones de los derechos relativos a la vida política con la prohibición de discriminación imperante en materia de derechos humanos (apartado 28). Concretamente, en lo que a objeto del presente trabajo interesa, tras la Convención, no procede la aplicación de restricciones ni excepciones que afecten al ejercicio del derecho al voto de las personas con discapacidad, ya sea esta física, intelectual, psicosocial o cualquier otra, pues ello constituiría discriminación en razón de discapacidad a tenor de lo preceptuado en el artículo 2 de la misma (apartados 29 y 69)⁴²⁶. En virtud de tal regulación, el Alto Comisionado considera que el artículo 25 del Pacto Internacional ha de interpretarse y aplicarse a la luz de las novedades legislativas que posteriormente han tenido lugar, en concreto de acuerdo con la Convención. De modo que plantea al Consejo de Derechos Humanos la adecuación de revisar su Observación general n° 15 sobre el derecho de participación en asuntos públicos y políticos, al objeto de actualizar las manifestaciones vertidas en tal publicación a la luz de la normativa internacional sobre derechos humanos vigente en la materia. Consecuentemente, entre otras medidas, sería procedente la supresión de la discapacidad intelectual o psicosocial a modo de ejemplo de restricción razonable y objetiva inserta en la Observación general número 25 del Consejo de Derechos Humanos (apartado 71).

⁴²⁶ Además, tampoco cabría amparar la restricción en la falta de capacidad jurídica, puesto que dicho argumento confronta directamente con el contenido del artículo 12 de la Convención y que impregna todo el texto, ya que en el mismo se reconoce capacidad jurídica en igualdad de condiciones a la persona con discapacidad respecto a los demás, sin albergar excepción alguna a dicha afirmación. Por tanto, la limitación en base a la falta de capacidad es incompatible con la Convención, con independencia de la necesidad, en su caso, de apoyo para su ejercicio. De modo que, como afirma el Alto Comisionado, “la privación de la capacidad jurídica por motivos de enfermedad mental o discapacidad psicosocial real o percibida puede constituir una violación de las obligaciones establecidas en el artículo 12” (apartado 30). Incluso, a nuestro parecer, podríamos suprimir ese “puede constituir” por un “constituye”.

III. MODELOS DE LIMITACIÓN DEL DERECHO DE SUFRAGIO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

A pesar de las precisiones hechas por los órganos protectores de derechos humanos, han sido frecuentes las restricciones y privaciones del derecho de sufragio de determinados grupos dentro de las personas con discapacidad, pudiendo agrupar tales limitaciones en dos grandes modelos presentes en distintos Estados⁴²⁷ -aún a pesar de haber firmado la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad-.

3.1. Ordenamientos que privan del derecho de sufragio a las personas con discapacidad.

Encontramos la regulación de aquellos ordenamientos jurídicos donde la declaración de modificación de la capacidad y el sometimiento a tutela de la persona con discapacidad reporta automáticamente la privación del derecho de sufragio y su exclusión del censo electoral, sin que sea preceptiva la argumentación o justificación individualizada de tal decisión por parte del tribunal, puesto que se trata como una consecuencia automática de la modificación de la capacidad, al entender que la persona en estas circunstancias carece de capacidad de discernimiento suficiente para poder tomar una decisión electoral. Esta posición es acogida, entre otros, por Hungría, sustentándola en el artículo 3 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴²⁸ relativo a la constitución de elecciones libres en los Estados en las condiciones “que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo”. A este respecto se ha pronunciado el TEDH, en el caso Alajos Kiss

⁴²⁷ PÉREZ ALBERDI, M.R., “Los derechos de participación política de las personas con discapacidad”, en *Lex Social*, vol. 9, número 1, 2019, pág. 7.

⁴²⁸ El artículo 3 (“Derecho a elecciones libres”) del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en París el 20 de marzo de 1952, dice así: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo”.

contra Hungría⁴²⁹, referente para posteriores resoluciones sobre la materia⁴³⁰, manifestando que no puede aceptar una normativa que propugne la “prohibición absoluta de votar a cualquier persona bajo tutela parcial”, al margen de la realidad de sus facultades (FJ 42), considerando que el tratamiento unificado de aquellas personas con discapacidad intelectual o mental es una “clasificación cuestionable”, debiendo estar el “recorte de sus derechos sujeto a un examen minucioso” (FJ 44). De esta forma, entiende el órgano que la “eliminación indiscriminada del derecho a voto” sin una previa evaluación judicial individualizada a la persona con discapacidad intelectual que precise tutela parcial no puede ser considerada acorde con “las bases legítimas para restringir el derecho a voto” (FJ 44) y, por ende, no es aceptable.

3.2. Países cuyo ordenamiento incluye el derecho de sufragio de la persona con discapacidad: Irlanda e Italia.

En correspondencia con esa minuciosidad a la que alude el TEDH, encontramos el segundo modelo legislativo del derecho de sufragio de la persona con discapacidad. En este sentido, recuerda el Tribunal lo planteado en la sentencia el fallo de Hirst contra el Reino Unido (núm. 2) [GC],⁴³¹, que el derecho de sufragio no es absoluto, siendo plausible su limitación en base a ello, dejando un “margen de apreciación a los Estados Miembros en este campo” (FJ 60), siempre que la limitación no desvirtúe la esencia del derecho (FJ 62). Esta baza ha sido la esgrimida por algunos Estados, entre los que se encontraba España hasta su reciente modificación, para restringir el derecho de sufragio de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial. Ahora bien, la limitación -en

⁴²⁹ STEDH (Sección 2ª) de 20 de mayo de 2010, caso Alajos Kiss contra Hungría (JUR\2010\160970). Los hechos que traen causa a la resolución, se basan en el diagnóstico de una enfermedad maniaco-depresiva a una ciudadana húngara, tras la cual fue sometida a tutela parcial y, como consecuencia, se suprimieron sus datos del registro electoral elaborado para las siguientes elecciones legislativas, en cumplimiento de lo expuesto en el artículo 70 (5) de la Constitución, que excluye el derecho votar a las personas sometidas a la institución tutelar. La demandante considera que tal precepto vulnera el artículo 3 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas y así lo entiende también el Tribunal en el fallo del caso.

⁴³⁰ En el mismo sentido que la STEDH sobre el caso Alajos Kiss contra Hungría, las SSTEDH (Sección 2ª) de 23 de septiembre de 2014, caso Gajcsi contra Hungría (TEDH\2014\58) y de 21 de octubre de 2014, caso Harmati contra Hungría (TEDH\2014\76).

⁴³¹ La sentencia del caso Alajos Kiss reproduce el fallo de la sentencia el fallo de Hirst contra el Reino Unido (núm. 2) [GC],

la práctica sería más acertado hablar de privación- debe ser declarada por el órgano judicial competente tras la valoración individualizada de la persona con discapacidad acerca de su idoneidad para ejercitar sus derechos de participación política. Normalmente, dicha limitación del derecho de sufragio venía recogida en la propia sentencia que declaraba la modificación judicial de la capacidad del individuo. Esta posición ha sido la más defendida por los organismos internacionales, también por el TEDH como hemos podido comprobar, pero, como ocurre con el otro modelo -más radical y desproporcionado-, tampoco es compatible con la esencia ni con lo preceptuado por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Tras hacer este pequeño periplo por la legislación internacional, ampliamente favorable al reconocimiento universal del derecho de sufragio a las personas con discapacidad, especialmente tras la Convención, cabe puntualizar que, como ocurre con sendos aspectos del texto internacional, aún no se ha aplicado en todos los Estados partes, aunque sí se ha llevado a cabo -aunque según distintas opiniones doctrinales sea mejorable- en algunos otros⁴³². A modo de ejemplo en cuanto a países que no restringen el derecho al voto de la persona con discapacidad, podemos citar el caso de Irlanda e Italia.

⁴³² En este sentido, el Comité económico y social europeo ha realizado un documento informativo acerca del derecho al voto de las personas con discapacidad en las elecciones al Parlamento europeo, en el cual, entre otros extremos, recoge aquellos países en los que las personas con discapacidad aún tienen privado el derecho al voto o cuyo ejercicio depende del sometimiento a una institución de apoyo o de tutela, así como la regulación en otros Estados donde las personas con discapacidad tienen reconocido el derecho al voto pero no al resto de derechos políticos o, en su caso, aquellos en los que tienen pleno reconocimiento en igualdad de condiciones que cualquier otra persona sin discapacidad, cada uno, lógicamente, con las peculiaridades de sus regulaciones en función de su ordenamiento jurídico. Así pues, los países que prevén la exclusión automática de la participación política a aquellas personas sujetas a una institución “protectora” son Alemania, Bulgaria, Chipre, Estonia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Polonia y Rumania. Esta regulación no opera en otros Estados europeos, en los que la institución de un apoyo no comporta de forma automática la privación del derecho al voto, ésta sólo tendrá lugar por decisión judicial separada y argumentada al respecto. Así ocurre en Bélgica, la República Checa, Francia, Hungría, Malta, Portugal y Eslovenia. Por su parte, en varios Estados, cuyas regulaciones sobre el derecho de sufragio -al menos en su modalidad activa-, son más acordes o plenamente acordes con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, puesto que en ellos la persona no puede ser privada por ninguno de los elementos anteriores a su derecho al voto. Los Estados que suprimen la privación del derecho al voto de la persona con discapacidad son Austria, Croacia, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Italia, Letonia, los Países Bajos, Eslovaquia, Suecia, España y Reino Unido. En este último apartado, como hemos avanzado, algunos de estos Estados a pesar de reconocer universalmente el derecho al voto de la persona con discapacidad, no lo hacen de igual forma o directamente excluyen la posibilidad de ejercitar su derecho de sufragio pasivo. Véase *La realtà del diritto di voto delle persone con disabilità alle elezioni del Parlamento europeo*, Comitato economico e sociale europe, relatore: Krzysztof Pater, 2019, SOC/554. También puede consultarse, en relación con ello el documento de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), sobre la evolución del derecho al voto de las personas “privadas

1. En Irlanda, no se restringe el derecho de voto en razón de discapacidad, como establece el apartado 111 de su Ley Electoral⁴³³, donde no hay precisión alguna al respecto, por lo que toda persona cuyo nombre figure en el registro de electores según la circunscripción, tendrá derecho a votar. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la vertiente pasiva del derecho de sufragio. La Ley Electoral no considera cualificados para ser miembros del Dáil⁴³⁴, a la persona “of unsound mind”, es decir, la persona “con mente insana o enferma”⁴³⁵. Si bien, cabe poner de manifiesto, que existe un proyecto de ley⁴³⁶ en sede de tramitación para convertirse en Ley, por el que se pretende reformar, entre otras normas, la Ley Electoral de 1992 a fin de adecuar su contenido a la Convención de los derechos de las personas con discapacidad. Ciertamente, en consonancia con dicha reforma, uno de los puntos a tratar en esa modificación de la ley electoral será la derogación de la privación del derecho de sufragio pasivo a la persona con discapacidad intelectual o psicosocial, tal como propugna la Convención de Nueva York⁴³⁷.

2. En el caso de Italia, el artículo 3 del Derecho del Presidente della Repubblica de 20 de marzo de 1967⁴³⁸ que suspendía el derecho de voto a las personas hospitalizadas en instituciones psiquiátricas desde la fecha de la orden judicial autorizante del ingreso

de capacidad jurídica” en los Estados miembros de la Unión Europea, titulado “Who will (not) get to vote in the 2019 European Parliament elections?”: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-right-vote-ep-elections-legal-capacity_en.pdf

⁴³³ Section 11, Electoral Act, number 23 of 1992. A modo de ejemplo, puesto que deja la puerta abierta a otras cuestiones, el apartado c) del citado precepto, establece que el oficial que recoge el voto o aquel que preside la mesa electoral, pueden formular, si así es requerido por algún agente presente en el colegio electoral, a cualquier persona en el momento de solicitar su papeleta electoral, no después, algunas preguntas tales como: ¿es usted la misma persona cuyo nombre figura en el registro de electores de la Cámara baja del Parlamento de la República de Irlanda?, ¿ha votado ya en esta elección?, ¿ha cumplido usted dieciocho años (a la fecha de entrada en vigor del registro)? Pero, tal como aparece formulado en la Ley, no se hace alusión alguna a la discapacidad en el derecho al voto.

⁴³⁴ Cámara baja del Parlamento de la República de Irlanda.

⁴³⁵ Section 41 (i), Electoral Act, number 23 o 1992.

⁴³⁶ Disability (Miscellaneous Provisions) Bill 2016, Bill 119 of 2016. Este Proyecto de Ley titulado “Act give further effect to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities done at New York on 13 December 2006”, pretende reformar la Ley del jurado de 1976, la Ley Electoral de 1992, la Ley de la Dirección Nacional de Discapacidad de 1999, la ley sobre la igualdad de condición de 2000, la Ley de discapacidad de 2005, la ley de la Comisión de derechos Humanos e Igualdad de Irlanda de 2014 y la Ley de capacidad de adopción de decisiones asistidas de 2015, y para prever cuestiones conexas. El proyecto de Ley se encuentra en su cuarta fase en el seno del Dáil, donde se consideran las enmiendas que surgen en la etapa del Comité (también conocida como Etapa de Reporte). Cifra <https://www.oireachtas.ie/en/bills/bill/2016/119/>

⁴³⁷ Así queda reflejado en el apartado segundo del Proyecto de Ley.

⁴³⁸ Decreto del Presidete della Repubblica 20 marzo 1967, número 223.

hasta que el Juez decretare el fin de su estancia, fue derogado por la denominada Ley de Basaglia⁴³⁹. Esta norma extendió el derecho de voto a las personas con discapacidad, aunque la Constitución no ha sido modificada en este punto y su artículo 48, reconoce que el derecho de voto puede ser limitado por incapacidad civil.

Estudio detallado merece la situación del derecho de sufragio de la persona con discapacidad en España, cuya reciente normativa en la materia ha sido catalogado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁴⁰ como la eliminación más completa de las restricciones a el derecho de voto, como veremos a continuación.

3.3. Informe del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en relación al TFUE.

En este contexto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad emitió un informe⁴⁴¹ relativo a las observaciones realizadas a los Estados partes durante 2013 y 2014, donde, además de tratar otros asuntos relativos a los derechos de las personas con discapacidad, expresó su preocupación por las restricciones presentes en muchos Estados para ejercer el derecho al voto, así como para ser candidato a cargos municipales o presentarse a elecciones, la accesibilidad y apoyo para ejercitar el derecho a votar, la eliminación de registros electorales por motivos de discapacidad, entre otros (apartado 66). Recuerda el órgano vigilante de la Convención, las recomendaciones hechas a distintos Estados partes de que derogasen, o en su caso, modificasen o enmendasen, aquellas disposiciones jurídicas que restringían el derecho de sufragio de las personas con discapacidad y, en consonancia con la Convención, dictasen leyes que restablecieran la presunción de capacidad de votar y tomas decisiones de todas las personas con discapacidad, estableciendo las garantías y apoyos necesarios para el ejercicio de tales derechos (apartado 67). Asimismo, manifestó que la privación del derecho de voto de las

⁴³⁹ Art. 11 “Norme finali” de la Legge 13 de maggio 1978, número 180, “Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori”.

⁴⁴⁰ “Who will (not) get to vote in the 2019 European Parliament elections?": pág. 3, <https://fra.europa.eu/en/publication/2019/disability-voting-rights>

⁴⁴¹ Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, publicado por la Asamblea General de Naciones Unidas, Nueva York, 2015. Documentos Oficiales. Septuagésimo período de sesiones. Suplemento No 55 (A/70/55).

personas con discapacidad psicosocial constituye una violación del artículo 29 de la Convención (apartado 68).

Por su parte, la Unión Europea, como parte integrante de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad de forma independiente a sus Estados miembros, en consonancia con su ratificación, establece en su Carta de los Derechos Fundamentales⁴⁴², el derecho de sufragio activo y pasivo de todos los ciudadanos de la Unión Europea en las elecciones tanto al Parlamento Europeo (art. 39) como a las municipales (art. 40), en el Estado miembro en que resida.

IV. EL DERECHO DE SUFRAGIO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

A nivel nacional, la normativa relativa al derecho de sufragio ha experimentado sucesivas modificaciones como consecuencia de los vaivenes sociales y de la germinante sensibilización en materia de discapacidad⁴⁴³, especialmente en el área de accesibilidad en el ejercicio al derecho al voto de la persona con discapacidad física. Con relación a la persona con discapacidad intelectual o psicosocial, la atención legislativa no ha sido tan atenta ni profusa, debiendo esperar hasta época muy reciente para narrar el aclamado cambio normativo.

⁴⁴² Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 2016/C 202/ 02.

⁴⁴³ GÁLVEZ MUÑOZ divide la legislación en la materia en tres etapas: el período de indiferencia, presente en el arranque de la democracia y la normativa vigente en materia electoral, como es el Real Decreto Ley 20/1977, de 18 de diciembre; el período de visualización en cuyo seno el autor aloja de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, así como los ajustes posteriores a la misma y; por último, el período de sensibilización, fruto de la evolución normativa que comienza en el siglo XXI, acorde con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Real Decreto 422/2011, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales. A estos tres periodos, nos atreveríamos a sumar un cuarto, relativo a la reciente modificación de la Ley Electoral a través de Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. a fin de derogar las disposiciones restrictivas del derecho al voto de la persona con discapacidad. Véase GÁLVEZ MUÑOZ, L.A.: “El régimen de la participación electoral de las personas con discapacidad en los cuarenta años de democracia”, en *Revista de Derecho Político*, N° 100 (septiembre-diciembre 2017) págs. 1057-1096.

La Carta Magna reconoce el derecho a participar en asuntos políticos a todos los ciudadanos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23.1 CE). También promulga el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos establecidos en las leyes a todos los ciudadanos (art. 23.2 CE). Hasta aquí, la legislación sería totalmente acorde con la Convención, pero como establece el artículo 81, apartado primero, de la Constitución, las leyes orgánicas son las autorizadas para desarrollar el régimen electoral general. Atendiendo a la misma, actualmente, la regulación orgánica englobada en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General⁴⁴⁴ -al margen de los ajustes que parte de la doctrina entiende necesarios-, es subsumible a lo preceptuado en el artículo 29 de la Convención y a su contexto, al menos respecto al reconocimiento del derecho de sufragio de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial en igualdad de condiciones que el resto.

4.1. Modificación de la LOREG.

Antes de centrarnos en la normativa vigente, procedente de la modificación efectuada en 2018, vamos a analizar los antecedentes legislativos y jurisprudenciales anteriores a su promulgación, vigentes durante más de tres décadas, así como en su normativa complementaria, antecedentes inmediatos de la regulación vigente en la actualidad. En este contexto nos centraremos en el derecho de sufragio, especialmente en el derecho al voto de la persona con discapacidad intelectual o psicosocial, sufridora de la merma más radical en su derecho al libre desarrollo de la personalidad mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Así, la Ley del Régimen Electoral General (en adelante LOREG), privaba del derecho de sufragio a aquellos que fueren declarados “incapaces” (según el lenguaje de la norma) en sentencia judicial firme, siempre que la misma declarare de forma expresa la “incapacidad” para el ejercicio del derecho de sufragio (art. 3.1 b)). Asimismo, serían

⁴⁴⁴ Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. BOE de 20 de junio de 1985, núm. 147.

privados del derecho de sufragio, los internos en un hospital psiquiátrico con autorización judicial mientras dure su el internamiento, siempre que en la autorización judicial el Juez declarare de forma expresa la “incapacidad” para el ejercicio del derecho de sufragio (art. 23.1 c)).

El apartado segundo del antiguo artículo 23 de la LOREG hacía una importante precisión: “A lo efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicaran al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente”. Por tanto, como podemos comprobar, España se encontraban en el segundo modelo de reconocimiento del derecho al voto de la persona con discapacidad intelectual o psicosocial, por cuanto la única forma de restringir o privar del derecho a la persona es mediante decisión judicial, la cual ha de ser individualizada y argumentada en torno al derecho de sufragio de forma expresa. Teóricamente, como vemos, no se ajustaba al primer modelo sobre la restricción o privación del derecho de sufragio, puesto que dicha consecuencia no estribaba de forma automática del sometimiento a una institución tutelar de la persona con discapacidad, como ocurría en países como Hungría; sino que era preceptiva por imperativo legal, la argumentación separada y expresa sobre tal restricción o privación en el derecho de sufragio.

4.2. Dificultades para el ejercicio del derecho al voto presencial para las personas con discapacidad física.

Cabe precisar que, en el caso de la discapacidad física, la restricción se centra en la accesibilidad al acto de votación y en la falta de adaptación del procedimiento electoral, más no en la privación o limitación legal o judicial del derecho de sufragio, esto es, la dificultad -sin restarle importancia- se encuentra en el acto de la votación, el cual debe facilitar el Estado aportando los medios y recursos necesarios para evitar cualquier traba arquitectónica o informativa; más no en el acceso al derecho en sí. En base a ello, vamos a señalar los referentes normativos en cuanto a la accesibilidad de la persona con discapacidad física al derecho al voto, sin adentrarnos en su estudio, puesto que el mismo trasciende al objeto de este trabajo. Para ello, siguiendo el minucioso recopilatorio

legislativo y consecuente comentario de GÁLVEZ MUÑOZ⁴⁴⁵, es preciso traer a colación tanto la legislación relativa al acceso de la persona con discapacidad al edificio electoral como otras modalidades de votación, esto es, el voto mediante asistente o a distancia.

Respecto a la situación de aquellas personas que no pueden trasladarse al edificio electoral o, en su caso, una vez desplazados les es muy dificultoso -incluso imposible-, acceder dentro, el Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales⁴⁴⁶, recuerda en su artículo 1 que los locales electorales “deberán ser accesibles a las personas con limitaciones de movilidad”. Por su parte, la LOREG, en su Sección XII bajo el título “Constitución de las Mesas Electorales”, dibuja las líneas principales del acceso a la votación, imprimiendo en la figura del Presidente de la Mesa la máxima autoridad en el desarrollo del proceso electoral dentro del local electoral (art. 91.1), siendo el encargado de velar por el orden, libertad y accesibilidad. Por su parte, en relación con aquellos electores que bien no sepan leer, bien tengan alguna discapacidad que le impida o dificulte sobremanera la elección de una papeleta electoral y la consiguiente consecución del ejercicio del derecho al voto, el artículo 87, apartado primero, de la LOREG, prevé el apoyo prestado en estos casos a la persona con discapacidad por una persona de su confianza. Como señala GÁLVEZ MUÑOZ⁴⁴⁷, se presenta de esta forma el denominado “voto asistido”, operativo en dos momentos fundamentales del ejercicio del derecho de sufragio activo: la preparación del voto y su posterior entrega. Si bien, apunta el autor, esta opción atenta contra el principio de personalidad del voto, así como al principio de secreto del sufragio, más dota de efectividad al principio de universalidad del sufragio, que “constituye la base y hasta el alma misma del sistema democrático de nuestros días” y ha de prevalecer, aunque siempre se ha de abordar la alternativa menos gravosa en el ejercicio del derecho de sufragio, atendiendo al principio general de proporcionalidad de medios.

⁴⁴⁵ Con ánimo de profundizar más en la materia, véanse los estudios realizados por GÁLVEZ MUÑOZ, L.A., “Sufragio y discapacidad. Notas sobre el régimen de votación de las personas discapacitadas (I)”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, N° 142, (2008), págs. 201-230; y, “El régimen de la participación electoral de las personas con discapacidad en los cuarenta años de democracia”, en *Revista de Derecho Político*, N° 100 (2017), págs. 1057-1096.

⁴⁴⁶ Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales, BOE-A-1999-8583.

⁴⁴⁷ GÁLVEZ MUÑOZ, L.A. “Sufragio y discapacidad...” op. cit.

Como hemos mencionado el artículo 87.1 de la LOREG aborda tanto a las personas que no saben leer como a aquellas que debido a su discapacidad no puedan ejercer el derecho al voto. En este segundo grupo, se incluyen aquellas que tengan una discapacidad visual, a las que presta especial atención la normativa. Respecto a las mismas, el segundo apartado del precepto referido, señala la competencia gubernamental, previo informe de la Junta Electoral General, para acometer la regulación de un procedimiento de votación para las personas con discapacidad visual que les permita ejercer su derecho al voto, conservando el secreto del mismo, al menos en las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, al Parlamento Europeo y a los supuestos de referéndum⁴⁴⁸.

4.3. El ejercicio del derecho al voto a distancia.

La siguiente modalidad de ejercicio del derecho de sufragio activo que debemos tener en cuenta o que contempla la ley, es la vía del voto a distancia. Esta forma de ejercer el derecho procede tanto para españoles no residentes, como para aquellos que se encuentren hospitalizados o en situación asimilable, como para cualquier otro que no pueda o desee votar de forma presencial. Regulada en la Sección X bajo el título de “Voto por correspondencia” de la LOREG, en lo que aquí interesa, el artículo 72, manifiesta que la solicitud de certificado de inscripción en el censo para proceder al voto por correo deberá formularse personalmente en cualquier oficina de correos (apartados a) y b)). Pero no siempre es posible la presencialidad en la formulación de la solicitud, por ello el apartado c) del precepto, señala que en caso de enfermedad o incapacidad que impida la formulación personal de la solicitud, ésta podrá ser efectuada por un tercero en nombre del elector, siempre que sea autorizado por notario o funcionario consular competente,

⁴⁴⁸ A objeto de adecuar el procedimiento electoral a las personas con discapacidad visual, entre otros motivos, fue modificado el precepto por el artículo 3 de la Ley Orgánica 9/2007, de 8 de octubre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral, BOE-A-2007-17633, a fin de alcanzar la independencia de la persona en el seno del proceso electoral, sin necesidad de acudir al apoyo de un tercero, en igualdad de condiciones que el resto. El cambio legislativo necesario para lograr dicho fin se deberá realizar mediante reglamento, puesto que su alteración no requiere el proceso que una ley orgánica y al tratarse de una materia en continuo crecimiento y evolución puede sufrir posteriores reformas, es el medio preferente para proceder a ellas (Preámbulo in fine). En consonancia con ello, fue promulgado el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio de sufragio, norma que desarrolla al apartado segundo del artículo 87 de la LOREG y complementa a su apartado primero, al instaurar un procedimiento de voto accesible a las personas con discapacidad visual que utilicen el sistema Braille, mediante el cual puedan identificar las opciones de voto sin necesidad de ser asistidas por un tercero de confianza, garantizando con ello el secreto del sufragio (Preámbulo).

exista acreditación del estado de la persona mediante certificación médica oficial y gratuita, siendo el representante único e individual para cada elector, ostentado la competencia de la verificación de tales requisitos la Junta Electoral⁴⁴⁹.

4.4. Evolución del derecho al voto de las personas con discapacidad: doctrina y jurisprudencia.

Ahora bien, cabe destacar que antes de la Convención -e incluso, podríamos aludir a algunos pronunciamientos posteriores- un amplio sector judicial se apartaba del mandato legal, adoptando decisiones propias del primer modelo de restricción o privación del derecho al voto. De esta forma, en la misma resolución en la que se modificaba la capacidad del sujeto – o se “incapacitaba”, como regía en la normativa aplicable y de la que aún quedan vestigios en la vigente- se procedía a la restricción del derecho al voto sin justificación separada de tal decisión. De ahí que la doctrina venga entendiendo que la práctica judicial “se ha regido por un cierto automatismo”⁴⁵⁰, tratando la privación del derecho al voto como si fuera una “cláusula de estilo”⁴⁵¹ más de las que acompañan a la modificación de la capacidad de la persona. Dimanante de su competencia material, los Juzgados de primera instancia son los que, de forma habitual, han acuñado esta mecanización en sus resoluciones, acompañando la privación del derecho de sufragio al resto de cláusulas contenidas en la sentencia. Si bien, la mayoría de las salas de apelación tampoco se mostraron discrepantes frente a esta actuación -quizás sería más conveniente aludir a una omisión en la justificación de tal decisión-, a pesar de no recoger *de facto* el mandato legal establecido en la legislación electoral. De hecho, incluso si la segunda instancia revocaba determinados fallos de su antecesora como el régimen de guarda impuesto o la extensión en la “incapacitación”, reafirmaba el resto de la resolución, lo que incluye la privación del derecho de sufragio, respecto al cual, como regla general, no

⁴⁴⁹ La generalidad propia del precepto se detalla en los Reales Decretos 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales y 1954/982, de 30 de julio, por el que se aprueba el anexo cuarto del Reglamento Notarial, relativo al ejercicio de la fe pública en material electoral, BOE-A-1982-20739. Aunque cabe incidir en la abundancia de material legislativo que a lo largo de los años ha redundado en la materia y que no vamos a traer aquí.

⁴⁵⁰ PÉREZ ALBERDI, M.R., “Los derechos de participación política...” op cit., pág. 85.

⁴⁵¹ Expresión ampliamente acogida por la doctrina estudiosa de esta materia, perteneciente a DÍAZ ALABART. Entre otros, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., “Derechos políticos de las personas con discapacidad...” op cit., pág. 545 en reseña a DÍAZ ALABART, S., “El derecho de sufragio de las personas con discapacidad. La visión civilista”, *Revista de Derecho Privado*, número 96, 2012, págs. 14-15.

había pronunciamiento expreso⁴⁵². A pesar de esta extendida tendencia a considerar la privación o restricción del ejercicio -en algunos casos, se afirma del derecho- del derecho de sufragio como consecuencia automática de la incapacitación y proceder a la misma sin pronunciamiento expreso que argumente tal medida, también hubo salas en las que se aplicó fehacientemente lo preceptuado en la ley, esto es, la privación del sufragio fue fruto de una argumentación expresa. De forma que, obviaron el estándar y se pronunciaron de forma separada acerca de tal derecho, entendiendo que la entidad que le confiere ser un derecho fundamental, requiere precisión y argumentación en caso de considerar su restricción o privación⁴⁵³. A estos hay que añadir, aquellos juristas

⁴⁵² Muestra de esta actuación es la SAP (Sección 1ª) Sentencia núm. 435/1998 de 22 octubre (AC\1998\2263), consecuencia del recurso presentado tras la sentencia dictada en primera instancia en la que se privó a la persona con discapacidad del ejercicio de su derecho de sufragio. En apelación, a pesar de revocar parcialmente la resolución anterior en relación al órgano tutelar impuesto (el Juzgador considera cumplidas las funciones del defensor judicial nombrado en primera instancia, estipulando temporalmente a otro familiar de la demandada en tal cargo hasta que culmine el procedimiento de jurisdicción voluntaria competente para instaurar la tutela de la persona), se reafirma la declaración de incapacitación en el ejercicio del derecho de sufragio, sin argumentar dicha postura de forma independiente y argumentada, más allá de lo que supone el sumario del fallo de primera instancia y su aseveración. A este respecto, encontramos los pronunciamientos de las SAP de Valladolid (Sección 3ª) núm. 254/1999 de 21 julio (AC\1999\1988); de Álava (Sección 1ª) núm. 114/2002 de 17 abril AC\2003\1499; de Ávila núm. 48/2002 de 1 marzo AC\2002\849, Madrid (Sección 2ª) de 10 enero 2003 JUR\2003\92878. Similar proceder mantuvo la SAP de La Rioja núm. 138/1998 de 14 de marzo AC\1998\4154, donde tras el recurso de apelación iniciado por el Ministerio Fiscal se confirmó a la persona con discapacidad la incapacitación parcial con la correspondiente sujeción al régimen de curatela, pero omitiendo pronunciamiento alguno relativo a la incapacitación del “derecho” que no ejercicio de sufragio dictada en primera instancia. De orden similar a esta última se pronunciaron las SAP de Cantabria (Sección 2ª) núm. 240/2003 de 24 de abril JUR\2004\1556 y de Cuenca (Sección Única) núm. 81/2000 de 21 de marzo AC\2000\1152, teniendo como peculiaridad la estipulación de primera instancia en la que se procede a la “incapacitación total” de la persona con discapacidad, “incluso para el ejercicio de sufragio activo”, sin manifestación alguna sobre la vertiente pasiva del derecho. Sin embargo, a pesar de la consideración de la Audiencia respecto a la institución de guarda, revocando a su antecesora en relación a la tutela impuesta en pos de la curatela, más afín, a su juicio, con la situación de la persona, obvia en su pronunciamiento el derecho de sufragio de la persona y, por ende, no revoca el pronunciamiento anterior en este sentido. Es más, en la segunda de ellas, el Tribunal alude a la incompatibilidad existente entre la incapacitación absoluta y la curatela (FJ tercero), de ahí que en su resolución proceda a la incapacitación parcial, pero, de nuevo, sin abrir la cadena que cierra oprime al ejercicio del derecho de sufragio, en este caso, activo.

En otros casos, el proceder ha sido a la inversa, mientras que en primera instancia se declaraba una “incapacitación parcial” con el correlativo sometimiento de la persona al régimen de curatela, en apelación se procede a la “incapacitación total y absoluta” -tras el progresivo deterioro de la voluntad de la persona debido a la demencia senil que sufre-, con la designación de la institución de tutela y con la privación para el ejercicio del derecho de sufragio activo sin que medie explicación alguna de tal consecuencia, sino incluyéndola como una restricción más derivada de la “incapacitación”.

⁴⁵³ Fiel reflejo de este comportamiento es la STS (Sala de lo Civil) de 31 de diciembre de 1991, en la que el Tribunal, además de revocar la institución de guarda impuesta por la resolución de la que trae causa en favor de una curatela como institución intermedia que “refuerza, controla y encauza” la capacidad de la persona (FJ 2º); entendió que la privación del derecho de sufragio requiere su declaración expresa de

adelantados a su época, que iban un paso por delante del resto -o a días de camino respecto al pelotón- cuyos argumentos se acercaban paulatinamente a la Convención, aún estando en ciernes o sin haber llegado al útero legislativo⁴⁵⁴.

A pesar de los intentos de algunos juristas en aplicar convenientemente la legislación, lo cierto es que se ha recurrido frecuentemente al uso estandarizado de la cláusula de privación de sufragio sin exposición individualizada y argumentada de tal decisión, lo

acuerdo con el art. 210 C.c. Por ello, tras comprobar que la discapacidad de la entonces “incapacitada” no anulaba su personalidad, a la Sala no le pareció apropiado (incluso, coherente) privarla de un derecho cívico fundamental reconocido constitucionalmente como es el derecho de sufragio y, así revocó la anterior Sentencia también en tal sentido (FJ 3º). Este hilo argumental también fue defendido por la SAP de Murcia (Sección 1ª) núm. 532/2001 de 24 de noviembre (JUR\2002\36350), cuyo sumario describe la “reserva al incapaz de su derecho de sufragio”, siendo su fallo la ratificación de primera instancia respecto “incapacitación absoluta” de la persona pero revocando el pronunciamiento dirigido a la privación del ejercicio de su derecho de sufragio, pues citando la legislación electoral, la Audiencia recuerda que la incapacitación no conlleva ineludiblemente tal consecuencia, la cual merece un pronunciamiento expreso y razonado. También la SAP de Madrid (Sección 22ª) de 3 de noviembre de 1998 (AC\1997\2471), comparte esta argumentación, y reafirma la sentencia de primera instancia en la que se incapacitó de forma absoluta a la persona, pero conservando el ejercicio del derecho de sufragio activo; así como la SAP de Huesca núm. 119/2000 de 30 de abril AC\2002\1004, en la que aludiendo de forma directa a la LOREG, redundando en que la incapacitación no determina automáticamente la privación del derecho de sufragio, sino que se precisa una declaración expresa para llevarla a cabo, de forma que revoca la privación impuesta en primera instancia por el juzgador, la cual carecía de razonamiento (FJ 2º). En este caso, la incapacitación fue parcial, al igual que la establecida en la SAP de Madrid (Sección 22ª) de 11 de marzo de 1999 AC\1999\4314, estipulando en ambas la conservación del ejercicio del derecho de sufragio. Sin embargo, como hemos visto en ejemplos anteriores, alguna Sala consideró su mantenimiento, aunque la incapacitación fuere total y absoluta. No es el caso de la SAP de Asturias (5ª Sección) núm. 19 de 15 de enero de 1996 AC\1996\105, en la que Sala considera pertinente la privación del ejercicio del derecho de sufragio de la persona tras “la notoria disminución de la capacidad de razonamiento de la demandada, el grave deterioro de su memoria y sus dificultades de comprensión de la realidad...”. Ahora bien, considerando que la persona puede tener intervalos de lucidez, estima que no cabe limitación de testar, puesto que podría otorgar testamento en sus intervalos lúcidos ya que la ineficacia del testamento no deviene de la “incapacidad formal o incapacitación” de la persona sino de “la incapacidad natural que realmente presente en cada caso y momento el testador, debiendo reputarse garantías suficientes a efectos de evitar que una persona sin discernimiento suficiente pueda otorgar testamento” (FJ 3º). Así pues, no se utiliza el mismo argumento en relación al derecho de testar al de ejercitar el derecho de sufragio, no se planteaba la evaluación de la consciencia y autonomía de la persona por la autoridad competente en materia electoral, sino que directamente se le privaba de ella.

En este contexto, pero en tiempo posterior, se pronunciaban de forma exhaustiva la SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 10 de febrero de 2004 (JUR\2004\92268) y la SAP de Cuenca (Sección 1ª) número 7/2010, de 5 de febrero JUR\2010\112554, argumentando en base al artículo 3 de la entonces vigente LOREG la privación del derecho de sufragio de la persona.

⁴⁵⁴ A modo de ejemplo, aunque no sea plenamente subsumible en el contenido de la Convención, podemos citar las SAP de Huesca (Sección 1ª) número 146/2000, de 22 de junio JUR\2004\202558, que en consonancia con la legislación vigente revoca la resolución anterior en la que se privaba a la persona con discapacidad, tenedora de una discapacidad residual, del derecho de sufragio y se nombraba un representante legal; y, la SAP de Madrid (Sección 24ª) número 413/2006, de 5 de abril JUR\2006\159662. De forma menos explícita, pero en igual sentido, se pronunciaba la SAP de Álava (Sección 2ª) número 145/2005, de 13 de octubre, (JUR\2006\67550).

cual ha supuesto que desde distintas instituciones compelan al Estado español al cambio de normativa en pos de una más acorde a la normativa internacional.

Así, en orden temporal, es preciso traer a colación la Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas⁴⁵⁵ que, en su apartado quinto, trata la privación del derecho de sufragio en su vertiente activa de las personas sometidas a un procedimiento de modificación de la capacidad. En este documento, tras citar los preceptos recogidos en la Convención y en la Constitución, la Fiscalía centra su foco de atención en la ley electoral, precisando que la limitación del derecho de sufragio no es la regla general, sino la excepción. Por ello, los Jueces y Tribunales deberán pronunciarse expresamente en cuanto a la privación o limitación del derecho de sufragio, tras analizar la probatoria existente el “estado físico y psíquico del afectado” a objeto de determinar si puede “decidir de forma libre y consciente sobre quien ha de representarle en los asuntos públicos a los que se refiere el derecho de sufragio activo”.

Asimismo, recuerda la Instrucción que, bajo la preceptiva influencia de la Convención, se ha de respetar la autonomía de la persona con la capacidad modificada judicialmente en el ejercicio de sus derechos fundamentales, de forma que no cabe la privación general del derecho de sufragio. Mas, la resolución que determine la privación del derecho de sufragio, no se puede ceñir únicamente a la acreditación de que la persona “está impedida” para regir su esfera personal y patrimonial, sino que es necesaria la prueba de que a la persona en proceso de modificación de la capacidad no le es posible ejercitar su derecho de sufragio, “en función de una especial discapacidad para ello”, contemplando esta situación con carácter restrictivo, ya que abarca a un derecho fundamental y afecta al libre desarrollo de la personalidad del sujeto.

Esta capacidad para ejercitar el sufragio a la que alude la Instrucción se refiere, según sus palabras, a la “capacidad para ejercer el derecho de sufragio activo, aún sin desconocer la trascendencia social y política del mismo, únicamente precisa del análisis de la capacidad de la persona para realizar una manifestación de voluntad -el voto- expresiva de su opinión o decisión personal sobre las diversas ofertas electorales, la cual está en función de la formación cultural de cada persona y de sus sentimientos políticos”, sin ser

⁴⁵⁵ Instrucción 3/2020, de 29 de noviembre, sobre la necesidad de fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas. FIS-I-2010-00003.

admisible el voto por sustitución o por poder, dado que nos encontramos en el ámbito de los derechos personalísimos y, por definición, intrasmisibles. Si bien, precisa el órgano general, quedan al margen de tal imposibilidad, la provisión de medios y apoyos necesarios para que la persona pueda ejercita su voto, pero sin representación, constituyendo tal puntualización, a su juicio, la garantía recogida en el apartado tercero del artículo 29 a) de la Convención, relativa a la asistencia personal para votar.

4. El derecho al voto en España bajo la influencia de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Observación final a España en 2011⁴⁵⁶, dedica al derecho de participación en la vida política y pública, los apartados 47 y 48 de su Informe, donde pone de manifiesto su preocupación ante la restricción o privación del derecho de voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, inquietándole que esta sea la regla general y no la excepción, dado en número de personas privadas de tal derecho. De igual forma, pone sobre la mesa las carencias que presenta la normativa en materia de prueba, preceptiva para la privación de un derecho fundamental, puesto que la misma no contempla de forma rigurosa los motivos y criterios que han de seguir los jueces para decidir la privación del derecho. A modo de recomendación, el Comité propone revisar la legislación relativa al derecho de sufragio, en pos de terminar con cualquier discriminación, aconsejando la modificación del artículo 3 de la Ley electoral, para que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar, a ser elegidas para desempeñar un cargo público, teniendo acceso al apoyo que necesiten.

V. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LOREG.

Este malestar sobre la legislación y aplicación de la LOREG anterior a la reforma de 2018, también fue desgranada por el CERMI, en su informe sobre España de 2014 para la Convención de la ONU y los Derechos Humanos⁴⁵⁷. Por su parte, el Comité volvió a

⁴⁵⁶ Observación final del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad formulado a España en 2011, fruto del sexto período de sesiones donde se examinaron los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención, entre el 19 al 23 de septiembre de 2011. CRPD/C/ESP/CO/1.

⁴⁵⁷ El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), como organismo independiente nombrado por el Estado español para el seguimiento de la aplicación de la Convención

incidir sobre este punto a nivel global, en su Observación general número 1 de 2014⁴⁵⁸, exponiendo que la forma de hacer plenamente efectivo el reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones es abarcar todos los aspectos de la vida, en el que se incluye la vida pública y política. De manera que la capacidad de adoptar decisiones no puede derivar en la exclusión de derechos políticos a las personas con discapacidad, debiendo los Estados parte adoptar los mecanismos necesarios afín de proteger y promover tales derechos. Así pues, deberán garantizar el acceso a los apoyos que requieran en la participación de la vida política, tanto en el sufragio activo como en el pasivo.

Estas preceptivas recomendaciones han ido incorporándose paulatinamente a la doctrina jurisprudencial, si bien no en la misma forma y con igual intensidad, sí denotan una marcada diferencia con la extensa línea jurisprudencial anterior. La privación o restricción del derecho de sufragio pasa a ser la excepción, abordando tal limitación de forma argumentada y expresa, siendo la regla general el reconocimiento del derecho de sufragio⁴⁵⁹. Si bien, como señala CUENCA GÓMEZ⁴⁶⁰, entre las sentencias que acogen la exacta interpretación del antiguo artículo 3 de la LOREG, encontramos aquellas que sitúan “un estándar bajo de capacidad”, ponderando los intereses en juego de la forma más favorable a la conservación del derecho de sufragio por la persona con la capacidad

Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, elaboró el citado Informe, describiendo la situación de las personas con discapacidad en España en atención a distintos derechos, siendo uno de los aludidos el derecho a la participación en la vida política, donde hace referencia a distintas denuncias relacionadas por la privación o restricción del derecho de sufragio, así como aplaude el avance llevado a cabo por la SAP de Valencia (Sección 10ª) número 304/14 al restituir el derecho al voto de una persona previamente declarada incapaz, acuñando el contenido de la Convención como eje conductor de su resolución.

⁴⁵⁸ Observación general del Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, número 1 de 2014. CRPD/C/GC/1.

⁴⁵⁹ Vid. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 421/2013, de 24 de junio (RJ\2013\3948), donde el Tribunal llegar a afirmar que “En ningún caso queda afectado el derecho de sufragio del que se le priva sin justificación alguna”, puesto que en primera instancia no se argumenta nada al respecto sino que directamente al proceder a la modificación de su capacidad, se priva del derecho de sufragio a la persona con discapacidad. En similar sentido se pronuncia la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 341/2014 de 1 de julio (RJ\2014\4518), de hecho, cita la sentencia 421/2013 que abre camino a esta nueva corriente doctrinal, más acorde con el modelo social de la discapacidad; incidiendo en el papel fundamental del órgano juzgador en la valoración de la capacidad del sujeto para restringir un derecho fundamental. De ahí la importancia de precisar el contenido legal.”

⁴⁶⁰ CUENCA GÓMEZ, P., “El derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. La adaptación de la legislación electoral española a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Derechos y Libertades*, número 38, Época II, enero 2018, págs. 171 a 202.

modificada judicialmente o inserta en tal procedimiento, como resoluciones que “elevan el nivel de capacidad requerido”, extendiendo el campo de privación del derecho.

Dentro de este primer grupo, encontraríamos, entre otros tantos, los pronunciamientos del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017 y de 4 de marzo de 2018, manteniéndose en ambos el derecho de sufragio, alegando el primero de ellos, la redacción dada por el Ministerio Fiscal en el caso que trae causa, de forma que “el discernimiento de ésta sobre la acción política de una determinada candidatura es lo suficiente para tener un mínimo criterio con suficiencia para el fin indicado” y, por ende, la persona no puede ser privado de él.

En el segundo grupo de sentencias, más proclive a la restricción o privación del derecho de sufragio al mantener un estándar de capacidad elevado para considerar el ejercicio de tal derecho, encontramos la STS de 17 de marzo de 2016⁴⁶¹, cuya interpretación de la Convención, así como el razonamiento expuesto en la privación del derecho de sufragio, han suscitado fuertes críticas entre la doctrina⁴⁶². La Sección 1ª de la Sala de lo Civil de nuestro Alto Tribunal abordó, desde una perspectiva bastante restrictiva, el ejercicio del derecho de sufragio de la persona con discapacidad, contrario al argumento del Ministerio Fiscal, de los padres que interesaron la modificación de la capacidad y de la propia persona con discapacidad. El Tribunal consideró que se habían cumplimentado todas las normas contenidas en la Convención, en concreto en su artículo 12, puesto que se preguntó a la persona en proceso de modificación de la capacidad acerca de los partidos políticos para que los mencionara -en lugar de mostrarle unos pictogramas con las siglas, tal como puntualizan los progenitores-, entendiendo que la decisión de privación de sufragio activo es compatible con la Convención -que propugna el igual reconocimiento de capacidad jurídica, tanto en la vertiente de titularidad como en la de ejercicio- y, además, considerando que “la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental” es “regla y no excepción”, sin perjuicio de la preceptiva argumentación acerca de la privación del derecho. En base a lo que hemos visto, podríamos decir que si la Convención tuviera cuerpo y alma, se hubiera sentido bastante irritada ante tal razonamiento. Dentro de este colectivo, encontramos también el Auto del Tribunal

⁴⁶¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 181/2016, de 17 de marzo (RJ\2016\846).

⁴⁶² Por todos, CUENCA GÓMEZ, P., “El derecho al voto de las personas ...” op. cit.

Constitucional de 28 de noviembre, tras el recurso de súplica promovido por el Ministerio Fiscal⁴⁶³, calificado por alguna autora como “devastador”⁴⁶⁴ por su lejanía con la Convención y con los avances logrados hasta la fecha. No obstante, hay quien, a pesar de señalar su desafortunada postura, considera que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional fue crucial en la reforma de la LOREG, consiguiendo lo que entienden como un “efecto rebote”⁴⁶⁵ que, en lugar de desalentar el cambio, hizo que brotara ese espíritu de lucha con mayor fuerza y ahínco.

VI. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 3 DE LA LOREG A TRAVÉS DE LA LEY ORGÁNICA 2/2018 DE 5 D DICIEMBRE.

Como podemos apreciar, las demandas de los distintos organismos nacionales e internacionales, cada vez más frecuentes, así como el progresivo apoyo de la jurisprudencia mediante resoluciones más reivindicativas de la Convención, supusieron el caldo de cultivo previo a la posterior reforma, dado que la presión en cuanto a las carencias del artículo 3 de la LOREG, así como su desafortunada aplicación en muchos casos, culminó en una modificación con escasos precedentes legislativos. Dicha reforma de la LOREG viene de la tecla de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, cuya modificación del Régimen Electoral⁴⁶⁶ nace para garantizar el derecho de sufragio a todas las personas con discapacidad. A tenor de su Exposición de Motivos, la reforma del artículo 3 conlleva la plena adaptación y aplicación de la Convención en materia del derecho fundamental a la participación política, en España, tras constatar que la legislación anterior “chocaba” con el principio de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución y en la Convención.

⁴⁶³ Auto del Tribunal Constitucional número 196/2016, de 28 de noviembre (JUR\2017\32326), que cuenta con el Voto particular formulado por la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, en el que desgrana su disconformidad con el contenido del Auto, así como la discrepancia de este con la legislación reguladora de la materia.

⁴⁶⁴ CUENCA GÓMEZ, P., “El derecho al voto de las personas...” op.cit. pág.194 *in fine*.

⁴⁶⁵ Véase GÁLVEZ MUÑOZ, L.A., “Los pilares de la reforma electoral de 2018 para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, número 32, 2019, págs. 104 y ss.

⁴⁶⁶ Ley Orgánica 2/1018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

De esta forma, el artículo 3 de la LOREG fue, junto con la creación de una disposición adicional, el único foco de reforma de la mencionada Ley Orgánica. Bajo esta premisa, fueron suprimidos los apartados b) y c) del apartado primero del artículo 3, relativos, respectivamente, a la privación del derecho de sufragio de las personas con la capacidad judicialmente modificada, siempre que en se declarare expresamente en la resolución la incapacidad de la persona para el ejercicio del derecho de sufragio y, por otro lado, la supresión de este derecho a los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial expresa en tal sentido, mientras durase el internamiento. De esta forma, las únicas personas, mayores de edad, que pueden ser privados de su derecho de sufragio son los “condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento” (art. 3.1 a) LOREG).

Mientras, el apartado segundo, queda redactado de la siguiente forma: “2. Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”. La modificación radica en la parte históricamente más problemática en cuanto a regulación, como es la vertiente activa del derecho de sufragio, puesto que la esfera pasiva no evidencia legislativamente discriminación alguna. Ahora bien, la realidad dista mucho del papel porque, ¿cuántos cargos electos conforman personas con discapacidad?⁴⁶⁷ Quizás haya más de los que pensamos, puesto que la discapacidad no siempre es evidente ni notoria. Pero lo que tenemos por cierto es la ausencia de regulación suficiente con relación a los apoyos con los que puede contar la persona con discapacidad, ya sea en su vertiente activa, ya en su vertiente pasiva, al margen de la información que recaben de los

⁴⁶⁷ Con el planteamiento de esta cuestión hacemos referencia a la oportunidad. Es decir, que la persona con discapacidad tenga los medios y apoyos que precise para optar al cargo electo que pretenda, lógicamente en función de su voluntad, de sus facultades intelectivas y volitivas y de sus conocimientos, aplicando los principios de mérito y capacidad que se establecen para cualquier optante, más para que la persona con discapacidad sea participe de dicha carrera electoral es necesario que se encuentre en igualdad de condiciones que el resto de participantes, lo cual sólo se consigue con la aportación de recursos. Metafóricamente sería como un niño que, como consecuencia de una enfermedad o accidente, pierde una de sus piernas, sin ser ello obstáculo a su sueño de ganar un maratón. Lógicamente, el pequeño tiene que entrenarse continuamente y, aún así encontrará muchas más dificultades, derivadas de sus capacidades motoras, que otra persona que pueda correr con sus dos piernas. La sobrecarga muscular es mucho mayor en la pierna del pequeño y ello no asegura que pueda correr. Ahora bien, si le implantan una prótesis actual, articulada, fuerte y precisa, el pequeño tendrá muchas más posibilidades de rozar la meta, porque tendrá dos factores fundamentales: la fuerza inconmensurable de la voluntad y el apoyo ante la adversidad.

distintos organismos y asociaciones promotoras de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Por último, la disposición adicional octava introducida por la reforma operada por la LO 2/2018, promulga una disposición retroactiva consistente en la resolución de ineficacia de las limitaciones impuestas en el ejercicio del derecho de sufragio, dictadas en instancia judicial bajo el mandato del art. 3.1. b) y c) de la LOREG. Tras esta disposición, aquellas personas a las que se hubiere limitado o privado de su derecho de sufragio en razón de discapacidad “quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley”. De esta forma, toda persona con discapacidad tiene derecho a ejercitar su derecho de sufragio. Cosa distinta es que lo ejercite o lo pueda ejercitar.

La reciente jurisprudencia, en aplicación del reformado artículo 3 LOREG, así como de la Convención, recuerda, entre otras, las siguientes consideraciones:

- Que la reintegración del derecho de sufragio a aquellas personas con discapacidad a las que les fue limitado o privado como consecuencia de la modificación de su capacidad, actúa *ipso iure*⁴⁶⁸.
- Que el derecho de sufragio es un derecho de carácter fundamental, reconocido a todas las personas por igual, no susceptible de limitación o privación. Consecuentemente, la interpretación razonable del reformado art. 3 LOREG, no conlleva la puesta en tela de juicio de la tenencia o no del derecho, puesto que la misma está fuera de duda en el caso de la persona con discapacidad, independientemente de la concurrencia de “los requisitos de conciencia, libertad y voluntariedad necesarios para que, aun pudiendo superar las dificultades de comunicación, se ejerza el derecho”, puesto que el reconocimiento del derecho ya no constituye objeto del proceso⁴⁶⁹.
- La afectación de la capacidad de entender y de decidir, de conocer y de querer, no supone una merca en cuanto al reconocimiento de derechos tales como la igualdad, la libertad, la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad del sujeto. La pretensión de la legislación es la de permitir y favorecer el ejercicio de los derechos políticos, en concreto el derecho de sufragio, por las personas con

⁴⁶⁸ STSJ de Cataluña núm. 43/2019, de 17 de junio.

⁴⁶⁹ SAP de Barcelona (Sección 18ª) número 33/2020, de 20 enero (AC\2020\126) (FJ1º)

- discapacidad, contando con los apoyos y medios necesarios a tal efecto y estableciendo las salvaguardias procedentes en pos de evitar posibles abusos⁴⁷⁰.
- De acuerdo con la normativa en materia de discapacidad, no cabe el razonamiento diferenciador entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, con la correspondiente presunción iuris tantum que permite prueba en contrario, puesto que todas las personas tienen igual reconocimiento ante la ley de su derecho de participación política⁴⁷¹.
 - No cabe la tutorización del derecho de sufragio de la persona con discapacidad, siendo improcedentes las medidas judiciales de vigilancia y seguimiento en el ejercicio de tal derecho al objeto de limitar la “instrumentalización del ejercicio del derecho al voto”⁴⁷².
 - A partir de la reforma, no es procedente la privación o limitación del derecho de sufragio de la persona con discapacidad por sentencia judicial⁴⁷³.

VII. EL EJERCICIO INDIVIDUAL DEL DERECHO AL VOTO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN.

Ahora bien, a pesar de la congruente interpretación y aplicación de la nueva normativa en sede judicial, la reforma del artículo 3 LOREG no ha estado exenta de crítica como consecuencia de sus carencias, a juicio de un amplio sector doctrinal.

El principal escollo en la materia, se presenta bajo el temor hacia la sombra de la manipulación del voto, abuso o influencia indebida de que puede valerse un tercero para conseguir el voto de la persona con discapacidad. No podemos obviar el hecho de que, en la práctica electoral, puedan existir aprovechamientos injustos, quizás de modo evidente, quizás de manera sutil. Es cierto, como recoge parte de la doctrina, que aprovechamiento

⁴⁷⁰ SAP de Barcelona (Sección 18ª) número 29/2020, de 17 enero (JUR\2020\53777) (FJ1º).

⁴⁷¹ SAP de Barcelona (Sección 18ª) número 80/2020 de 29 enero (JUR\2020\58413), y número 62/2020 de 24 enero JUR\2020\54238, ambos en el FJ 1º. Realmente, esta Sección de la Audiencia Provincial, reproduce toda la argumentación en torno al reconocimiento de derecho de sufragio de la persona con discapacidad.

⁴⁷² SAP de Barcelona (Sección 18ª) número 852/2019 de 18 diciembre JUR\2020\44880.

⁴⁷³ Véase, entre otras, la SAP de Vizcaya (Sección 4ª) número 1120/2019, de 28 de junio JUR\2019\253915, número 769/2019 de 14 de mayo JUR\2019\227493, número 759/2019 de 14 de mayo JUR\2019\227601, número 629/2019 de 15 de abril AC\2019\1131.

siempre puede existir, medie o no discapacidad, el tercero se puede valer de engaños (imaginemos un pueblo, donde el postulante a alcalde de uno de los partidos, promete cierto trabajo a los votantes, cierta mejora), falseamiento de la realidad, coacciones... Pero que pueda darse en cualquier circunstancia no obsta a que se intente garantizar el voto libre de la persona. Mas, en una reciente regulación, de la cual se pide no solo que sea completa, sino eficaz. El voto de cualquier persona debe ser emitido en libertad, de forma consciente y voluntaria, pero no una consciencia de conocimiento de cada programa electoral, del proceso, de la dinámica o de los distintos miembros, porque si esta regla se aplicare, habría de predicarse para todo votante y entonces, se reduciría ostensiblemente el número de los mismos. Nos referimos a una consciencia del acto, de entender y querer votar, sin entrar en la diatriba jurídica que supone, sino evitando situaciones las situaciones conducentes al aprovechamiento. Claramente la teoría es muy ventajosa, pero, ¿qué ocurre cuando en la práctica se da esa manipulación evidente de la persona? Es decir, cuando de forma notoria, la persona tiene mermadas sus facultades volitivas e intelectivas, de forma que no entiende ni, en su caso, quiere o le es indiferente, la votación, pero hay un tercero que presiona para realizar el acto, mermando la libertad de decisión del sujeto ¿cómo se puede garantizar la libertad de voto o, al menos, evitar ese aprovechamiento?

Esta cuestión ha sido planteada en la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, de la Junta Electoral, relativa a la aplicación de la modificación efectuada en la LOREG por la LO de 2018⁴⁷⁴, cuyo apartado segundo, aclara que las Mesas Electorales “deberán admitir el voto de cualquier persona con aparente discapacidad que se encuentre inscrita en el censo electoral”, valiéndose de los medios y apoyo que precisen para ejercitar dicho acto, tales como “alguien que les acompañe, o de algún medio material para trasladar los o sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral”. Ahora bien, “en el supuesto de que algún miembro de una Mesa Electoral, o alguno de los interventores o apoderados adscritos a esa Mesa considere que el voto de una persona con discapacidad no es ejercido de forma consciente, libre y voluntaria, lo podrá hacer constar en el acta de la sesión, pero no se impedirá que dicho voto sea introducido en la urna. En esa manifestación de constancia, el acta identificará al elector únicamente por le número de su Documento

⁴⁷⁴ Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre aplicación de la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

Nacional de Identidad o, en su caso, por el documento identificativo que aporte”. La constancia de la evidente ausencia o falta de consciencia y voluntad en el acta de sesión, ha suscitado cierto rechazo por parte de la doctrina, entendiéndose que discrepa con la esencia de la legislación electoral, puesto que, al no establecer un límite o grado alguno de capacidad, no se va a poder impugnar el acto de la votación.

Asimismo, PÉREZ ALBERDI⁴⁷⁵, no sólo se plantea la disyuntiva citada sino que entiende incompatible la regulación de la LOREG con el contenido esencial del derecho de sufragio, de manera que la ausencia de la autodeterminación política como “condición inherente a la idea de participación política” no supone una participación libre en el ejercicio del derecho de sufragio. Por ello, a juicio de la autora, la capacidad política del sujeto sería un elemento esencial a tener en cuenta en relación al derecho fundamental de sufragio activo y, dado que en sede de un derecho personalísimo no cabe sustitución, la única alternativa que encuentra viable es la “restricción del derecho de sufragio a aquellas personas que carezcan de la mínima capacidad volitiva o intelectual”⁴⁷⁶. Esta tesis que tantos años hemos visto aplicar en la práctica, ha tenido consecuencias desastrosas, relativas a la coartación de un derecho reconocido como fundamental por las instancias nacionales e internacionales. Como señala CUENCA GÓMEZ⁴⁷⁷, la previsión legal de una excepción al derecho de sufragio de forma legal, conllevaría un grave peligro dada la tendencia anterior en la aplicación de la normativa sobre discapacidad a convertir en regla general, la excepcionalidad. Se precisa, como establece la autora, que se establezcan las medidas oportunas para garantizar la efectividad del ejercicio del derecho de sufragio en igualdad de condiciones

De esta forma, la garantía del ejercicio libre y consciente no dimana de la restricción, como tampoco lo hace la elevación de cierto estándar de capacidad para emitir el voto válido en base a ciertos conocimientos del proceso electoral, puesto que, de acuerdo con

⁴⁷⁵ Vid. PÉREZ ALBERDI, M. R., “Los derechos de participación política de las personas con discapacidad”, en *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, número 1, vol. 9, enero-junio 2019, págs. 83 a 107.

⁴⁷⁶ En este sentido, sustenta su argumentación en la posible lesión de la dignidad de la persona con discapacidad como consecuencia de su instrumentalización, elucubrando que “en el mejor de los casos no ejercerá nunca el derecho o, en cualquier otro, será utilizada por terceros”.

⁴⁷⁷ CUENCA GÓMEZ, P., “El derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. La adaptación de la legislación electoral española a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Derechos y Libertades*, número 38, Época II, enero 2018, págs. 171 a 202.

la Convención, el fundamental principio de igualdad y de capacidad jurídica, no es plausible estipular tal nivel de exigencia en el ejercicio del derecho de la persona con discapacidad respecto al resto, mucho menos estandarizar unos requisitos difíciles de abordar para la mayoría de ciudadanos. Ello supondría no sólo un atentado contra el principio de igualdad sino la obligación de que las personas con discapacidad tuvieran una profundidad de conocimiento y discernimiento muy superior a la media, lo cual tampoco es viable desde una perspectiva ética ni jurídica⁴⁷⁸.

En última instancia, se ha planteado la falta de precisión en la reforma respecto a la provisión de apoyos, ya que el artículo 3 LOREG, omite cualquier manifestación descriptiva del apoyo. Parte de la doctrina hecha en falta mayor puntualización o extensión respecto a los apoyos⁴⁷⁹ que pueden nutrir la actuación de la persona con discapacidad. Esa ausencia o falta de presencia de especificaciones concretas la podemos interpretar, a nuestro juicio, desde dos vertientes: una negativa, en la cual manifestamos la necesidad de preceptuar los apoyos pertinentes y, otra positiva, en la cual entendemos que al no recoger la normativa una lista cerrada de apoyos para cada discapacidad, podemos hacer una interpretación abierta y extensiva. De forma que al no establecer ninguna pauta acerca de la provisión de apoyos, puede ser válido cualquiera que se presente.

En cualquier caso, ante esta situación, entendemos que la opción más eficaz será aquella que sea más beneficiosos para la persona, en base a su voluntad y necesidades. Mas, al margen de la interpretación que hagamos del precepto, lo cierto es que siempre se puede contactar con las organizaciones de personas con discapacidad a modo informativo en relación a cualquier punto, esto es, si desconocemos el apoyo que sería más conveniente y así lo manifiesta la persona que quiere votar, pero no sabe cómo hacerlo de qué medios precisaría⁴⁸⁰. En este sentido, no hubiera estado de más la mención a dichos organismos en relación a la facilitación de apoyo humanos, técnicos y/o materiales que faciliten la interpretación y emisión del voto, en favor de la completitud del precepto, quizás,

⁴⁷⁸ En este sentido, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., “Derechos políticos de las personas con discapacidad...” op. cit.

⁴⁷⁹ Por todos, PÉREZ ALBERDI, M. R., “Los derechos de participación política...” op. cit.

⁴⁸⁰ MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., *Derechos fundamentales y discapacidad*, Ediciones Cinca, 2015, págs. 104 y ss.

salvando las distancias, de forma similar en este punto a como lo hace el nuevo artículo 56, párrafo primero, del Código civil, que entrará en vigor el día treinta del mes en curso.

Sin duda, el reconocimiento del derecho al ejercicio del voto debe ser universal, puesto que la inclusión de cierta excepcionalidad a priori irrumpe de forma turbulenta en la amplia senda de la interpretación jurídica del precepto, posibilitando la conversión de la excepcionalidad en generalidad como ha quedado demostrado en la práctica judicial descrita con anterioridad a la modificación legal. Ahora bien, la ausencia de garantías posterior al reconocimiento sita en el acto de votación, también supone un perjuicio para la persona, pero no sólo para la teniente de discapacidad sino para cualquier votante. Por ello, echamos de menos en la legislación algún mecanismo que actúe de forma excepcional en aquellos supuestos donde la persona no emita su voto de forma libre, consciente y voluntaria. Lo contrario también confrontaría con la Convención, puesto que si no está presente la decisión del sujeto ni su voluntad, estará presente la de otro, lo cual cercena los derechos del votante.

Ahora bien, ¿cómo se prestan estas garantías durante el trascurso del acto de votación? A este respecto, coincidimos con el razonamiento de CORERA IZU⁴⁸¹ acerca del criterio a seguir para garantizar el derecho al voto de la persona con discapacidad, a lo que añadiríamos la garantía en el derecho al voto de cualquier persona, con o sin discapacidad. El autor señala, a modo de referente, la novedosa regulación sobre el derecho a contraer matrimonio contemplada en el artículo 56 C.c., el cual en consonancia la Dirección General de Registros y del Notariado⁴⁸², entiende que la capacidad necesaria para consentir el acto matrimonial es la capacidad de querer y entender y, a modo de excepción, en caso de que la persona evidencie tal perturbación en sus facultades intelectivas y volitivas pese a las medidas de apoyo, podrá el funcionario competente recabar dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento matrimonial (art. 56, párrafo segundo).

En este sentido, el principal problema que atisbamos en la comparativa de ambas regulaciones, además, por supuesto, de la ausencia de garantía en la legislación electoral,

⁴⁸¹ CORERA IZU, M., “Discapacidad y derecho al voto”, *LaLeydigital*, número 1592, 2018.

⁴⁸² Vid. Resolución Circular de 23 de diciembre de 2016, de la Dirección de Registros y del Notariado.

es la competencia de la autoridad en la Sala. En el caso de la tramitación del expediente matrimonial o, en la celebración del matrimonio, la autoridad competente es un funcionario del Estado, al que se le presumen ciertos conocimientos en la materia y habilidad a la hora de constatar la capacidad necesaria para emitir el acto matrimonial. Si bien es cierto que, en cualquier caso, sería conveniente cierta especialización en la materia, además de sensibilización. Pero, en la Sala electoral, siendo la autoridad que asegura la libertad de los electores y el mantenimiento de la ley es el Presidente de la Mesa (art. 91.1 LOREG), un ciudadano elegido aleatoriamente que, en este sentido, carece -en principio, puesto que no es elegido en base a su experiencia ni saber- de los conocimientos y de las presunciones del funcionario. Por ello, si entendiéramos que el Presidente de la Mesa es quien, en caso de apreciar la falta de libertad, voluntad y/o consciencia en la persona, debido a una discapacidad o como consecuencia de cualquier trastorno o afectación de las facultades intelectivas y volitivas temporal; debe paralizar el acto de votación en referencia a ese ciudadano concreto, debería quedar tal función perfectamente desgranada en la legislación electoral, tanto la función como el procedimiento a seguir, de forma que la subjetividad no suponga una merma del derecho y se aplique con excepcionalidad.

A modo de propuesta, quizás fuere conveniente, ya que el Presidente de la Mesa es la “autoridad exclusiva” dentro del local que, en caso de apreciar, la falta de libertad, voluntad o consciencia de una persona, pueda hacer unas preguntas a la persona o una breve entrevista afín de contrastar su percepción -que ha de tener cierto sustento, no cabe una mera impresión- o, en su caso, contactar con un fedatario público, el cual tiene acceso a lo locales electorales (art. 91.3 LOREG), para que verifique el acto electoral. Por otro lado, en caso de pequeñas entidades locales, donde la opción prevista no es viable, quizás sería conveniente que realizare dicha constatación las fuerzas de policía que como funcionarios se les presume conocimiento y autenticidad, teniendo además la obligación de prestar “auxilio” al Presidente de la Mesa, del tipo que requiera (art. 92 LOREG).

Quizás la exposición prevista en párrafos anteriores reviste la forma de meras elucubraciones, pero el trasfondo sigue siendo el mismo que denotábamos al principio: la necesidad de garantías en el ejercicio de sufragio. Garantías, no restricciones ni privaciones *ab initio*.

CAPÍTULO IV

FIGURAS DE APOYO DERIVADAS DE LA AUTODETERMINACIÓN DE LA PERSONA CON CAPACIDAD JURÍDICA

I. EL SISTEMA DE APOYO EN LA TOMA DE DECISIONES.

Uno de los pilares fundamentales en los que se asienta la Convención es en la figura del apoyo. El reconocimiento de igual capacidad jurídica en todas las personas con discapacidad, abarcando tanto su vertiente de titularidad como de ejercicio, precisa de cierto respaldo, y este se lo confiere la figura del apoyo, tan amplia, extensa y versátil como la propia discapacidad, ese “traje a medida” al que aludía la jurisprudencia ha de ser minuciosamente confeccionado.

El apoyo no ha de venir siempre precedido de un pronunciamiento judicial, de hecho, en la mayoría de las ocasiones, no lo hace, sino que nace de la conjunción entre la voluntad de la persona con discapacidad y la aceptación de ese familiar, amigo, profesional... en el que confía y con el se siente respetado en sus decisiones. El apoyo puede revestir distintas formas, ceñir su colaboración a un ámbito concreto o diverso, ser individual o colectivo, material y/o intelectual... El apoyo es flexible, o al menos debe serlo de acuerdo con la Convención y con la realidad social, pues es necesario que se adapte a las necesidades y/o intereses de la persona, los cuales varían de un sujeto a otro, puesto que cada persona cuenta con voluntades, opiniones, gustos, deseos y preferencias que deben ser respetadas, en la medida de lo posible. La trayectoria vital de cada uno de nosotros no es la misma, puede que tengan elementos en común y vivencias compartidas o comunes, pero incluso la misma situación, podemos vivirla de forma distinta, de ahí que

necesitemos que el apoyo sea individualizado y personalizado, puesto que la generalidad conllevaría mayor perjuicio que virtud, dado que las necesidades no son idénticas en las personas, aún cuando las circunstancias fueren similares. Es como si todos aquellos que tienen algún problema visual, se les dotare de las mismas gafas, con idéntica graduación, tamaño y modelo. En cualquier caso, hay muchas otras opciones disponibles, que se adaptan mejor a los gustos, intereses y/ necesidades de la persona, tal y como señala la Convención cuando hace referencia al respeto a las preferencias de quien lo precisa.

En este sentido, destacamos como la palabra “apoyo” aparece diecinueve veces a lo largo de la Convención y no es baladí que su uso se extienda a lugares destacados en el articulado; porque el instrumento internacional intenta que la figura arraigue en el legislador de los distintos ordenamientos jurídicos firmantes. En ningún momento, pone nombre a ese apoyo, dejando libertad a los Estados en cuanto a las formalidades que presente, pero incidiendo en el compromiso de los entes estatales en la adopción de “medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” (art. 12, apartado tercero, de la Convención). Con esta última afirmación (“apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”) deja abierto un gran abanico de posibilidades, las cuales se individualizarán en dependencia de la persona concreta que precise apoyo.

En todo este entramado donde predomina el rasgo de flexibilización, hay un hilo conductor que enlaza todo el proceso relativo al apoyo, y esa hebra es la voluntad de la persona, la cual va tejiendo a lo largo de los años, pudiendo variar, enlazando nuevos retales. Lógicamente, la voluntad no siempre está presente en las personas y, desde luego, no se manifiesta de la misma forma⁴⁸³. A veces se encuentra mermada, aún siendo posible conocer cuál fue en momentos previos, otras, persistirá en la ausencia que lleva toda la vida acaparándola, sin manifestación, y, en otras tantas, la voluntad necesitará información, confianza y sostén. En este sentido, la variabilidad de la voluntad puede radicar en la presencia de una discapacidad que afecte a las facultades intelectivas y volitivas de la persona, cuya tenencia es imprevisible. Todos estamos expuestos a la vida,

⁴⁸³ RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: “Notas sobre el apoyo a la autodeterminación de la persona incapacitada en el Código Civil a partir de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad”, en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. y PEREÑA VICENTE, M. *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Wolters Kluwer, 2011, págs. 347 a 372.

por tanto, todos somos susceptibles de la tenencia de una discapacidad que afecte a nuestra capacidad natural de querer y entender, ya que, biológicamente, se determina por diferentes causas, las cuales pueden presentarse desde el nacimiento de la persona, a consecuencia de una patología, un accidente o cualquier otro motivo. Del mismo modo, que estamos expuestos a la discapacidad, lo hacemos a su variabilidad o reversión, puesto que los adelantos científico tecnológicos son progresivos pueden modificar o renovar la situación de la persona. En consonancia con esta realidad social, biológica y científica, no cabe más que adaptar la esfera jurídica, de forma que la imperturbabilidad no conforme una nota característica del apoyo.

A lo largo de la historia, el legislador ha previsto distintos mecanismos de protección de la persona con discapacidad, enarbolando como cuestión prioritaria el abrió de su interés, tomándolo como principio rector del ordenamiento jurídico. Así, las distintas regulaciones que hacían referencia a la persona con discapacidad, se debían interpretar desde una óptica protectora. Visto de esta forma, un tercero desconocedor de la materia y carente de cierta discapacidad, podría considerar que está perspectiva jurídica no sólo es acorde con los derechos de la persona sino también garante de su seguridad jurídica y de sus necesidades e intereses. Pero seguramente si contemplara esta regulación con mayor profundidad o si hubiera recaído en él algunos de tales preceptos, no llegaría a la misma conclusión.

En este sentido la Exposición de Motivos del Proyecto por el que se reforma la legislación civil y procesal⁴⁸⁴, señala literalmente que siguiendo los precedentes de otros ordenamientos europeos y las directrices del Consejo de Europa, a la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer, una vez constatada la necesidad de apoyo. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela.

⁴⁸⁴ Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados del 17 de julio de 2020 Núm. 27-1.

Las figuras que pasamos a señalar, autotutela, voluntades anticipadas y poderes preventivos, tienen en común desde el punto de vista formal, su plasmación en escritura pública ante notario y que todas ellas recogen las preferencias y en definitiva la voluntad de la persona sobre la designación y funciones del apoyo que en el futuro pudiera necesitar, si bien el contenido, efectos y determinación varían, tal y como veremos a continuación.

II. LA AUTOTUTELA *VERSUS* AUTOCURATELA.

El ejercicio de la capacidad jurídica por parte del sujeto a veces no está exento de dificultades, incluso a pesar de utilizar distintos mecanismos y medios técnicos, sociales y jurídicos, la persona precisa de un mayor apoyo, encaminado a la formación o manifestación de su voluntad. Seguramente muchos de nosotros hemos pensando en ello alguna vez, es decir, si un día no fuéramos conscientes, al menos no en la forma como lo somos ahora de nuestro entorno, de lo que nos rodea, de lo que queremos y de las decisiones que tomamos, ¿cómo nos gustaría que se desarrollase nuestra vida?, ¿quién tomaría esas decisiones influyentes en nuestra vida si nosotros no podemos hacerlo?, ¿quién nos gustaría que lo hiciese?, siendo probablemente esta última cuestión la esencia de la autotutela.

2.1. Definición y configuración legal de la autotutela.

La figura de la autotutela se enclava dentro del marco legal imperativo dedicado a la constitución y nombramiento de apoyo legal para el supuesto, de acuerdo con la legislación vigente, de que la pérdida de autogobierno derive en un proceso de modificación judicial de la capacidad. Por tanto, a pesar de la facultad que la figura confiere a la persona para autorregular sus intereses, no cabe perder de vista que se trata de la expresión de una preferencia en cuanto al nombramiento de la institución de guarda, la cual se puede manifestar tanto en su vertiente positiva -la inclusión de la persona o personas que deseamos se encarguen de nuestra guarda y protección cuando nosotros no podamos- o negativa -también puede consistir en la exclusión de aquellas persona que no

queramos que asuman nuestra guarda legal⁴⁸⁵, teniendo presente que esta manifestación de voluntad no reviste de poder decisorio.

2.2.1 Concepto de autotutela.

Se trata de una porción de derecho dispositivo dentro de un marco imperativo, donde la persona carece de potestad para modificar o graduar la capacidad, así como tampoco la tendría para nombrar tutor o curador, dado que estas funciones son competencia única del órgano judicial. Ello no obsta, sin embargo, para que esa preferencia, formalmente manifestada por la persona, deba ser respetada en el seno y tenida especialmente en cuenta a la hora de nombrar apoyo legal⁴⁸⁶.

De forma que, como apunta SERRANO GARCÍA, la autotutela no es un negocio jurídico sino una declaración de voluntad que carece de eficacia reguladora de la situación futura en la que se emprenda un proceso de modificación de la capacidad, dado que el nombramiento de apoyo legal es competencia del Juez, confiriéndole a la autotutela el carácter de “propuesta” hecha al Juez, del cual pende su eficacia, si finalmente la aprueba o autoriza, una vez oído el Ministerio Fiscal⁴⁸⁷. Cabría precisar, como veremos a lo largo de estas líneas, que se trata en todo caso de una “propuesta” de peso, a consecuencia del valor que la Convención reconoce a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, aunque esta se hubiere emitido con anterioridad a tal discapacidad en previsión de la misma y, a pesar, de la falta de pronunciamiento del texto internacional respecto a los mecanismos de ordenación *ex voluntate* en previsión de una futura discapacidad⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ CABEZUELO ARENAS, A.L., “La fuerza vinculante de las manifestaciones contenidas en escritura de autotutela nombrando o excluyendo tutor”, en *@Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 5 (2019), págs. 2 y ss.

⁴⁸⁶ PARRA LUCÁN, M.A., “Autonomía de la voluntad...”, págs. 191 y ss.

⁴⁸⁷ Vid. SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 31 y ss., quien entiende que nos encontramos ante un acto jurídico complejo, puesto que para dotar de eficacia a la manifestación del sujeto en que consiste la autotutela es necesaria la autorización judicial. Mas aún, la aprobación judicial no retrotrae la eficacia de la autotutela al momento de su constitución, de la manifestación de voluntad de la persona, sino que se produce tras la aprobación judicial. A diferencia de lo que sucede con el apoderamiento preventivo con cláusula de pervivencia tras la modificación de la capacidad del sujeto, cuya eficacia se desprende desde el momento de su otorgamiento.

⁴⁸⁸ La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta

Por su parte, el Tribunal Supremo ha definido la autotutela como una de las manifestaciones del principio de autonomía de la voluntad que faculta a una persona, “con capacidad, notarialmente aseverada, al exigirse el otorgamiento en documento público notarial”, para designar expresamente a quien quiere que vele por su persona y bienes “ante la eventualidad de que se vea imposibilitada de hacerlo por sí misma, requiriendo los apoyos correspondientes propios de la curatela, o, en su caso, el sometimiento al mecanismo más severo de la tutela; es decir exteriorizar su preferencia sobre la concreta persona o personas que se encargarán de su cuidado, excluir expresamente a otras, o refutar la tutela institucional”. Tal posibilidad, reconocida tanto en el derecho catalán como en el aragonés, supone “el reconocimiento de la dignidad de la persona, que comprende la facultad de autodeterminarse; o, dicho de otro modo, de ser protagonista de su propia existencia, de adoptar las decisiones más trascendentes, que marcan su curso vital, según sus deseos, sentimientos y aptitudes, en la medida en que quepa satisfacerlos”⁴⁸⁹.

De manera que, la voluntad dirigida a designar a una persona para se le atribuya la función de prestar apoyo en caso de una modificación judicial de la capacidad, expresada en escritura pública, compele al juez a ser respetada, pudiendo apartarse de tal preferencia solo de forma motivada cuando el beneficio de la persona así lo exija⁴⁹⁰. Para poder ser respetada, tal voluntad ha de ser conocida por los tribunales, por ello, el Notario autorizante deberá comunicarlo de oficio al Registro civil para que indique la existencia de tal documento contenedor de la autonomía privada de la otorgante, para que lo indique en su inscripción de nacimiento (art. 223 C.c. párrafo tercero), mientras que el artículo 234 C.c. la señala como criterio preferente en el orden de llamamiento al nombramiento de apoyo legal⁴⁹¹.

finalidad. BOE núm. 27. Esta ley la define como “la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas

⁴⁸⁹ De esta forma queda reflejado en el fundamento jurídico segundo de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 465/2019, de 17 de septiembre (RJ 2019\3610).

⁴⁹⁰ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 298/2017, de 16 de mayo (RJ 2017\2207).

⁴⁹¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 465/2019, de 17 de septiembre (RJ 2019\3610).

Se trata por tanto de una de las manifestaciones del principio de autonomía de la voluntad dentro del marco de planificación y organización que la ley concede a los sujetos de derecho, para gestionar sus intereses y necesidades frente a una futura pérdida o merma de facultades intelectivas y volitivas que, según la legislación vigente, culmine con un proceso de modificación de la capacidad, es la conocida como autotutela, también concebida como la delación de la tutela entendida como “el efectivo llamamiento a determinadas personas para ocupar sus cargos en el organismo tutelar”⁴⁹².

Como ha tenido a bien señalar DURÁN CORSANEGO, la autotutela “supone el juego de la autonomía privada dentro del régimen legal”⁴⁹³, al consistir en la previsión de la configuración de su propia guarda legal cuya aplicación se propone para el supuesto de que la persona no pudiese manifestar su voluntad, aún prestándole apoyo.

2.2.2. Configuración legal de la autotutela.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, pone de relieve la voluntad de la persona con discapacidad en la toma de las decisiones que le interesen o afecten, encumbrando el principio de autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad a través de distintas regulaciones. A pesar, de que esta Ley tiene por objeto la regulación de nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en el ámbito patrimonial como aspecto esencial de protección, introduce dos figuras hasta entonces

⁴⁹² DURÁN CORSANEGO, E., *La autorregulación de la tutela*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007, pág. 103. El autor añade que al reconocerse en la persona que designa apoyo la posibilidad de reglamentar tal extremo para sí mismo, parecer más acertada la expresión “autorregulación de la tutela”, aunque como él mismo se rebate, es posible y viable la delación de la autotutela o “autodelación de la tutela” sin que medie regulación, de forma que, la “disposición autotutelar” se limite al nombramiento del apoyo, remitiendo la normativa que la rija al derecho dispositivo “como supletorio de la voluntad individual”. Esto es totalmente aceptable, puesto que el otorgante de la autotutela puede designar simplemente a quien quiere que sea su apoyo en caso de que él lo precise y, se puede centrar en el mero nombramiento o exclusión de aquellas personas que no desee que ocuparen el cargo, pero sin establecer disposición alguna relativa al desempeño del apoyo, dejando esta cuestión en manos de la normativa civil reguladora.

⁴⁹³ PARRA LUCÁN, M.A., “Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad”, en GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., y LECIÑENA IBARRA, A., *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, pág. 190.

desconocidas *per sé* en el Derecho común nacional, como son la autotutela y los poderes preventivos. Presenta tales figuras en su Exposición de Motivos, concretamente en su apartado VI, tras hacer una breve introducción de la constitución del patrimonio protegido, mecanismo también de carácter novedoso para el ordenamiento jurídico.

Concretamente, la Ley señala la incorporación de distintas modificaciones en la legislación vigente “que tratan de mejorar la protección patrimonial” de las personas con discapacidad, “aumentando las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos a la satisfacción de las necesidades de estas personas o que, en general, mejorar el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”.

Entre tales medidas, el legislador destaca y define la autotutela⁴⁹⁴ tal y como hemos visto en el apartado anterior, cuando refuerza la introducción de la figura trayendo a colación la posibilidad que ya asistía a los padres en el Código civil de adoptar las medidas que consideraren oportunas respecto a la persona y bienes de sus hijos, ya fueren menores o tuvieran discapacidad. De manera que, si los padres pudieran disponer acerca de la persona y bienes de sus hijos, parece plausible que tales medidas puedan ser adoptadas por las propias personas “con capacidad de obrar suficiente” respecto de sí mismas para el supuesto de una futura modificación judicial de la capacidad.

Resulta curioso que, aún siendo el objeto de la ley la regulación de mecanismos de protección centrados en el ámbito patrimonial de la persona con discapacidad, introduzca la figura de la autotutela que, al equipararla con las disposiciones hechas por los padres respecto a los hijos en relación a su persona y bienes, admite la disposición en ambos ámbitos de la persona con discapacidad respecto a sí misma.

⁴⁹⁴ A juicio de, SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela... op. cit.*, pág. 20, la redacción introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, referente a esta nueva forma de deferir la tutela, ordenada por la propia persona, no es afortunada, dada la raíz de protección que tiene la tutela señaló Justiniano: “Est autem tutela, ut servius definivit, vis ac potestas ... ad tuendum eum qui propter aetatem se defenderé nequit...” (Inst. 1, 13, 1) (al que no puede defenderse, aun que lo refiere a la edad); es una contradicción que quien no puede defenderse, establezca un mecanismo de defensa para sí mismo; en verdad no se trata de disponer su propia tutela, que siempre es competencia judicial, sino de una declaración de voluntad dirigida al Juez para señalar a quien se prefiere como tutor para el caso de ser declarado judicialmente en el estado civil de persona incapacitada (con capacidad modificada en la terminología actual) y sometida a tutela” (Sería para poner a pie de página).

Bajo esta predisposición se modificó el artículo 223 del Código civil, introduciendo la denominada autotutela, quedando de la siguiente forma su redacción:

“Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Si bien debemos tener presente que si entra en vigor la Disposición transitoria tercera del proyecto de Ley de modificación del Código se entenderán referidas a la autotutela⁴⁹⁵.

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

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

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

Como afirma la Exposición de Motivos, en su apartado sexto, se trata de una modificación mínima, ya que consiste en el añadido de las disposiciones citadas sin la necesidad de cambio global del precepto. Tal introducción, continúa diciendo el texto legislativo, consiste “en habilitar a las personas capaces para adoptar las disposiciones que considere oportunas en previsión de su propia incapacitación, y ello en el mismo precepto que regula las facultades parentales respecto de la tutela, y en alterar el orden de delación de la tutela, prefiriendo como tutor en primer lugar al designado por el propio tutelado, si bien sin modificar la facultad genérica que corresponde al juez de alterar el orden de delación

⁴⁹⁵ Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados del 17 de julio de 2020 Núm. 27-1.

cuando así convenga al interés del incapacitado pero siempre que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación”.

Tales disposiciones vincularán al Juez en la constitución del mecanismo de apoyo - aunque el Código habla de tutela, por analogía, lo extendemos a la curatela como veremos más adelante-, salvo que el beneficio de la persona exija una decisión distinta, la cual deberá ser eficazmente motivada, tal como dispone el artículo 224 CC⁴⁹⁶.

Al referirse a la alteración del orden de prelación, recuerda el legislador la consecuente modificación, tras el artículo 223, del artículo 234 del Código civil, puesto que de poca utilidad sería la habilitación para disponer sobre las decisiones que interesen a la persona si tales manifestaciones carecieran de valor al ser obviadas por el ordenamiento jurídico. Por ello, el artículo 234 pasa a designar como preferente “al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223”, compeliendo el legislador al uso de la excepcionalidad para apartarse del criterio declarado por la persona, de manera que el último párrafo del artículo 234 señala que “Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere”.

Hay quien apunta que nos encontramos ante una figura como tal, inexistente hasta la fecha en nuestra normativa o, que bien, se trata de una “nueva modalidad de tutela”, la cual consiste en la “designación de un tutor para sí mismo, hecha por una persona con plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz”⁴⁹⁷. Si bien es cierto, que este desconocimiento de la figura no se ha predicado en todos los ordenamientos jurídicos dentro del marco nacional, puesto que ya era regulada en el Código civil catalán aragonés y gallego. Incluso los Tribunales han prestado atención y respeto, en ciertos casos, a las manifestaciones efectuadas por las personas con anterioridad a su modificación judicial

⁴⁹⁶ Artículo 224 CC: “Las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada”.

⁴⁹⁷ Asimismo, afirma que el primero que abordó la posibilidad de que la persona organice su apoyo en previsión de una futura necesidad del mismo, fue CREHUET DEL AMO en el discurso que pronunció en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en el año 1921. De ahí nacería un intermitente interés de la doctrina por la materia, tal como se narra DURÁN CORSANEGO, E., *La autorregulación de... op.cit.*, pág. 104 y ss.

de la capacidad, sin revestir aún entonces tal expresión declarativa de la connotación y consecuencias de figura jurídica.

Baste decir que la voluntad de la persona desprovista de ciertas formalidades también ha de ser tenida en cuenta en sede judicial, a pesar de que en principio no fuere vinculante para el Juez conforme a la legislación, como ha puesto de manifiesto algún sector jurisprudencial. Y es que la autotutela era nueva para el Código civil cuando se introdujo por la Ley en 2003, no así para la jurisprudencia, al menos en el aspecto declarativo de manifestación de preferencia o deseos en cuanto a la persona que ocupare el cargo de tutor. Esta cuestión se planteó en alguna sede judicial autonómica cuando todavía no se había promulgado la vigente Ley de 2003, existiendo una declaración de voluntad emitida por el sujeto en escritura pública pero careciendo de ciertas formalidades que añadió el artículo 223, puesto que aún no había sido promulgado. Este fue el caso que dio lugar a la Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 6ª), número 407/2007, de 14 de noviembre⁴⁹⁸. La problemática planteada fue solventada por el Tribunal aludiendo al hecho determinante del nacimiento del derecho a manifestar su voluntad en relación a la figura que asuma su tutela, no es -en palabras del Tribunal- la propia designación sino la “declaración de incapacidad” y su consiguiente sometimiento a tutela, cuando “ha de entrar en juego la designación hecha por él mismo”, de modo que “ninguna virtualidad ni eficacia podría tener aquella designación, pues si no se llegase a declarar la incapacidad, no se habría producido la condición precisa para que pudiera tener eficacia”. Asimismo, el órgano reconocía que podría dotarse de eficacia a la declaración de voluntad emitida

⁴⁹⁸ SAP de A Coruña (Sección 6ª), núm. 407/2007, de 14 de noviembre (AC 2008\278), cuyo fundamento jurídico segundo recoge: “Han criticado igualmente la aplicación de la escritura de septiembre de 2003 porque había sido otorgada antes de la entrada en vigor de la legislación habilitante, al igual que la capacidad que se le ha presumido en aquel momento al otorgante, que entienden ya estaba afectado por su enfermedad.

En cuanto al recurso planteado por el Ministerio Fiscal y las partes sobre la inaplicación o ineficacia de la designación del tutor patrimonial efectuada por el incapaz Sr. Vicente en la escritura de autotutela otorgada el 23/9/2003, se ha argumentado que se habría violado lo dispuesto en los arts. 234 y 244 C.c. y su Disposición Transitoria 9ª, pues se dio validez a la designación de tutor -de los bienes-, cuando esta posibilidad sólo se ha visto reconocida legalmente por el posterior art. 9 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que reformó los arts. 223 y 234 Cc, cuyos requisitos no cumple (documento público que habrá de ser comunicado de oficio por el Notario para su inscripción en el Registro Civil). El Ministerio Fiscal ha aducido también que no se ha tenido en cuenta el preámbulo del régimen transitorio del Código Civil: “Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo”, ni la Disp. Transitoria 1ª: “Se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca”.

por la persona cuando aún no tenía la capacidad modificada judicialmente, “como pauta interpretativa de que él mismo consideraba como solución más beneficiosa para él en caso de incapacidad, la existencia de un tutor ajeno a los conflictos personales, sentimentales y económicos de las personas más vinculadas a él por lazos afectivos o familiares”⁴⁹⁹.

2.2.3 La capacidad suficiente como requisito previo y simultáneo al consentimiento y su acreditación.

El artículo 223, párrafo segundo, del Código civil, alude a la “la capacidad de obrar suficiente” de la persona como requisito necesario para disponer sobre su persona o bienes, incluida la designación de tutor. No especifica el Código qué se ha de entender por capacidad de obrar suficiente, por tanto, dicho extremo queda en manos del intérprete judicial. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra número 108/2005, de 14 de junio⁵⁰⁰, una de las primeras resoluciones en introducir la nueva normativa, entendió que la capacidad de obrar suficiente hace referencia a la capacidad natural de la persona, esto no es otra cosa que la capacidad que se viene requiriendo en el ejercicio de los derechos de la personalidad y que es la más acorde con lo patrones de la Convención sobre los derechos de la persona con discapacidad, la capacidad de querer y entender el acto o negocio que se va a acometer. De manera que, como expone la resolución en un argumento que compartimos, “cualquier persona con capacidad de obrar suficiente” puede nombrarse un tutor para una eventual futura modificación de la capacidad, en este sentido, “no sólo debe tenerse la capacidad de obrar necesaria sino que la persona debe gozar de capacidad natural -de capacidad de entender y querer- en el momento en que efectúa la designación de tutor o adopta cualquier otra previsión en atención a una futura incapacitación”. Es más, a nuestro juicio, la exigencia de esta capacidad natural no es un añadido de la “capacidad de obrar suficiente” a la que alude la ley, sino que verdaderamente se trata de esa capacidad de obrar suficiente.

⁴⁹⁹ Fundamento jurídico segundo de la SAP de A Coruña (Sección 6ª), núm. 407/2007, de 14 de noviembre (AC 2008\278).

⁵⁰⁰ SAP de Navarra (Sección 3ª), núm. 108/2005, de 14 de junio (AC 2005\1813).

Bajo este criterio, de acuerdo con la Audiencia Provincial Navarra, tal capacidad de obrar necesaria engloba tanto a mayores de edad como a menores emancipados, “pues la capacidad de éstos se asimila a la de aquellos, salvo en los actos que puedan provocarles un empobrecimiento patrimonial, por lo que en la esfera personal se rigen como mayores de edad”. A este argumento, añade el juzgador que, como los menores mayores de catorce años gozan de capacidad para otorgar testamento notarial en base al art. 663.1º CC, pueden a su vez nombrar tutores para sus hijos, dado que el artículo 223.1 CC alude al colectivo de los “padres” sin especificar la edad que han de tener y, por ende, puede proponer apoyo para sí mismos.

Otras de las cuestiones interesantes que planteaba el pronunciamiento de apelación, era si la persona cuya capacidad ha sido modificada parcialmente en relación a su esfera patrimonial pero no a su esfera personal, puede designarse tutor -apoyo- para el supuesto de que se produzca una modificación plena de la capacidad. A dicha cuestión respondía el Tribunal afirmativamente: “Si la sentencia de incapacitación no ha privado de ese ámbito a la persona y goza de suficiente capacidad natural, no hay razón para negarle la legitimación para disponer la autotutela, máxime cuando, como es el caso solo se le incapacita para regir sus bienes”. Incluso ese “máxime” expuesto por el Tribunal parece albergar la posibilidad de otorgar autotutela aún cuando la modificación parcial de la capacidad afecte a la esfera personal del sujeto.

Esta interpretación parece la más coherente al propósito y fines de la Convención conforme a la cual se ha de interpretar la materia de discapacidad de los Estados firmantes, actualizando su contenido puesto que la resolución de la SAP de Navarra núm. 108/2005, de 14 de junio se dictó con anterioridad a la promulgación del texto internacional. De forma que, la persona con la capacidad modificada judicialmente puede manifestar su voluntad acerca de su apoyo, siempre que ostente capacidad natural suficiente de acuerdo con el Código civil, puesto que, en cualquier otro caso, no tendría sentido una manifestación que se emite sin entendimiento o querencia sino atendiendo a manipulaciones o aprovechamientos injustos.

2.2.4. La ordenación de la autotutela en documento público notarial.

Dado que la ordenación de la autotutela ha de otorgarse en documento público notarial⁵⁰¹, será el notario quien como fedatario público analice la capacidad de la persona de acuerdo con los arts. 145 y ss. del Reglamento notarial⁵⁰². Concretamente, nos interesa especialmente el contenido del artículo 145 y 147. El primero dice que “La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes.

Dicha autorización e intervención tiene carácter obligatorio para el notario con competencia territorial a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial”. El resto del precepto fue declarado nulo por la STS de 20 de mayo de 2008. Respeto al segundo inciso, el artículo 147, derogado parcialmente por la resolución citada, recuerda, en su primer párrafo, que “el notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado”. Extremo de especial trascendencia, puesto que no ciñe la labor del notario a la mera transcripción de la voluntad manifestada por el otorgante, sino que le compele a indagar en esa voluntad, lo cual, a pesar de no ser introducido tras la Convención, podría entenderse dentro de su contenido, aunque se precisará mención suficiente respecto a la facilitación de apoyo al otorgante en caso de necesitarlo. Si bien, se entiende que debido a su función tal apoyo, es prestado por el fedatario público, aunque este se centre en que el futuro otorgante quiera y entienda el acto jurídico. De ahí que, como establece el

⁵⁰¹ Así afirma la SAP de Navarra (Sección 3ª), núm. 108/2005, de 14 de junio (AC 2005\1813), al decir que, en cualquier caso, se parte de la presunción de capacidad de las personas mientras no se haya declarado su modificación judicial de la capacidad, presentando ciertos recelos respecto al acto de otorgamiento en el caso de las personas que padezcan una enfermedad degenerativa: “Hay que partir de la presunción de capacidad de las personas mientras no se haya pronunciado una sentencia firme de incapacitación, aunque ciertamente, y más tratándose de personas que pueden estar afectadas por una enfermedad degenerativa, podrá atacarse el acto probando que la persona otorgante carecía de capacidad natural en el momento del otorgamiento”.

⁵⁰² Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento no de la organización y régimen del Notariado. BOE núm. 189, de 7 de julio de 1944, págs. 5225 a 5282 (BOE-A-1944-6578).

artículo 148 del mismo cuerpo normativo, “Los instrumentos públicos deberán redactarse empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma”. Entendemos, que deberán otorgarse con la sencillez y claridad con la que el notario ha explicado al otorgante la naturaleza y consecuencias del otorgamiento del acto.

Así, ha sido puesto de manifestó, por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de septiembre de 2019, donde el órgano delimitó la labor notarial, expresando que no se detiene al cerciorarse de la identidad de los intervinientes, sino que “debe dar fe de que, a su juicio, los otorgantes tienen capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que el instrumento se refiera”, tal y como se refleja expresamente en el art. 156.8 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, cuando expone que toda escritura pública contendrá “La afirmación de que los otorgantes, a juicio del notario, tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera, en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación”. Tal juicio, apunta el Tribunal, ha de ser fruto de un contacto persona y de la apreciación directa del notario con el o los otorgantes⁵⁰³. De ahí que siguiendo lo dispuesto en el artículo 223.II del Código civil donde se establece como medio de expresión de la voluntad de autotutela el documento público notarial, se excluya el documento privado, pues ya señaló en este sentido la

⁵⁰³ Todo ello queda reflejado en el fundamento jurídico segundo de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 465/2019, de 17 septiembre, (RJ 2019\3610), donde además se pronuncia sobre la fuerza probatoria del juicio de capacidad perpetrado por el fedatario público y expuesto al facilitar el otorgamiento de un documento notarial. Así en el caso de autos, la recurrente se queja formalmente de la denegación como prueba del testimonio de la notaria autorizante del documento público en el que se hizo uso de su derecho a designar tutor, ante la incomprensión de la Sala respecto a tal petición, cuestionando la indefensión alegada, puesto que, “si la fedataria pública autorizó dicho acto jurídico es porque le constaba la capacidad de la demandada para exteriorizar una voluntad consciente y libre al llevar a efecto el juicio de capacidad como presupuesto de la autorización notarial del documento”. Aún así, el Tribunal señala que la fuerza probatoria plena del documento público no se puede extender a las que apreciaciones subjetivas del fedatario autorización, a sus juicios de valor que se contengan en el documento. En consonancia con ello, el juicio de capacidad testamentaria efectuado por el notario con base en el art. 696 CC, “no tiene carácter probatorio pleno” sino que se trata de una “presunción iuris tantum de exactitud” derivada de la de la doctrina jurisprudencia manifestante “que la aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante, adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción iuris tantum de actitud, que sólo puede desvirtuarse mediante una evidente y completa prueba en contrario (SSTS 250/2004, de 29 de marzo , 289/2008, de 26 de abril , 685/2009, de 5 de noviembre , 20/2015, de 22 de enero , 435/2015, de 10 de septiembre , 461/2016, de 7 de julio y 146/2018, de 15 de marzo etc.)”.

Audiencia Provincial Navarra, que este documento no encajaría con el sistema de publicidad en el que la autotutela se enmarca.

Por contraposición al párrafo primero del artículo 223, regula que el testamento -incluso el notarial, que se reserva para la delación de la autotutela sobre otras personas distintas del propio otorgante. De forma, que sólo cabe el documento notarial inter vivos⁵⁰⁴, puesto que está pensado establecer el orden de llamamiento de las personas que, en caso de precisarlo, constituirán el apoyo.

En este sentido la Dirección de los Registros y del Notariado, ha manifestado que la delación tiene un valor informativo acorde con su inscripción en el Registro, procedente una vez otorgado en documento público notarial, de acuerdo con el artículo 46 ter LRC, introducido por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, serán notificados al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante⁵⁰⁵.

Respecto a la carencia de ciertas formalidades en la emisión de la declaración, la Sala de apelación, identificando como única anomalía su falta de inscripción en el Registro Civil, -obligación que el Código civil atribuyó y sigue haciendo al Notario autorizante, actuación que no tuvo lugar en el caso de autos dado que no era obligatorio al no estar vigente el actual artículo 223, párrafo segundo- manifestó que tal “comunicación no puede considerarse que sea un requisito constitutivo de la designación efectuada, pues opera a modo de cautela, para que se pueda conocer si hubo alguna previsión, y si la hay, si es la única y si es la última”. Tal argumento conduce a la aceptación de la declaración de autotutela en el caso de que la misma estuviere bien efectuada a excepción de su registro que actúa como garantía para el conocimiento del órgano judicial competente⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ SAP de Navarra (Sección 3ª), núm. 108/2005, de 14 de junio (AC 2005\1813).

⁵⁰⁵ La Dirección General de los Registros y del Notariado ha expresado en resolución RDGRyN núm. 40/2018, de 6 julio (JUR 2019\336704), el valor informativo que tiene la inscripción en el Registro que corre a cargo del notario frente a quien se otorga la autotutela. De forma que dispone que, en el caso de documento de autotutela y de apoderamiento preventivo recogidos en documento público notarial, el artículo 46 ter LRC, introducido por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, serán notificados al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante. Huelga decir, que tal establece el art. 284 RRC, los apoderamientos voluntarios no están sujetos a inscripción, requisito que tampoco contempla el artículo 1.732 CC en relación a los poderes preventivos.

⁵⁰⁶ El Tribunal recordaba que en la regulación gallega de la autotutela no se mencionaba el requisito de comunicación al Registro. Cabe resaltar que, en el tiempo que tuvo lugar el proceso que trae caso la Sentencia, aún no estaba vigente la Ley de Derecho Civil de Galicia de 14 de junio de 2006 (Ley 2/2006,

Huelga decir, como se ha encargado de delimitar la jurisprudencia, que la autotutela no es sinónima de poder preventivo. Esto es, a pesar de la obligación de tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona con la capacidad judicialmente modificada -como se haría con cualquier otra-, su mera manifestación no constituye una autotutela, al igual que tampoco se equipara al poder preventivo, siendo ambas dos figuras distintas⁵⁰⁷.

2.2.5. Posición motivada del Juez ante la propuesta o designación efectuada por la persona.

El artículo 234 del Código civil establece un orden de prelación para el nombramiento del tutor. Así dispone que se preferirá:

de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. BOE núm. 191, de 11 de agosto de 2006), reguladora de la autotutela, que posteriormente fue declarada inconstitucional. Así pues, en Pleno del Tribunal Constitucional en Sentencia 133/2017, de 16 de noviembre, recurso de inconstitucionalidad 2845-2007 declaró la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 27 a 45 de la Ley del Parlamento de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, referidos a la adopción y a la autotutela. BOE núm. 308, de 20 de diciembre de 2017, págs. 125883 a 125914.

⁵⁰⁷ En la SAP de Huelva (Sección 2ª), núm. 342/2015, de 15 octubre (JUR 2016\107347) se debate sobre la identidad de razón de ambas figuras. En el supuesto enjuiciado, un padre al que le modifican judicialmente la capacidad, concedió en favor de uno de sus hijos un poder ilimitado con cláusula de pervivencia en caso falta de capacidad volitiva y/ mental del poderdante, esgrimiendo el apoderado en sala que se trata de un supuesto de autotutela previsto en el art. 234 C.c., si bien no está inscrito en el Registro civil, circunstancia que, a su juicio, no desmerece su consideración como prelación en la designación tutelar. El Ministerio Fiscal, por su parte, cuestiona la expresión de continuidad del poder en caso de modificación de la capacidad del poderdante, por lo que apuesta por el análisis de idoneidad entre los familiares del poderdante. Ante esta situación, el juzgador de primera instancia, constituye como tutor al hijo apoderado del poderdante, entendiendo que el poder aludido consiste en un supuesto de autotutela reconocido en el art. 223 C.c. Sin embargo, escrito criterio decae en segunda instancia, donde la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Huelva considera, compartiendo postura con el Ministerio Público, que tal poder, aunque ilimitado y con cláusula de pervivencia en caso de incapacidad volitiva y/mental no constituye supuesto de autotutela, “pues no se recoge expresamente en la escritura que en caso de que don Fulgencio fuera declarado judicialmente incapaz, fuera su hijo Baltasar quien asumiera la tutela sobre él, designación que según resulta del citado párrafo segundo del artículo 223 del Código civil ha de hacerse de forma expresa”. Resultante de esta consideración, el Tribunal nombra tutora a la otra hija del poderdante, al entenderla más idónea para el desempeño del cargo, con base a la probatoria practicada. En igual sentido se pronuncia la SAP de Álava (Sección 1ª), núm. 203/2015, de 12 junio (JUR 2015\207334), haciendo referencia a un tema fundamental en las relaciones de afectividad entre padres e hijos y la constitución tutelar y es que nada tiene que ver el nombramiento del cargo, con seguir prestando las atenciones necesarias al familiar necesitado de apoyo, de manera que, la designación de tutor en otra persona no impide al resto proseguir con la relación de afectividad existente, “la dedicación a un familiar puede mantenerse aunque no se ostente la función tutelar. Por lo tanto, las protestas al respecto carecen de relevancia jurídica, porque lo esencial es atender al beneficio del tutelado como dispone el art. 216 CCv”.

“1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.

2.º Al cónyuge que conviva con el tutelado.

3.º A los padres.

4.º A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.

5.º Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez”.

Mientras que en su siguiente párrafo añade una cláusula excepcional, operativa cuando medie el beneficio del menor o de la persona con discapacidad y siempre que la alteración del orden venga precedida de la correspondiente motivación, así enuncia: “Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere”⁵⁰⁸.

⁵⁰⁸ No debe escapar a la interpretación del artículo dos palabras señaladas en negrita por el Auto de la AP de Zaragoza (Sección 2ª), núm. 533/2017, de 14 julio (JUR 2018\46587), la primera es “preferirá” en relación al encabezado del artículo 234 CC (“para el nombramiento de tutor se preferirá”), lo que demuestra la vinculación del órgano juzgador con el orden de prelación establecido. Mas, “excepcionalmente”, aquí la otra palabra de especial relevancia, el juez podrá, en resolución motivada, alterar dicho orden en pos del beneficio del menor o de la persona con discapacidad. Aunque el artículo es bastante claro respecto al respeto del orden y la excepcionalidad de su cambio, quedan abiertas las razones o motivos que pueden culminar en tal alteración. Por su parte, el Auto mencionado aludiendo a la variedad de razones que pueden dar lugar al apartamiento del orden legal, señala algunas a modo ejemplificativo: “...porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela”. En cuanto a la conflictividad familiar, como veremos en Sentencias citadas a lo largo de este apartado, no es considerada motivo suficiente para obviar el orden establecido por el interesado, sino que sería conveniente exponer las razones por la que tal situación familiar afecta a su interés. Es decir, que, verbigracia, una persona otorga documento de autotutela donde designa a uno de sus hijos como apoyo en caso de que lo precisare. Una vez que acontece tal situación, el Juez puede nombrarlo como tal, aunque no tenga buena relación con sus hermanos, mientras no perjudique el interés de su progenitor. Así, apunta la SAP de Alicante (Sección 6ª), núm. 153/2017, de 18 de mayo (JUR\2018\44908), en su fundamento segundo *in fine*, la doctrina jurisprudencial reiterada relativa al concepto de “beneficio del incapacitado”, el cual debe presidir la decisión del juzgador. Ahora bien, a tal fin, para prescindir del orden de prelación, puntualiza la Sala, se ha de partir de la “inidoneidad de los designados en primer lugar, y del beneficio del incapaz”.

Interesa también la interpretación que hace la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en SAP (Sección 4ª), núm. 38/2016, de 1 febrero (JUR 2016\81024), en cuanto al orden de prelación entre hijos y

Finaliza el precepto con un enunciado explicativo de la preferencia en la elección del tutor para el menor: “Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor”.

A nuestro juicio, que la alteración del orden de prelación por el Juez deba ser motivada en caso de que así lo exigiere el beneficio de la persona con discapacidad, denota la trascendencia que el Código da a la voluntad de la misma, a sus deseos y preferencias. Si bien no es óbice para que el órgano opte por el nombramiento de un tercero ajeno a la preferencia del entonces declarante, si supone un mayor compromiso por parte del Juez que ha de valorar minuciosamente el nombramiento del apoyo para la persona y, esto, porque así lo impone la ley al exigir su motivación. Tal razonamiento entendemos, pues nada dice el precepto, arraiga en dos direcciones: la negativa relativa al rechazo de la declaración expresada por el declarante y, la positiva, respecto al nombramiento de un apoyo enmarcado fuera de la lista del primero. De manera que la motivación ha de

nietos. Los hechos que traen causa a la presente resolución se remontan al cuestionamiento de la idoneidad entre la nieta y el hijo de la persona con la capacidad judicialmente modificada en relación al art. 234 C.c. En primera instancia, el órgano judicial otorga la tutela al hijo del demandado, aunque vivía en Tenerife, mientras aquél lo hace en Getxo, mas, como lo visita periódicamente y atiende, se consideró oportuno tal elección. Sin embargo, en apelación, la nieta recurre considerándose como la más idónea dado que, junto a su madre -quien no quiere asumir la tutela, aunque ostenta la guarda de hecho-, siempre han cuidado y atendido a su abuelo, quien no quiere asumir la tutela. El hijo alega su preferencia por tener un grado de parentesco más cercano a su padre que su sobrina y nieta del segundo. Para resolver el litigio planteado, el Tribunal realiza una breve pero exhaustiva interpretación del artículo 234 C.c., en su fundamento jurídico segundo, que pasamos a citar: “Conviene reseñar que el art. 234 Código Civil (LEG 1889, 27) establece un orden de preferencia para el nombramiento de tutor de aplicación general, y al que el Juez debe, en principio, atenerse, ya que está basado en la presunción de afecto y aptitud que el vínculo familiar comporta, si bien se concede al Juez amplio poder decisorio para alterar el orden legal de los llamamientos e incluso para prescindir de todas las personas llamadas en él, pero siempre con una doble limitación, cual es que lo motive y que así lo exigiere el beneficio del incapacitado, ya que no se trata de un absoluto arbitrio judicial por más que dicho Juzgador no se encuentre vinculado de un modo absoluto al orden de llamamientos que la Ley establece, por lo que en suma ha de apartarse del orden establecido o prescindir de todas las personas mencionadas cuando exista causa o motivo que lo justifique en beneficio de dicho incapacitado, ponderando para ello las disposiciones de los padres, el derecho de exclusión de los mismos, si lo hubieren ejercitado, examinando con todo rigor las causas de excusas, siendo especialmente cuidadoso cuando las personas que pretendan excusarse sean las que están más vinculadas por el principio de solidaridad familiar y sobre todo disponer para ello de la audiencia previa, antes expuesta, a la constitución de la tutela.

Precisemos que el art. 234 del Código Civil no da preferencia al hijo frente al nieto de la persona que ha visto modificada judicialmente su capacidad, sino que los incluye en el mismo orden de prelación al establecer que en el nombramiento del tutor se preferirá "5º Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez". Por tanto, tanto el hijo como la nieta se encuentran en el mismo escalón del orden de prelación para ejercer de apoyo, teniendo en cuenta que no existía documento de autotutela. Así pues, el Tribunal entiende que la nieta es la opción más idónea para ejercer la tutela de su abuelo por cercanía, atención y eficacia.

expresar tanto las razones por las que opta por uno como, como los motivos por los que descarta al otro u otros, todo ello conforme al pretendido beneficio de la persona con discapacidad.

De acuerdo con lo expuesto, la jurisprudencia ha venido declarando la inexistencia de una vinculación inexcusable, por lo que el órgano judicial no tiene la obligación ineludible de respetar la voluntad declarada del otorgante. Y puede hacerlo siempre que concurra lo que podemos denominar causa justificada, que no es otra que el beneficio de la persona con discapacidad, eje central del Código civil para considerar la idoneidad del apoyo⁵⁰⁹.

Es doctrina reiterada por los Tribunales la exigencia de motivación suficiente en la alteración del orden de prelación establecido en el artículo 234 CC. Así, recientemente, Audiencia Provincial de Cuenca en Sentencia núm. 421/2019, de 18 de diciembre, manifestó que no bastaba la alegación de la existencia de conflicto de intereses como motivación para apartarse de la designación declarada por el otorgante, por tanto, la mera señalización de conflicto no constituye justificación suficiente para acogerse a la excepción contemplada en el art. 234 CC, sino que "...se requiere una motivación reforzada que evidencie que dicho interés superior así lo exige, no bastando apelar al simple conflicto de intereses de los hijos..."⁵¹⁰. Extremo que comparte el Tribunal Supremo, como manifiesta en su Sentencia núm. 465/2019, de 17 de septiembre del

⁵⁰⁹ Con base a lo expuesto, la Audiencia Provincial de Madrid, en la SAP de Madrid (Sección 22ª), núm. 727/2007, de 23 de noviembre (AC 2008\136), descartó a la persona propuesta en autotutela como apoyo por mor de su actuación "en relación con los intereses de la declarada incapaz, la que revela, de modo incontestable, su absoluta falta de aptitud para el desempeño responsable, y en beneficio de aquélla, de la función objeto del presente debate litigioso". Como queda probado en la resolución, la desviada actuación se ciñe al ámbito patrimonial, en el que "la Sra. Edurne ha procedido, desde hace tiempo, en detrimento de los intereses de su abuela, a quien ha vaciado de la práctica totalidad de su patrimonio en beneficio suyo, conociendo, y en consecuencia, prevaliéndose de su evidente disminución de facultades para conocer y entender el alcance de las decisiones tomadas". El apoyo propuesto aprovechó la merca de capacidad natural de la otorgante para gestionar su patrimonio en beneficio propio. En igual sentido se pronuncia la misma Sala en el Auto de la AP de Madrid (Sección 22ª), núm. 196/2010, de 9 de junio (JUR 2010\290316), más en este supuesto el órgano a pesar de la designación realizada por los padres de la persona con la capacidad judicialmente modificada, el Juez, debido a las desavenencias existentes entre los propuestos como tutores, decide nombrar como tal a aquel que considera idóneo, puesto que viene encargándose de acompañar y apoyar a la tutelada, descartando la opción planteada por los progenitores de una tutela conjunta (FJ 2º).

⁵¹⁰ FJ 4º de la SAP de Cuenca (Sección 1ª), núm. 421/2019, de 18 diciembre (JUR 2020\85490). En este caso, finalmente el Tribunal descarta el apoyo deseado por el declarante, ya que no sólo era evidente el conflicto entre los hijos del otorgante sino que la audiencia del apoyo propuesto arroja su falta de idoneidad, a juicio de la Sala, dado que no ofrece suficientes garantías como apoyo como consecuencia de su negativa a aceptar el grave deterioro de su padre, reivindicando su capacidad para regir su persona y bienes.

mismo año, donde además de señalar la trascendencia de la autotutela como manifestación del principio de autonomía de la voluntad de las personas que radica en la dignidad de la persona y en su derecho fundamental al libre desarrollo de su personalidad, incidió en el “doble condicionamiento” que exige el legislador al órgano judicial para alterar el orden legal del art. 234 CC, esto es, “que concurren circunstancias que así lo justifiquen, pues la regla general es respetar el orden preestablecido, así como que tales razones resulten debidamente explicitadas en la resolución judicial que así lo acuerde, con una motivación suficiente”, siempre bajo el sustrato del interés superior la persona con discapacidad⁵¹¹. Sobre esta exigencia de motivar adecuadamente un nombramiento, que se aparte de tal orden legal, se ha pronunciado esta sala en las sentencias 504/2012, de 17 de julio ; 341/2014, de 1 de julio ; 635/2015, de 19 de noviembre y 373/2016, de 3 de junio).

⁵¹¹ En el caso que da lugar a la resolución del Alto Tribunal, la recurrente otorgó testamento abierto donde estableció, como cláusula cuarta, el orden de prelación deseado para la asunción de tutela, excluyendo asimismo, a quienes no deseaba que ostentaren el cargo, mas en primera instancia se respetó dicha voluntad, nombrando a una entidad jurídica como tutora, siendo tal decisión recurrida en apelación, donde se revocó tal extremo y se procedió al nombramiento mancomunado de dos hijos de la tutelada, dado que al tratarse de seis hermanos, enfrentados en dos grupos de tres cada uno, el órgano estimó que era lo más conveniente puesto que los nombrados, uno de cada grupo representaban a cada parte pero tenían buena relación entre sí, siendo, bajo el criterio judicial, lo más idóneos para el desempeño del cargo. Por su parte, el Tribunal Supremo defendió que el conflicto entre hermanos no es razón suficiente para “prescindir de la voluntad de la madre expresada en documento público notarial ... sino trasciende en contra del interés de la tutelada”, a lo que se ha de sumar la intrascendencia de las razones en virtud de las cuales se consideraba “inidónea” a la hija propuesta por la tutelada como tutora, así como tampoco la falta de exteriorización de los motivos que sostienen como idónea la tutela mancomunada dictada en apelación. De modo que, remitió los autos a la instancia provincial para que motivare de forma suficiente “las razones por mor de las cuales el interés superior del discapaz exige prescindir de su voluntad exteriorizada y preferente en la designación de tutor...”. Por tanto, como expone el fundamento jurídico segundo de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 465/2019, de 17 de septiembre (RJ 2019\3610), es plausible alterar el orden predispuesto por la persona, siempre que se justifique y atienda a su beneficio: “Ahora bien, comoquiera que respetar el orden legal del art. 234 CC puede ser contrario al interés superior del discapacitado, el Legislador permite alterarlo o incluso prescindir de todas las personas en él mencionadas, pero bajo un doble condicionamiento, que concurren circunstancias que así lo justifiquen, pues la regla general es respetar el orden preestablecido, así como que tales razones resulten debidamente explicitadas en la resolución judicial que así lo acuerde, con una motivación suficiente.

El interés superior del discapacitado impone el correlativo deber de velar preferentemente por su bienestar, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros. Comprende la obligación de que se utilice el patrimonio del discapacitado en su propio provecho, sin que sufra restricciones en su calidad de vida, con la finalidad de conservarlo y transmitirlo mortis causa a sus herederos. Y supone también la elección de las personas más idóneas para prestarle las ayudas necesarias para el ejercicio de su capacidad jurídica o en su caso suplir su voluntad”.

Como vemos, la motivación es fundamental para adoptar una decisión distinta de la pretendida y preferida por el otorgante de autotutela. La mera indicación de conflictividad familiar no es razón de peso suficiente para optar por un apoyo distinto del pretendido, aunque según la Audiencia Provincial de Madrid, aplicando la doctrina constitucional sobre la motivación en general, la exigencia de motivación tampoco supone “que las resoluciones hayan de ofrecer necesariamente una exhaustiva descripción del proceso intelectual que ha llevado a decidir en un determinado sentido, ni tampoco requiere un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, sino que basta a los efectos de su control constitucional, con que dicha motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajena a toda arbitrariedad y permita la eventual revisión jurisdiccional mediante los recursos legalmente establecidos (Sentencia 196/88 de 24 de Octubre)”, puesto que como “ha indicado el Tribunal Constitucional no existe un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación (Sentencias del Tribunal Constitucional 108/2001 de 23 de Abril (RTC 2001, 108) y 68/2011 de 16 de Mayo (RTC 2011, 68)) y la Jurisprudencia (Sentencias 294/2012 de 18 de Mayo y 736/2013 de 3 de Diciembre) establece que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla”⁵¹². Parece que la jurisprudencia está recordándole al juzgador aquel refrán popular: “ni tanto ni tan poco”.

En conclusión, si no consta motivación suficiente para apartarse del criterio seguido por la persona con discapacidad en la delación del apoyo, se deberá proceder a su aplicación⁵¹³.

⁵¹² Fundamento jurídico segundo de la SAP de Madrid (Sección 24ª), núm. 555/2018, de 28 de junio (JUR 2018\227883). En relación con ello, recuerda la resolución que la designación del apoyo no es *ab eternum*, sino que puede extinguirse o revocarse, con el consecuente nombramiento ulterior de otro apoyo, cuando el primero no desempeñe de forma debida su cargo conforme previene el art. 247 CC.

⁵¹³ Ejemplo de la preeminencia de la voluntad de la persona, cuando no medie motivación suficiente para romper la presunción de idoneidad, es la SAP de Vizcaya (Sección 4ª), núm. 84/2016, de 11 febrero (JUR 2016\80934), donde en primera instancia se nombra como tutora a una entidad jurídica, extremo recurrido por el hijo de la demandada en apelación, argumentando la vulneración de los artículos 234 y 223, pues existe documento público notarial donde se propone como tutor a su hijo, con quien convive y quien la atiende y cuida. La Sentencia estima el recurso y revoca tal pronunciamiento de su predecesora.

2.2.6. Valor de la declaración de preferencia manifestada por la persona interesada: el derecho a ser escuchado.

Como hemos podido comprobar, ha sido cuestionado en instancia judicial el valor de la manifestación de voluntad de la persona respecto a la designación de apoyo, bien ateniéndose a los requisitos contemplados en el artículo 223 del Código civil, párrafo segundo, y constituyendo la mencionada autotutela, bien prescindiendo de algunos de tales elementos. En este último sentido, se pronunció el Tribunal Supremo en Sentencia número 298/2017, de 16 de mayo, donde el recurso de casación que traía causa se fundaba en la infracción de los artículos 223 y 234.1 del Código civil interpretados conforme a la Convención⁵¹⁴.

Pues bien, el interés por la respuesta judicial deviene por su pronunciamiento sobre el valor de la declaración emitida por el futuro tutelado o curatelado en razón de la designación tutor o curador, manifestación sobre sus deseos o preferencias.

De forma que, como expone la Sala, la voluntad de la persona expresada en escritura pública dirigida a designar a una persona para que le preste apoyo en caso de una futura modificación judicial de la capacidad, debe ser respetada por el Juez, que solo de forma motivada podrá apartarse de las preferencias manifestadas por el interesado cuando así resulte favorable a su propio beneficio.

Es más, indica que el Tribunal que no hay que descartar, junto a la figura de autotutela, la preferencia de la persona con discapacidad respecto a la asunción del apoyo, extremo que puede expresar “si está en condiciones de hacerlo”, esto es, si goza de capacidad natural suficiente para querer y entender, en el “mismo momento en el que se va a proceder a su nombramiento”⁵¹⁵. No es de extrañar que el Tribunal ponga de relieve el derecho a ser oído y a ser escuchado de la persona interesada en relación a su predilección en la designación del apoyo, dado que tal derecho emana directamente del principio de autonomía de la voluntad y al derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocidos

⁵¹⁴ Fundamentos jurídicos sexto de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 298/2017, de 16 de mayo (RJ\2017\2207).

⁵¹⁵ Fundamento jurídico séptimo de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 298/2017, de 16 de mayo, *op. cit.*

constitucionalmente y reiterados por la Convención⁵¹⁶, así como por la legislación nacional. Sobre este punto, la Ley de Jurisdicción Voluntaria abriga en su artículo 45.2⁵¹⁷ tal derecho, así como lo hace el artículo 231 CC⁵¹⁸ el cuanto al derecho de audiencia previa al nombramiento del apoyo.

Ahora bien, la eficacia que otorga el Alto Tribunal a la manifestación de voluntad emitida por el interesado respecto a su preferencia o deseo en la designación de apoyo, no es equiparable al de la autotutela: “Esta manifestación de voluntad expresada en el momento de constitución de la tutela o la curatela no tiene la eficacia de la autotutela otorgada previamente en escritura pública, pero puede ser relevante como un criterio que permita al juez apartarse motivadamente del orden legal establecido para el nombramiento de tutor y curador. Por ejemplo, porque en atención a las circunstancias, resulta beneficioso para el interés de la persona con discapacidad que el apoyo sea prestado por una persona de su confianza y cariño, de modo que su interés quede protegido de manera más adecuada siguiendo sus preferencias. Para reconocer la eficacia de esta voluntad basta con que la persona goce de la capacidad suficiente para manifestar tal preferencia”⁵¹⁹.

De hecho, son diversas las resoluciones que no consideran válidas las manifestaciones de preferencias en cuanto al nombramiento del apoyo deseado por el interesado cuando el mismo ha sido declarado con capacidad judicialmente modificada. Aún así, el Tribunal ha de tener en cuenta la preferencia del interesado, aunque luego su propio interés requiera otra cosa. Alguna sentencia apunta a que debe ser tenida en cuenta, aunque no sea vinculante⁵²⁰.

⁵¹⁶ Artículo 12.4 Convención: “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...”

⁵¹⁷ Artículo 45.2 LJV: “2. En la comparecencia se oirá al promotor, a la persona cuya designación se proponga si fuera distinta al promotor, a aquel cuya tutela o curatela se pretenda constituir si fuera mayor de 12 años o al menor de dicha edad que tuviere suficiente madurez, a los parientes más próximos, al Ministerio Fiscal, y a cuantas personas se considere oportuno”.

⁵¹⁸ Artículo 231 CC: “El Juez constituirá la tutela, previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno, y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años”.

⁵¹⁹ Fundamento jurídico séptimo de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 298/2017, de 16 de mayo, *op. cit.*

⁵²⁰ Auto de la AP de Zaragoza (Sección 2ª), núm. 533/2017, de 14 de julio (JUR\2018\46587).

2.2.7 Propuesta de designación e idoneidad

La propuesta de designación ha sido puesta de manifiesto por la Audiencia Provincial de Córdoba al relacionar el artículo 234 CC con el 753 CC⁵²¹ relativo a la disposición testamentaria hecha en favor de quien sea tutor o curador del testador, declarando que la interpretación conjunta de ambos preceptos aboca a la consideración de que el art. 753 “debe interpretarse en el sentido de que solo esté incapacitado para suceder el que en el momento de hacer testamento tenga la condición de tutor efectivo y real, esto es de tutor judicialmente designado ex art. 234 CC”⁵²². Este argumento denota que la designación realizada en el documento de autotutela no constituye per sé el nombramiento de la persona nombrada como tutor o curador, puesto que tal potestad sólo compete al Juez, de manera que la persona deseada, propuesta o designada en el documento por el otorgante puede ser beneficiario de disposición testamentaria hecha por el testador, dado que no hasta que el Juez no lo nombre, no ostenta el cargo de tutor o curador del tutelado y testador.

Respecto a la idoneidad, tal y como ha quedado patente, la baza de la que dispone el órgano judicial para alterar el orden designado y deseado por la el otorgante del documento de autotutela, es el beneficio del mismo⁵²³. Puesto que si tal excusa no

⁵²¹ Art. 753 CC: “Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador del testador, salvo cuando se haya hecho después de aprobadas definitivamente las cuentas o, en el caso en que no tuviese que rendirse éstas, después de la extinción de la tutela o curatela.

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor o curador que sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador”.

⁵²² Fundamento jurídico tercero de la SAP de Córdoba (Sección 1ª), núm. 209/2019, de 11 de marzo (AC 2019\537).

⁵²³ Véase a modo de ejemplo, la SAP de Murcia (Sección 4ª), núm. 873/2018, de 20 diciembre (JUR 2019\40742), en cuya Sala se estima procedente la alteración del orden dispuesto por la persona como consecuencia de la falta de idoneidad de la propuesta como tutora derivada de una conflictividad familiar tras “una posible disposición no justificada” de cierta cantidad de dinero de la cuenta de la tutelada a la de la tutora, como consta en la probatoria realizada. Asimismo, afirma en su fundamento jurídico cuarto que “... aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela”. De manera similar, la Sección sexta de la Audiencia Provincial de Alicante, en SAP (Sección 6ª), núm. 195/2015, de 2 noviembre (JUR 2016\127038), se aparta del orden legal de llamamiento del art. 234 C.c., de forma motivada y justificada, al considerar que la persona que ocupa el primer lugar en esa escala de prelación - el padre de la persona con la capacidad modificada judicialmente- no es idóneo para desempeñar el cargo, a consecuencia de su estado físico y psíquico que le impiden asumir el cuidado y representación de su hijo

existiere o no fuere motivada en los términos que se han expuesto en relación a la vinculación de la designación realizada por el otorgante en el documento de autotutela, el órgano judicial debería acatar la designación o propuesta de designación realizada. Así, como ha tenido ocasión de manifestar la Audiencia Provincial de Murcia en reciente Sentencia, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad “destaca de forma esencial la voluntad de la citada persona y por tanto la obligación del Tribunal de efectuar una expresa valoración de dicha voluntad”, al igual que hace el Código civil en su artículo 234 al otorgar carácter preferente a la designación realizada por la persona precisada de apoyo y el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, que, en su artículo 3ª) establece como principio de actuación...“el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas”⁵²⁴.

La delación realizada por la persona en previsión de una futura necesidad de apoyo, debe guiar la elección del Tribunal⁵²⁵, a salvo de la existencia de falta de idoneidad, la cual debe ser exhaustivamente justificada, puesto que se aparta de la voluntad de la persona, criterio motriz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Empero, el artículo 234 del Código civil excepciona el respeto a la delación efectuada por la persona en la elección del apoyo⁵²⁶, cuando el Juez considere que es beneficioso para

-vive en una residencia y empieza a confundir ciertas cosas-, siendo más apropiada la designación de la hermana, que tiene un vínculo especial con aquél, ya que, le facilita recursos económicos, alimentación y gestiona algunos de sus asuntos patrimoniales. En este punto, la Sentencia resalta la importancia de la cercanía relacional del propuesto como tutor con el futuro tutelado, así como su cuidado, atención y asistencia, para considerarlo idóneo.

⁵²⁴ Fundamento jurídico cuarto de la SAP de Murcia (Sección 4ª), núm. 873/2018, de 20 diciembre, *op. cit.*

⁵²⁵ En este sentido, se pronuncia la SAP (Sección 5ª), núm. 153/2017, de 24 abril (JUR 2018\36073), donde en primera instancia declaran al recurrente “incapaz parcialmente” y, sin embargo, nombran un tutor como su apoyo. En consecuencia, decide apelar fundamentando su recurso en la vulneración de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como de los artículos 223, 234 y 287, al no respetar su voluntad y el Juez provincial revoca el pronunciamiento de primera instancia sobre el nombramiento como tutor de una entidad jurídica en pos del que el recurrente considera como su “padrastró” (D. Teófilo) a pesar de que tenga 68 años y de que el interesado tenga hermanos, determinando que: “No es que la voluntad del recurrente sea vinculante para el Tribunal, pues eso sólo se prevé en el supuesto de designación por persona en estado de plena capacidad (art. 223 y 234 CC (LEG 1889, 27)), ni tampoco es que su preferencia deba ser ignorada sino que debe de ser el interés del incapaz lo que, de acuerdo con el art. 234 y sigts. del CC (LEG 1889, 27) , debe guiar la elección por el Tribunal” (FJ 4º).

⁵²⁶ LÓPEZ SAN LUIS, R.: “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”. InDrett: Revista para el Análisis del Derecho, Nº. 2, 2020.

la misma, la constitución de otra persona distinta a la o las elegidas como apoyo. Así expone: “Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere”.

Para adoptar un criterio distinto del elegido por la persona y apartarse de este último, es fundamental la motivación de la resolución que inserte la modificación, puesto que, de otro modo, debe primar la voluntad, deseos o preferencias de la persona, tal como recoge la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Así, encontramos numerosos ejemplos en la jurisprudencia en ambos sentidos, desde el razonamiento para apartarse de la elección efectuada por las partes con base en el beneficio de la persona como de la revocación de tal extremo por falta, insuficiente o inconsistente de motivación⁵²⁷.

Es común, en el primer supuesto, la consideración por los Tribunales como factor menos beneficioso y, por tanto, menos idóneo, el reparto de las facultades de apoyo en varias

⁵²⁷ El Tribunal Supremo ha venido declarando, la regencia del interés superior de la persona con discapacidad como criterio recto de la actuación de los poderes públicos, en consonancia con el artículo 12.4 de la Convención. Este interés consiste en la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener a la persona con discapacidad en su entorno social, económico y familiar, en el que se encuentra desenvuelto y cómodo, así como su protección “como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de sus derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado”. Este interés que proclama, entre otras, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 373/2016, de 3 junio, no queda protegido en el caso que trae causa de la resolución, donde la voluntad de la curatelada es contraria al fallo de las sentencias de instancias, reafirmadas por la presente. El apartamiento de la voluntad de la tutelada, quien designa como tutora a una vecina, se debe a la valoración efectuada por los órganos judiciales de las circunstancias y necesidades concretas de la persona, “aquellas que constituyen las condiciones básicas para el normal desarrollo de su vida, incluido el patrimonial”, desprendiéndose de la misma de forma clara y evidente que la voluntad de la curatelada se encuentra influenciada por quien pretende asumir la curatela. Así la propuesta como curadora, no ha sabido explicar de forma razonable los motivos por los que, con base en el poder general otorgado por la curatelada, el retiro de la cuenta bancaria de la segunda donde tenía sus ahorros, de la cantidad de 30.000 euros, ingresando tal cantidad en la cuenta del marido de la primera. A este respecto, el Tribunal alude a la labor preventiva del Juez y del Ministerio Fiscal, que pueden controlar el ejercicio de la curatela, especialmente sobre las cuestiones patrimoniales, si bien entiende la Sala que “lo mejor es no llegar a ellas cuando no es necesario y nombrar curador a una persona contra la que el Ministerio Fiscal solicitó la deducción de testimonio por la posible comisión de un delito de apropiación indebida y a la que la sentencia recurrida exige la devolución del dinero de la discapacitada instando en su caso la adopción de las medidas necesarias para procurar que los bienes que han salido de su patrimonio vuelvan al mismo. Ninguna seguridad existe que bajo su cuidado se salvaguarden los derechos de esta persona”.

personas⁵²⁸. Este criterio obedece al mandato recogido en el artículo 236 del Código civil, que proclama el ejercicio de la tutela por un solo tutor salvo:

⁵²⁸ Este es el supuesto que acontece en la SAP de Navarra (Sección 3ª), núm. 36/2017, de 27 enero (JUR 2017\138649), donde en primera instancia se declara la modificación plena de la capacidad de la persona, instaurando la institución de tutela a su favor en manos de una entidad jurídica y declarando terminados los poderes que la persona otorgó en favor de dos de sus familiares con disposición de subsistencia para el caso de que se le modificara judicialmente la capacidad, con obligación de los apoderados de dar cuenta al Juzgado de las operaciones realizadas hasta la terminación del mandato. A pesar de este despliegue de confianza hacia sus familiares, como estos manifestaron en el acto del juicio, la Audiencia, si bien acepta la posible compatibilidad entre tutor de la persona y apoderado en sus bienes, entiende que al tratarse de una excepcionalidad ha de ser motivada con base en el art. 236 C.c., cosa que no acontece en el supuesto y, por ello, designa como tutor único a la fundación jurídica navarra de tutela. Esta decisión de apoyo conjunto aunando todas las facultades en una misma persona, también ha sido requerida por los legitimados para ello, cuando el Tribunal ha dictado resolución nombrado tutor personal y tutor patrimonial de forma separada, como ocurre en la SAP de Álava (Sección 1ª), núm. 104/2016, de 21 marzo (JUR 2016\117647), donde la tutora personal e hija de la persona con capacidad judicialmente modificada considera vulnerado el artículo 234 C.c., alegando su capacidad para desempeñar el apoyo en ambos ámbitos de la vida de su progenitor. La Sala de apelación le da la razón, al considerar que no existe motivo suficiente para dividir las tareas, pudiendo provocar tal división en disfunciones en el ejercicio de la tutela y, citando una frase de la Fiscalía expresada durante el acto de la vista “el agua no se derrama si el camino está allanado y quien la porta no tropieza”, compeliendo a los demás hermanos de la tutora a no perturbar su cargo, manteniéndose al margen como han hecho hasta la fecha, dejando que ella se encargue y cumpla con las obligaciones de su cargo de forma responsable, “sin tropiezos ni incidentes” (FJ 4º).

También se han dado pronunciamientos a la inversa, esto es, cuando el propio designado como apoyo considera que hay un tercero más idóneo, aunque ello devenga de motivos íntimamente personales. Este es el caso resuelto por la SAP de Burgos (Sección 2ª), núm. 264/2016, de 27 junio (AC 2016\1312), donde la entidad jurídica nombrada como tutora en primera instancia, interpone recurso de apelación, fundamentando su petición de revocación del cargo en la existencia de familiares cercanos a la persona con la capacidad judicialmente modificada, que no han sido declarados como no idóneos. Por su parte la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Burgos, motiva la falta de idoneidad de tales familiares de la persona con discapacidad, y alude al llamamiento subsidiario para la tutela que tienen encomendada la entidad pública territorial encargada de la protección de personas con discapacidad con base en el art. 239 bis C.c. que promulga: “La Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente, será designada como tutora cuando no haya sido constituida la tutela en favor de persona alguna conforme al artículo 234”. De manera que, al no contar con las personas a que se refieren los arts. 234 y 235 C.c. o, como en el presente supuesto, carecer de idoneidad para desempeñar el cargo de tutor, la Ley atribuye la tutela a la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección y apoyo de las personas con discapacidad (FJ 3º). En sentido adverso, pero con distinto contenido, se pronuncia la SAP de Málaga (Sección 6ª), núm. 806/2015, de 21 diciembre (AC 2016\1180), donde se nombra como tutor al hijo de la demandada en primera instancia, pero su otra hija, con la que tiene una relación conflictiva, recurre en apelación. Ante esta situación, el Ministerio Fiscal -aunque en un primer momento propuso como tutor a la Fundación Malagueña de Tutela-, apoyó el escrito de oposición al recurso, abogando por la continuación en el cargo del hijo, puesto que, como decían las resoluciones antes mencionadas, habiendo familiares idóneos, resulta preferible que ejerzan el cargo, dado el número de personas a las que han de prestar apoyo las entidades jurídicas territoriales (FJ 4º).

“1. Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente.

2. Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad.

3. Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela.

4. Cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente”.

Cabe precisar que, ni legislativa ni jurisprudencialmente, existe una lista exhaustiva y cerrada de causas que facultan al Juez o Tribunal a apartarse del orden de prelación establecido en el artículo 234 Código civil, puesto que la variabilidad es alta y el criterio del juzgador, aunque motivado, subjetivo. Si bien, todas ellas tienen un denominador común: que no beneficien a la persona que precisa de apoyo. A pesar de ello, el Tribunal Supremo ha señalado algunas de las razones que pueden motivar la alteración del orden legal establecido: “En principio, el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla. Las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los

parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela”⁵²⁹.

2.2.8 Régimen aplicable a la autotutela bajo el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en agosto de 2020.

La disposición de autotutela o delación de la tutela, también se aplicará si entra en vigor la Disposición tercera del Proyecto como autotutela y que como dice ESCARTÍN, se trata de una declaración de voluntad-resolución judicial-ley, que caracteriza a la autotutela como una medida de apoyo institucional, dentro de la curatela, pero dotada de su propia regulación (artículo 249 CC)⁵³⁰. Extremo que ha sido abordado por el proyecto de reforma del Código en materia de discapacidad, al desaparecer la tutela, de manera que la figura que estudiamos pasa a denominarse Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión curatela. A pesar de ello, si bien la nueva denominación puede resultar novedosa, no lo es en esencia su contenido, ya que como

⁵²⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 341/2014, de 1 de julio (RJ\2014\4518). En el caso que enjuicia el Alto Tribunal, los hijos de la persona con capacidad judicialmente modificada ocupan el primer escalón del orden legal de llamamiento para desempeñar el cargo de apoyo. Uno de ellos, Santiago, padecía una esquizofrenia paranoide y síndrome de Diógenes, así como una deficiencia sensorial grave, con una minusvalía del 83%, por lo que se entiende suficientemente motivada su falta de idoneidad para ocupar el cargo de tutor de su madre. Mientras que el segundo hijo, Justo, tampoco fue considerado en apelación como idóneo, pero no por su falta de aptitud para asumir el cargo sino por la existencia de un conflicto familiar que lo hace desaconsejable. A este respecto, precisa el Tribunal Supremo que el conflicto familiar entre hermanos no justifica por sí solo la alteración del orden de prelación, a no ser que dicho conflicto repercuta en “la atención, cuidado y representación de los intereses personales y patrimoniales de la madre”, de forma que pueda terminar perjudicada o “no tan bien atendida como lo estaría si una fundación tutelar se hiciera cargo de la guarda legal”. El Tribunal considera insuficiente la motivación efectuada por el órgano de apelación, puesto que no razona de forma adecuada la vinculación entre el conflicto familiar de hermanos respecto a su madre, no dejando patente el perjuicio que esta sufriría con la elección de Justo como apoyo. Por ello, se decide dejar sin efecto el nombramiento y remitir los autos al tribunal de apelación para que resuelva sobre la designación del tutor, previa audiencia de la persona con la capacidad judicialmente modificada y la práctica de los medios de prueba de oficio que se estimen pertinentes para hallar la opción más beneficiosa para aquella. Mientras se dilucida la constitución tutelar, para evitar que la persona quede desprotegida, asumirá las funciones de la guarda legal correspondiente la Fundación Murciana para la Tutela.

⁵³⁰ ESCARTÍN IPIÉNS, J.A.: “La autotutela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”. Revista de Derecho Civil, ISSN 2341-2216, Vol. 5, Nº. 3 (julio-septiembre, 2018), 2018, págs. 85-119.

decimos, los artículos 223 y 234 del Código civil han sido aplicados a la curatela por parte de los Tribunales⁵³¹.

Ahora en el texto del proyecto, se recogen cuatro preceptos (arts. 271 a 274) donde básicamente se determina que son sujetos con capacidad jurídica suficiente para prever, atendiendo a circunstancias que puedan acontecer en el futuro, proponer en escritura pública notarial tanto el nombramiento como la exclusión de una o varias personas como curadores, estableciendo el funcionamiento y contenido unido a la gestión en cuanto a las reglas de administración y disposición de sus bienes.

Por otra parte, establece la posibilidad de que el curador pueda ser retribuido por su labor, e incluso favorecerle con la dispensa de hacer inventario y de medidas de vigilancia y control o bien proponer a personas diferentes para que lleven a cabo estas funciones.

Su eficacia no ha variado respecto de la legislación actual pues será la autoridad judicial quien valore las preferencias, contenidos y dispensas que afectan a la autocratela, dentro del límite temporal fijado en el artículo 271 del proyecto que considera ineficaz cualquier disposición declarada una vez instado el procedimiento de provisión de apoyos⁵³².

⁵³¹ En este sentido la SAP de Navarra (Sección 3ª), núm. 108/2005, de 14 de junio (AC 2005\1813), donde, a pesar de la manifestación de voluntad de la recurrente respecto a la asunción de la curatela por parte de su abuelo, la Sala de Primera Instancia dictó como curadores a los tíos de la misma. En el acto de la vista oral, la demandada manifestó su deseo de que su curador fuese su abuelo materno, con el que convivía y tenía estrecha relación. El órgano en apelación entiende que tal manifestación hecha en Sala, “tiene la misma fuerza que si hubiera sido hecha en documento notarial a los efectos del art. 223 II del Código Civil”, de manera que nada impide aceptar su voluntad dado el tipo de incapacidad parcial a la que se le somete...”. Además de tal preferencia y a al margen de la edad del abuelo (74 años, la cual se pone en cuestión por la parte demandante), el Tribunal lo considera idóneo además para asumir la curatela de su nieta, dado que es quien la acompaña en sus gestiones económicas y con quien convive. A mayor abundamiento, la Sala de apelación, señala la falta de motivación para alterar el orden del artículo 234.5 CC, omitiendo razonamiento alguno que contraría la idoneidad del abuelo como curador. Tener en cuenta que se aplica el art. 223 a la curatela también como dice esta sentencia y también hacer referencia a que la AP de Navarra equipara la designación hecha en instancia por la recurrente a la otorgada en documento notarial con anterioridad.

⁵³² Artículo 271 del Proyecto de Ley:

Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador.

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

Es decir, que las preferencias de la persona interesada dispuestas en escritura pública notarial, quedará constituida como curatela cuando sea propuesto el nombramiento por la autoridad judicial, quien de oficio o a instancia de las personas legitimadas legalmente a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, siempre de forma motivada lo determine⁵³³.

Si bien al establecer la autocuratela para ser constituida, dispone el artículo 273 del Proyecto, que es deseable establecer un orden de sustitución del curador, si bien para aquellos casos en los que no se establezca se preferirá a quien ha sido dispuesto en el último documentos, es decir, en el de fecha más próxima a la determinación del curador, y, de ser propuestos mas de un curador, se preferirá a quien haya sido designado en primer lugar⁵³⁴.

Finalmente se propone en el Proyecto bajo la redacción del artículo 274 del citado texto que se pueda delegar en el cónyuge o en otra persona la elección del curador de entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada.

III. PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS.

3.1 El poder en el contrato de mandato y en la representación.

Como adelantábamos en el apartado anterior, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, introduce dos nuevas figuras dimanantes del reconocimiento y regulación de la ordenación *ex voluntate* en previsión de una futura merma de las facultades intelectivas y

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

⁵³³ Artículo 272 del Proyecto.

La propuesta de nombramiento y demás disposiciones voluntarias a que se refiere el artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela.

No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de las mismas, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.

⁵³⁴ Artículo 273.

Si al establecer la autocuratela se propone el nombramiento de sustitutos al curador y no se concreta el orden de la sustitución, será preferido el propuesto en el documento posterior. Si se proponen varios en el mismo documento, será preferido el propuesto en primer lugar.

volitivas de la persona⁵³⁵. La primera, la hemos visto en el apartado anterior al cual nos remitimos, la autotutela. Mientras que, en segundo lugar, la Exposición de Motivos de la Ley introduce la que considera como “complemento” de la regulación de la autotutela, la reforma del artículo 1.732 del Código civil. Con ella pretende que, cuando se declare la modificación de la capacidad del mandante⁵³⁶, sobrevinida al otorgamiento del mandato, no se extinga el mismo si el propio mandante ha dispuesto su pervivencia a pesar de la modificación de la capacidad, sin perjuicio de la potestad del Juez acordar su extinción en el momento de la constitución de apoyo al mandante o con posterioridad a instancia del apoyo⁵³⁷.

Así, el artículo 10 de la Ley 41/2003, modifica el precepto 1.732 del Código civil, añadiendo el último párrafo, donde se regula la extinción del mandato por:

1.º Revocación.

2.º Renuncia o incapacitación del mandatario.

3.º Muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.

El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevinida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante, apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En

⁵³⁵ Ciertamente, la Ley hace referencia a la previsión de una futura “incapacitación judicial”, dado el momento en el que fue promulgada tal normativa, mientras que, en la actualidad, hablaríamos de la modificación judicial de la capacidad. Sin embargo, hemos optado por aludir a la pérdida de la capacidad natural, puesto que algunos de estos instrumentos pueden ser otorgados para que, en una incierta futuridad, cuando ella misma no pueda manifestar su voluntad, preferencias o deseos, las personas en quienes depositemos nuestra confianza nos apoyen en la toma de decisiones o, incluso, nos representen cuando nosotros no podamos tomar decisión alguna, aún con apoyo.

⁵³⁶ Como veremos, ha sido objeto de debate en la doctrina y jurisprudencia, si tal poder es operativo y se hace extensible al caso de la pérdida o merma de la capacidad natural, sin que medie modificación judicial de la capacidad. Vid. ALÍA ROBLES, A.: “Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, en *@Actualidad civil*, N° 2, 2020.

⁵³⁷ Literalmente expone la Exposición de Motivos: “Tal como se desprende. Complemento de esta regulación de la autotutela es la reforma del artículo 1732 del Código Civil, con objeto de establecer que la incapacitación judicial del mandante, sobrevinida al otorgamiento del mandato, no sea causa de extinción de éste cuando el mandante haya dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación, y ello sin perjuicio de que dicha extinción pueda ser acordada por el juez en el momento de constitución de la tutela sobre el mandante o, en un momento posterior, a instancia del tutor”.

estos casos, dice el artículo 10 que el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor⁵³⁸.

De la simple lectura del precepto, se extrae distintas notas acerca de la excepción mencionada. En primer lugar, aunque el texto habla en primer término de “incapacitación” -que, tras la entrada en vigor de la LJV, fue abolido dicho término en pos de lo que se conoce como modificación judicial de la capacidad-, en líneas posteriores hace referencia a la pervivencia del mandato si así lo hubiere previsto el mandante para el supuesto de una futura “incapacidad”, “...apreciada conforme a lo dispuesto por este”.

Conforme a una interpretación literal del precepto, podemos apreciar cierta confusión en su expresión, puesto que, si bien alude a la consecuencia general de la modificación judicial de la capacidad, esto es, la extinción del mandato, señala como excepción la continuación del mismo para el caso de una futura “incapacidad” que no “modificación judicial de la capacidad”, apreciada bajo el criterio dispuesto por el mandante en el mandato. Hasta aquí, cabría pensar que tal mandato puede continuar cuando ocurra la sobrevenida modificación judicial de la capacidad o la falta de capacidad natural -sin que medie modificación judicial- pero, dificulta un poco más la interpretación del precepto, el hecho de que el legislador termine diciendo que “en estos casos” -modificación judicial de la capacidad y falta de capacidad natural-, el mandato podrá terminar por decisión judicial derivada de la constitución de tutela o con posterioridad da instancia del tutor.

Esta cuestión deviene problemática, puesto que la constitución de tutela sólo se determina mediante pronunciamiento judicial tras haber sido modificada la capacidad del sujeto, por tanto, no opera cuando la persona tiene mermada la capacidad natural, incluso ausente, pero no se dirime a través de un proceso judicial. En consecuencia, no resulta clara la exposición realizada por el legislador en el inciso añadido al artículo 1.732 CC, punto que ha debido ser interpretado tanto por doctrina como jurisprudencia, como veremos a lo largo de este apartado, pero antes debemos delimitar la representación del mandato, porque a la hora de respetar la voluntad de la persona interesada en disponer el poder

⁵³⁸ Con anterioridad a la modificación del artículo 1.732 CC, el mismo estaba redactado prescindiendo del último párrafo, de la siguiente forma: “Artículo 1732. El mandato se acaba:

1.º Por su revocación.

2.º Por la renuncia del mandatario.

3.º Por muerte, incapacitación, declaración de prodigalidad, quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario”.

preventivo como instrumento de protección y apoyo a su persona y/o bienes no es lo mismo.

En este sentido, recuerda PEREÑA VICENTE que la regla general es que el poder se extingue por la modificación judicial de la capacidad sobrevenida del mandante/poderdante, a la que añade la del mandatario/apoderado, y “sólo cuando se haya previsto expresamente que no será así, estaremos ante un poder preventivo”⁵³⁹. No carece de lógica dicha afirmación, puesto que, en caso de que el interesado no hubiere recogido tal previsión, estaríamos ante un mandato y no ante un poder preventivo. Como recoge la RAE, prevenir significa “preparar, aparejar y disponer con anticipación lo necesario para un fin”, si ese fin no se da, no se aplica la previsión, excepto si la misma es de continuidad. *A sensu contrario*, si no se dispone para un fin, no hay previsión y, por tanto, no hay poder preventivo. Habrá meramente un mandato que puede ser o no ser representativo.

Hay quien no diferencia entre ambos mecanismos. Según esta postura el que conocemos como poder preventivo no es más que un mandato que no se extingue con la modificación judicial de la capacidad -causa general de extinción-⁵⁴⁰. De hecho, la propia Ley 42/3003, de 18 de noviembre, así como el artículo 1.732 CC no se refieren en ningún momento al poder sino en, sucesivas ocasiones, al mandato⁵⁴¹.

Así, las diferencias existentes entre el contrato de mandato y el poder de representación preventivo se hacen evidentes. Pues cuando estamos en sede de mandato, en concreto en las causas de su extinción contenidas en el art. 1.732 Código Civil, dentro del Capítulo IV del Código titulado “De los modos de acabarse el mandato”, el poder preventivo es la excepcionalidad de las causas generales de extinción del mandato. Mientras que cuando el mandato se otorga de forma ilimitada, aunque mediante modificación judicial de la capacidad -extensible, como veremos, a la pérdida de capacidad natural- o, para que

⁵³⁹ PEREÑA VICENTE, M., *Dependencia e incapacidad. Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, págs. 84 y 85.

⁵⁴⁰ Entre otros, ACEDO PENCO, Á., *Derecho de Contratos. Cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 262; FAYOS GARDÓ, A., *Derecho Civil: Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos*, Dykinson e-Book, Madrid, 2018, pág. 115.

⁵⁴¹ Ello lógicamente deviene de su abrupta inclusión entre las causas de extinción del contrato de mandato, la cual nos recuerda a aquel juego consistente en unir la cola del burro al resto del cuerpo manteniendo los ojos vendados, da igual que la cola quedare más arriba o abajo del dibujo de la parte trasera del animal, puesto que con llegar al extremo y colocar la chincheta más o menos cercana, ya se daba por válido. Eso parece que ha ocurrido un poco con el poder preventivo, en algún lugar había que añadirlo, así que este le pareció al legislador el más propicio.

empiece a tener efectos cuando se produzca tal circunstancia, entonces nos encontraremos ante un poder preventivo.

El mandato, como contrato, tiene efectos entre mandante y mandatario, por el cual el primero encomienda al segundo la realización de un encargo para que actúe por su cuenta; la representación deriva de un negocio de apoderamiento, conferido por el poderdante (representante) al apoderado (representante), consiste en la facultad de este último para actuar frente a terceros en nombre del primero⁵⁴². En este sentido, resulta bastante clarificador la diferenciación hecha por el Tribunal Supremo: “..mientras que el mandato afecta primordialmente a las relaciones materiales internas entre el mandante y el mandatario; el apoderamiento es un concepto de naturaleza más bien formal, que trasciende a lo externo y va dirigido a ligar al representado con los terceros, siempre que el representante actúe dentro de los límites del poder que le ha sido conferido...”⁵⁴³.

Ello no obsta a que el propio mandato pueda ser representativo, cuando contiene un poder de representación, al objeto de que el representante actúe por cuenta y en nombre del representado.

Por el contrario, el mandato sin representación tiene lugar cuando el representante actúa por cuenta del representado, pero en nombre propio. Al igual que es posible la representación sin mandato, siendo ejemplo de ella la representación legal de los padres o tutores respecto a sus hijos o pupilos, así como en la representación voluntaria cuando el poder acompaña a un contrato de sociedad, confiriendo al administrador la potestad de actuar en nombre de la sociedad⁵⁴⁴.

⁵⁴² DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2019, págs. 416 y 417. A tales notas diferenciadoras, STITCHKI BRANOVER N añade la bilateralidad del mandato, consecuencia de su naturaleza contractual, mientras que el poder voluntario emana de un acto jurídico unilateral que no precisa aceptación ni siquiera el conocimiento del apoderado, tampoco crea, a juicio del autor, por sí mismo obligaciones, ya que su objeto se ciñe a “facultar, capacitar al apoderado para afectar un patrimonio ajeno a las resultas de los actos o contratos que ejecute o acuerde en tal carácter”, al contrario que el mandato, que engendra obligaciones recíprocas. STITCHKIN BRANOVEZ, D., *El mandato civil*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009, págs. 30 y 32.

⁵⁴³ Fundamento jurídico segundo de la STS (Sala de lo Civil), núm. 170/1995, de 24 de febrero (RJ 1995\1135).

⁵⁴⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *Derecho Civil II... op.cit.*, págs. 218 y 219.

Centrándolo lo expuesto en los poderes preventivos, y teniendo en cuenta que lo verdaderamente introduce el legislador a través del artículo 1.732 CC es el poder de representación que otorga una persona en previsión de su futura falta de capacidad natural o, en palabras de la Ley, de su futura modificación judicial de la capacidad, es evidente que encontraremos distintas modalidades de poderes en función de las disposiciones -o ausencia de las mismas- estipuladas por el otorgante⁵⁴⁵.

3.2 Clases de poderes preventivos.

3.2.1. Poder continuado u otorgado con disposición expresa de continuación en caso de modificación judicial de la capacidad.

El apoderamiento preventivo continuado o con cláusula de continuidad, es el otorgado por el poderdante con la previsión expresa de continuación en caso de una futura modificación judicial de la capacidad. Esto es, el poder comienza a producir efectos desde su otorgamiento, mas, no se extinguirá si tiene lugar la modificación judicial de la capacidad del sujeto, puesto que el poderdante ha estipulado su pervivencia⁵⁴⁶.

3.2.2. Poder preventivo *ad cautelam* u otorgado en previsión de una futura modificación judicial de la capacidad.

El apoderamiento preventivo o *ad cautelam* tiene lugar cuando se otorga en previsión de una futura modificación de la capacidad, de manera que el poder no producirá efectos

⁵⁴⁵ PEREÑA VIENTE, M., *Dependencia e incapacidad... op. cit.*, págs. 84 y ss.

⁵⁴⁶ MARTINEZ PIÑEIRO CARAMÉS, E.: “El apoderamiento o mandato preventivo”. http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_2/009_t010.dir/Bajlib_2009_t010_011.pdf. conferencia pronunciada el 20 de Noviembre de 2008. Cita el autor a PEREÑA VICENTE o MARTÍNEZ GARCÍA, para describir que en su otorgamiento, los poderes preventivos incorporan la previsión expresa de que no se extinga a pesar de una eventual incapacitación del poderdante; y que por ello, un poder que desde el primer momento despliega todos sus efectos no deben verse alterados posteriormente por la pérdida de capacidad del poderdante. Porque como se determina en su regulación, aquel que no se extingue porque en el mismo mandato se hubiese dispuesto su continuación a pesar de la incapacitación sobrevenida del mandante; suscribiendo a continuación lo expresado por JIMÉNEZ CLAR que afirma se trata de un poder en el que el poderdante “blinda el poder y protege sus efectos frente a su futura incapacitación”.

hasta que no tenga lugar tal circunstancia, si lleva a acontecer. En este sentido, el despliegue de efectos se suspende hasta que se produzca una circunstancia futura pero incierta, asemejándose a la condición suspensiva. Puede que la modificación judicial de la capacidad se declare en un lapso temporal corto, largo o que no se produzca nunca, dependiendo del momento en el que el interesado otorgue el poder, si tiene alguna enfermedad degenerativa, si no la tiene pero fruto de aciago destino tiene un accidente o cualquier infortunio que provoque su modificación judicial de la capacidad o, que no concurra ninguna de estas circunstancias y que el poder nunca llegue a tener efectos, bien porque la persona fallezca antes de la modificación judicial de la capacidad o porque nunca se declare la misma⁵⁴⁷.

La imprecisa redacción del artículo 1.732 CC a la que aludíamos al principio de este apartado suscita ciertos interrogantes en torno al momento en el que empieza a producir efectos el poder preventivo otorgado.

La cuestión que deviene más problemática, quedando latente tras la lectura del precepto, es la relativa al momento temporal en el que empieza a producir efectos el poder preventivo. El artículo 1.732 CC establece como límite a la eficacia del mandato, la declaración de modificación judicial de la capacidad, exceptuando el supuesto en el que el otorgante hubiere previsto la continuación del mismo tras la declaración. Por tanto, en caso del poder preventivo continuado, el legislador establece que la modificación de la capacidad no extinguirá el poder. En ese orden de estipulaciones, la conjunción disyuntiva “o” muestra otro supuesto: “que el mandato se hubiere dado para el caso de incapacidad del mandante, apreciada conforme a lo dispuesto por éste”. Incapacidad no es lo mismo que modificación judicial de la capacidad y aún cuando la intención del legislador hubiere sido la de equipararlas, habría fracasado en su intento, puesto que la redacción transcrita abre el camino a la posible pervivencia del poder cuando la persona pierda la capacidad natural, aunque no medie declaración de modificación judicial de la capacidad. De todas formas, la utilización de ambos conceptos como sinónimos no parece ser tampoco la idea que suscribe el precepto, porque el propio texto hace referencia al “caso de incapacidad del mandante” pero apreciada conforme a lo dispuesto en el propio poder, no conforme a

⁵⁴⁷ Salvando el supuesto de la pérdida de capacidad natural por el sujeto, punto que trataremos a continuación.

lo estipulado en la ley. Consecuentemente, está dejando en manos del poderdante la consideración de las premisas que, bajo su criterio, constituyen causas de su “incapacidad”⁵⁴⁸.

Tal incapacidad, entendemos, se refiere a la pérdida de capacidad natural, la capacidad de entender y querer. De manera que, cuando el poderdante pierda la misma, consideración que habrá previsto en el poder otorgado, este último empezará a desplegar sus efectos. Bajo esta perspectiva, puede que se dé el caso de que el poderdante nunca llegue a tener la capacidad judicialmente modificada, puesto que aquellos legitimados para emprender el proceso no lo hagan, dado que se están cumpliendo las necesidades de poderdante a través del poder o, -dependiendo de la moralidad y legalidad del apoderado- porque al tener el otorgado el poder, la situación del apoderado ocupa un lugar más alejado del foco de atención.

En cualquier caso, la pervivencia del poder cuando se produce la pérdida de la capacidad natural del sujeto es la que deviene más problemática⁵⁴⁹. En primer lugar, por las escasas garantías que ofrece. Puede ser que el poderdante haya establecido algún mecanismo de control y/ vigilancia de la actuación del apoderado que sirva como garantía y correcto proceder de este último, pero también es posible que no haya establecido ninguno. Especialmente en este segundo caso, el poder que conlleva nada más y nada menos que la representación del poderdante, queda al arbitrio del apoderado, si bien lógicamente, tendrá que cumplir las pautas estipuladas por el primero, no es menos cierto que al carecer de mecanismos del control, su actuación pende de la voluntad del segundo. Y la inexistencia de garantías puede ser muy peligrosa, dado el riesgo a posibles abusos o

⁵⁴⁸ Tal apreciación puede consistir en la acreditación de la situación de pérdida de capacidad natural a través de un certificado médico o, cuando la misma fuese advertida por el propio mandatario. LECIÑENA IBARRA, A., “Alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación *ex voluntate* y figuras tuitivas de apoyo”, en GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., y LECIÑENA IBARRA, A., *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pág. 143.

⁵⁴⁹ El caso de la declaración judicial de la capacidad no presenta mayores problemas, puesto que el poder comienza a tener efectos, si se trata de un poder *ad cautelam*, cuando se obtiene tal declaración. Aunque se podría cuestionar si tiene lugar al inicio del proceso o cuando se declara, mas la Ley alude al resultado concluyente. Es como si activáramos la alarma del móvil, en este caso vital, y cuando se dictare el fallo de la sentencia, empezara a pitar, entonces es cuando el poder sería eficaz. Sin embargo, en el caso de la pérdida de capacidad natural es mucho más difícil, porque no la podemos programar a una hora o momento exacto, sino que más bien, pende de las circunstancias, cuya descripción deja el legislador a cargo del poderdante.

aprovechamiento que puede sufrir el poderdante y de los que no podrá defenderse, puesto que su representación la tiene el mismo que puede conculcar su confianza. El poderdante quedaría a la merced del apoderado, con todo lo que ello conlleva.

Como recuerda PEREÑA VICENTE, lo que ocurre en este caso, es que los mecanismos del Derecho de los contratos deben ser adaptados a la realidad de que una de las partes, durante el ejercicio del poder, esté privado de capacidad natural, “por lo que su principal arma de control frente a los abusos del apoderado, la revocación, desaparecerá, dejándolo totalmente desprotegido”⁵⁵⁰.

Normalmente, cuando se otorga un poder, especialmente en el ámbito contractual, el poderdante suele gozar de capacidad natural suficiente para controlar la actuación del apoderado, el cual debe rendirle cuentas según lo previsto en el poder, a modo de evitar cualquier irregularidad o abuso. Ahora bien, si este no fuera el caso, el poderdante también podría establecer otros mecanismos de control cuya supervisión no pasare por su persona sino por la de un tercero, de forma que quedare igualmente garantizado el ejercicio correcto del poder otorgado. Mas, si nada se prevé, es plausible temer la conversión del riesgo en abuso, dejando al poderdante indefenso, puesto que, si no hay un “evaluador” o “controlador” externo y el poderdante carece de capacidad natural suficiente para entender la irregular actuación, la contravención queda salvaguardada. Es más, cabe la posibilidad de que, incluso, se declare la modificación judicial de la capacidad del poderdante con la consiguiente constitución de una institución de guarda, la existencia del poder sea desconocida, puesto que el artículo 1.732 CC no establece la obligatoriedad de inscribir el poder en el Registro Civil, tampoco su conocimiento supone

⁵⁵⁰ MARTÍNEZ PIÑEIRO CARAMÉS, E.: “El apoderamiento o mandato ...”, op. cit., cita a PEREÑA VICENTE de nuevo quien defiende que los mecanismos contractuales no parecen los más adecuados para regular los poderes preventivos. Apuntado que la utilización de esta “minimalista” técnica legislativa, consistente en la inclusión abrupta del de párrafo último al artículo 1.732 CC, sin desarrollo de la función tuitiva con la que el Derecho proteger los intereses de la persona con discapacidad, supone más bien una dejadez de responsabilidad por parte del poder público, aunque se presente -cosa que es muy bienvenida- como una manifestación del principio de autonomía de la voluntad de la persona en ejercicio de su capacidad jurídica. A su juicio, una alternativa más adecuada hubiere sido la tomada por el legislador francés que, tras analizar los pros y contras de los poderes preventivos decidió incorporarlos al Código, pero dispensándoles una regulación propia, diferente de la general relativa al contrato de mandato, equilibrando el principio de autonomía de la voluntad con la protección de la persona con discapacidad, de forma que los poderes públicos pueden controlar tales mecanismos desde su nacimiento hasta la rendición de cuentas.

la automática extinción, dado que es una excepción a la declaración judicial de la capacidad. Ello sin perjuicio de la posibilidad, que ampara el precepto y asiste al tutor a instar la revocación del poder preventivo en cualquier momento⁵⁵¹.

En relación con este último punto, cabe resaltar que la convivencia entre poder y tutela presenta serias dudas de permanencia, dado que, especialmente en el sistema de tutela, que alcanza la representación de la persona tolere un poder de tal amplitud como es el poder preventivo. Esta incompatibilidad ha abordada por la jurisprudencia, la cual se ve reforzada con el artículo 236 CC, que establece el ejercicio único de la tutela por un único tutor, salvo las excepciones que el mismo recoge⁵⁵².

Frente a las garantías que concede el control judicial en el caso del nombramiento de las instituciones de guardia tras la modificación judicial de la capacidad, compartimos la postura de LECIÑERA respecto al valor de es instrumento, lo cual no se opone a su otorgamiento sino al contrario, lo aconseja, pero haciendo uso del adjetivo que acompaña su nombre, esto es, apostando por la prevención en todos los tramos de su otorgamiento. De modo que el poderdante en ejercicio de su capacidad jurídica, debiere establecer el marco de control que estime pertinente para salvaguardar la protección de sus intereses en la actuación del apoderado, siendo fundamental en este punto la labor del notario como operador jurídico más cercano a los particulares en estos casos⁵⁵³.

⁵⁵¹ LECIÑENA IBARRA, A., “Alternativas a los procedimientos...” op.cit., pág. 144.

⁵⁵² Artículo 236 CC: “La tutela se ejercerá por un sólo tutor salvo:

1. Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente.

2. Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad.

3. Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela.

4. Cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente”.

⁵⁵³ Incide en este sentido LECIÑERA, recordando que en el momento de otorgamiento del poder, el fedatario público no debe ceñirse exclusivamente a supervisar que el negocio jurídico reúna todos los requisitos legalmente exigidos sino que también debe “controlar los intereses de las personas que solicitan su intervención estén protegidas, explicándoles los riesgos que pueden derivar de la celebración de este tipo de negocios”. SAP Barcelona (Sección 17ª), núm. 62/2014, de 19 de febrero, AC 2014\1364, sobre la importante labor notarial. En consonancia con la autora, si a pesar de los consejos o indicaciones realizadas, la persona decide en ejercicio de su capacidad jurídica como manifestación del principio de autonomía de la voluntad, otorgar tales poderes sin incorporación de mecanismo alguno de control y con nulas garantías,

3.2.3. Poderes otorgados sin previsión de pervivencia en caso de pérdida de la capacidad natural del poderdante.

Siguiendo la exhaustiva exposición de LECIÑERA⁵⁵⁴, en la práctica, se puede plantear otra situación a la que el Derecho debe dar respuesta. Nos referimos al otorgamiento de poder efectuado por el poderdante sin previsión de pervivencia en caso de que devenga la pérdida de capacidad natural, lo cual es común. Este tipo de poderes de representación son otorgados habitualmente por personas mayores, que debido al progreso de la vejez se ven dificultados para sobrellevar sus propias gestiones, delegando tales actuaciones en una persona de su confianza, normalmente hijos o quien se erija como guardador de hecho. La falta de previsión, muchas veces, ocurre por dejadez o desconocimiento, bien porque la persona no conozca o no se haya planteado la importancia de tal estipulación -de ahí la importancia de la labor informativa sobre los distintos mecanismos de apoyo extrajudicial-, bien porque no la considere necesaria debido a que en el momento en que otorga el poder se encuentra en perfectas condiciones de sus facultades intelectivas y volitivas y ve lejana su pérdida o, simplemente, porque no quiera.

De cualquier modo, esta situación abre algunos interrogantes acerca de su perduración tras la considerable pérdida de capacidad natural. De hecho, la autora plantea si cabe la pervivencia del poder tanto en la relación interna entre mandante y mandatario y en su proyección frente a terceros.

Como cuestionábamos *supra*, la ambigüedad que impera en la redacción del artículo 1.732 CC, último párrafo, induce que se planteen dos posibilidades: tanto la admisión de pervivencia del poder tras la pérdida de capacidad natural, dado que el precepto sólo refiere su extinción en caso de declaración de modificación judicial de la capacidad o; postura por la que nos decantamos, que el poder se extinga tras la pérdida de capacidad natural del poderdante. Creemos que esta última interpretación es la más acorde con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, puesto que, como dice la autora arriba referenciada, se ha de tener en cuenta la identidad de razón existente entre la declaración de modificación

los mismos serán igualmente válidos y comenzarán a tener eficacia desde el momento previsto. LECIÑENA IBARRA, A., “Alternativas a los procedimientos...” op. cit., pág. 145.

⁵⁵⁴ LECIÑENA IBARRA, A., “Alternativas a los procedimientos...” op. cit., pág. 147 y ss.

de la capacidad y la pérdida de capacidad natural⁵⁵⁵, en ambos casos la situación física y psíquica en la que se encuentra el poderdante le imposibilita la facultad intelectual y volitiva de entender y querer y, por ende, velar por el cumplimiento del poder otorgado.

Así pues, bajo nuestro parecer, no cabe la pervivencia del poder en tal extremo, puesto que no se ha previsto para dicha situación, sino que se trata de un mandato representativo, cuya duración depende del mandante. Si este último no puede estipular la fecha de su extinción, dado que ha perdido su capacidad natural para entender la trascendencia del negocio y siendo él mismo el baluarte de control del ejercicio de la actuación del apoderado, entendemos que la pervivencia del poder puede constituir un perjuicio para el propio poderdante, ya que, al no prever su pervivencia, tampoco habrá previsto los mecanismos de control y vigilancia como garantías a largo plazo. De igual forma, los terceros tampoco conocen la pérdida de capacidad del poderdante, dado que si no hay modificación judicial de la capacidad, no constan inscripción alguna en tal sentido, por lo que el apoderado podrá seguir vinculando los actos que lleve a cabo a la figura del poderdante y del tercero, bajo su cuenta y riesgo. A ello se suma que la introducción de la Ley como causa de extinción del mandato, la modificación judicial de la capacidad cuando no se hubiere previsto otra cosa. De manera que, si profundizamos en la intención de tal medida, junto con aquella que posibilita incoar la revocación del poder por parte del tutor, entendemos que no cabe su consideración tras la pérdida de capacidad natural. Es más, incluso habiendo prevista el poderdante mecanismos de control periódicos, no pensados *ab eternum* pero válidos a larga duración, seguiría siendo su pervivencia muy cuestionable.

Incluso hay quien apunta que, al tratarse de una representación voluntaria, el apoderado sólo puede realizar los actos que por sí puede llevar a cabo el poderdante, a excepción de los personalísimos, si este último pierde su capacidad natural, tampoco podrá obrar en consecuencia su apoderado voluntario, diferente sería si lo abordase un representante legal, sometido a los rígidos controles de Jueces y Fiscales.

⁵⁵⁵ A este respecto, añadiríamos que se da tal identidad de razón cuando las facultades intelectivas y volitivas están realmente mermadas, impidiendo la capacidad de querer y entender. Como dice la autora, la diferencia en ambos casos, es que la primera situación ha sido acreditada oficialmente, constituyendo el estado civil de persona con la capacidad judicialmente modificada y liberando de la carga de la prueba de tal falta de capacidad natural a quienes la esgriman. Por ello hay quien concibe la declaración de modificación de la capacidad como una sentencia declarativa y no constitutiva.

Así, dado que la validez del negocio jurídico efectuado bajo representación está supeditado a la capacidad del poderdante para realizarlo por sí en el momento de su celebración y no en el otorgamiento, tal y como señala la sentencia de la AP de Barcelona (Sección 1ª), núm. 292/2019, de 13 mayo⁵⁵⁶. Además, recordemos que se trata de un acto revocable, sustentado en la confianza del otorgante hacia su representante, si el primero pierde su capacidad natural, lo que le impide celebrar un negocio jurídico, también veta la revocación del poder, ello sumado a la ausencia de representante legal, ya que no estamos ante un caso de declaración de modificación judicial de la capacidad, el poder resulta inatacable⁵⁵⁷ al no poder ser revocado⁵⁵⁸. Consiguientemente, el poder deviene ineficaz o, en caso de no extinguirse por la pérdida de capacidad natural del poderdante, quedarán, al menos, “desactivados”, si bien la capacidad natural debe probarse cumplidamente⁵⁵⁹. Recordando que artículo 258 del Proyecto establece que los poderes fijados en los artículos 256 y 257 del Proyecto, mantendrán su vigencia independientemente a que se constituyan otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado.

⁵⁵⁶ SAP de Barcelona (Sección 1ª), núm. 292/2019, de 13 mayo (JUR 2019\159167). En esta sentencia se pone de relieve dos cuestiones fundamentales respecto a los poderes preventivos: en primer lugar, la validez del poder condicionada por un otorgamiento emitido por una persona que entiende y quiere el acto que realizar y; en segundo lugar, la vigencia del poder, considerando si su extensión se extiende hasta la modificación judicial de la capacidad o a la pérdida de capacidad natural. En esta resolución se discute la validez de una compra venta realizada por las apoderadas de una señora diagnosticada de Alzheimer, que no tenía la capacidad judicialmente modificada y que había otorgado ante Notario, años atrás, poderes preventivos en favor de sus sobrinas, siendo estas las que ejercitan la compra venta en representación de su tía. A partir de este planteamiento se hace una extensa interpretación del artículo 1.732 C.c. Tanto en primera como en segunda instancia, se desestima la demanda, en primer lugar, dado que la carga de la prueba para demostrar la ruptura de la presunción de capacidad recae sobre los actores, extremo que no llega a ser acreditado, por ende, se presume que la poderdante era capaz para otorgar el poder y que también lo era cuando se produjo la compra venta, puesto que no le había sido modificada judicialmente la capacidad (ni para ello ni de ninguna otra cosa, ya que no se había instado en tal fecha el proceso). Consecuentemente, como señala el órgano, presumir la falta de capacidad de la persona sin la capacidad modificada judicialmente, lo que supone que la capacidad natural “debe probarse cumplidamente”.

⁵⁵⁷ Convertido en lo que entiende DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., citada por PEREÑA, como un “mandato irrevocable”, op. cit., pág.:107.

⁵⁵⁸ MUÑOZ DE DIOS, L., «¿Y si el poderdante deviene incapaz de hecho?», en *El Notario del siglo XXI*, (marzo-abril de 2006), pág. 203., en caso de que no medio la modificación judicial de la capacidad, no podrán entrar en acción cualquiera de los dos filtros -judicial y del tutor- de los apoderamientos.

⁵⁵⁹ MUÑOZ DE DIOS, L., «¿Y si el poderdante...? op. cit., pág.203.

Aunque, si bien es cierto que el artículo 1.732 CC prevé que tal poder pueda ser revocado por el Juez en resolución judicial dictada al constituirse el organismo de apoyo judicial o posteriormente a instancia del mismo⁵⁶⁰, lo cierto es que si el apoderado es, a su vez, guardador de hecho del poderdante, el poder podría ser exorbitado, al carecer de control o garantías alguna de su buen proceder.

Por otra parte, cuando en la citada sentencia de la AP de Barcelona de 2019 habla de la presunción de la capacidad, el Tribunal lo aborda en dos momentos claramente diferenciados:

- cuando se produce el otorgamiento y
- cuando tiene lugar la compraventa.

Respecto al primero de ellos, apunta que el juicio de capacidad llevado a cabo por el Notario autorizante del poder no ha sido destruido por la exigua prueba practicada en autos; mientras que, al segundo lapso temporal, dedica la mayor parte del análisis de la resolución. Como decimos, la *ratio decidendi*, lo que cuestiona es la vigencia del poder, esto es, si el límite de efectividad del poder es la declaración de modificación de la capacidad (conste que la sentencia continúa hablando de incapacitación, a pesar de dictarse en 2019) o la falta de capacidad natural de la persona, la cual es difícil de dilucidar al tratarse de una enfermedad degenerativa (¿en qué momento la persona pierde su voluntad?).

Claro, el momento de otorgamiento del poder ante el Notario queda resuelto, dado que el fedatario público garantiza un otorgamiento válido -el cual puede ser contrariado mediante prueba, cosa que no queda acreditada en el presente caso- pero, la incertidumbre

⁵⁶⁰ Incluso en este supuesto, hasta que se declare la modificación judicial de la capacidad, el apoderado goza de tiempo suficiente para “hacer y deshacer” a su gusto, esto es, de abusar del poder conferido, contraviniendo los intereses del propio poderdante. Como apunta PEREÑA, págs. 99 y 100, ciertamente cualquier persona que concede un poder de tal magnitud a otra, asume un riesgo y queda expuesto al abuso de poder, como puede apreciarse en la casuística común que acontece periódicamente al respecto. Lo que ocurre en este caso es que la persona no tiene capacidad de entender y querer para darse cuenta de la irregularidad cometida y, por ende, para revocar el poder otorgado, pudiendo ser el daño irreparable. Es cierto que el poder fue otorgado por la persona, bajo su fortuna y riesgo, pero ello no es óbice para que se le permita actuar libremente, al margen del interés del otorgante, especial y principalmente porque desconocemos si la voluntad del poderdante era que el poder siguiera vigente una vez perdida su capacidad natural, ya que nada indicó al respecto en su constitución.

del real desconocedor de la situación de la persona en el momento del otorgamiento hace que cada parte se acoja fielmente a una postura. En ese contexto, la duda surge -y ampara a cada parte- en cuanto el poder de la otorgante (Doña Frida) no contemplaba su “futura incapacidad” y aquí, debido a la ambigua redacción del artículo 1.732 C.c., surge el interrogante de si se precisa la declaración judicial de modificación de la capacidad para extinguir el poder o basta con la acreditación de esa falta de capacidad natural, sin necesidad de previa declaración judicial.

En este sentido, la Audiencia plantea como única causa de extinción del mando es la modificación judicial de la capacidad en los extremos que establezca la sentencia⁵⁶¹, bajo la lectura del artículo 1.732 C.c. pero, este extremo, tal cual recoge el órgano, da lugar a otras interpretaciones realizadas por las Audiencias: “Sin embargo, la jurisprudencia de las Audiencias es contradictoria. Hay Audiencias que siguen una interpretación estricta del art. 1.732 C.c. y exigen la declaración judicial de incapacidad para que se extinga el mandato⁵⁶².

Así, valiéndose de la regulación contenida en el Código civil de Cataluña, no aplicable al caso de autos por razones temporales⁵⁶³, la Sala decide desestimar el recurso interpuesto por los demandantes, habida cuenta que, doña Frida no tenía la capacidad modificada judicialmente cuando se celebró la compra venta -en este extremo ni en ningún otro-,

⁵⁶¹ Aunque el artículo 1.732 C.c. siga aludiendo a la incapacitación, tal proceso queda derogado de nuestro ordenamiento tras la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

⁵⁶² En este sentido, véase como la SAP de Cantabria (Sección 2.ª) de 20 de febrero de 2008 y la SAP de Asturias (Sección 5ª) de 21 de enero de 2003 , frente a otras que consideran que la incapacidad natural también extingue el mandato, tales como la SAP de Córdoba de 28 de diciembre de 2007 , la SAP de Cádiz (Sección 5.ª) de 23 de marzo de 2009 , la SAP de Zaragoza (Sección 4.ª) de 20 de marzo de 2014 y la SAP de Lleida (Sección 2.ª) de 17 de julio de 2009.

⁵⁶³ Concretamente, señala la Sala que: “En el Libro VI del Código Civil de Cataluña (LCAT 2010, 534) , no aplicable al caso de autos por razones temporales, se habla expresamente de " *modificación judicial de la capacidad* ", como causa de extinción (art. 622.23.c). Y, también se contiene un párrafo similar al del CC antes transcrito, que dice así: " 2. *En caso de modificación judicial de la capacidad del mandante, el contrato no se extingue si se ha establecido su continuidad o se ha concluido para el caso de modificación judicial de la capacidad apreciada de acuerdo con lo que ha determinado el mandante*".

Esta norma, como ya hemos señalado, no resulta aplicable al supuesto de autos por razones temporales, pero nos sirve, no obstante, a efectos interpretativos, y es por la que opta este Tribunal, tanto por acomodarse al propio tenor literal del art. 1.732 CC , que habla de "incapacitación", y no de "incapacidad", como por ser la que mejor se acomoda a un elemental principio de seguridad jurídica, que desaparecería de entenderse extinguido el mandato por una incapacidad natural del mandante todavía no declarada judicialmente”.

utilizando el poder que había conferido a sus sobrinas, entendiéndose que el negocio jurídico se formalizó válidamente, teniendo en cuenta que tampoco en tal fecha se probó cumplidamente su falta de capacidad natural.

Por cuanto respecta a la pervivencia del poder tras la constitución de apoyo legal, aún habiendo previsto su otorgante tal punto en caso de falta de capacidad, la Audiencia Provincial de Córdoba, en su reciente SAP (Sección 1ª), núm. 307/2019, de 4 de abril⁵⁶⁴, pondera el interés de la persona con discapacidad y lo superpone a su voluntad, de forma que el apoderado queda relegado de su cargo en pos de la persona designada por el Tribunal como tutor. Esta decisión, en el marco de fomento y respeto de la autonomía de la voluntad y principio de autodeterminación de la persona, es preciso analizarla desde un punto de vista crítico, ya que, si no se produce real indefensión, parece prevalecer de acuerdo con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la voluntad de la persona con discapacidad, aplicando las salvaguardias que sean precisas para evitar cualquier tipo de abuso. En el caso que se presenta, la falta de prevalencia de la voluntad de la persona se debe a la existencia de un conflicto familiar entre el apoderado

⁵⁶⁴ SAP de Córdoba (Sección 1ª), núm. 307/2019, de 4 de abril, (JUR 2019/202212). En el caso de autos, los demandantes proponen a uno de los hijos de la persona con discapacidad, mientras que ella se persona “formalmente” mediante el poder de representación otorgado a otro de sus hijos, el cual interesa su designación como curador de su madre, quien le otorgó previamente un poder preventivo circunscrito al ámbito patrimonial. El problema radica en la animadversión presente entre los distintos hermanos y la administración del cuantioso patrimonio de la madre, puesto que del cuidado personal se encargan todos los hijos en plena armonía, turnándose de forma ejemplar, dado el cariño que todos sienten hacia su progenitora. Así pues, se propone por aquiescencia de la mayoría de hermanos, que la tutela la asuma el hermano más votado y solicitando que se extinga el poder en favor del otro hermano. Esta es la opción por la que finalmente opta la Audiencia provincial, amparándose en la posibilidad que ofrece el artículo 1.732 C.c. de declarar la extinción del poder en caso de constituir un apoyo judicial. Concretamente, el artículo señala que el mandato “podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente del tutor”, al que se acoge el Tribunal al entender que “el criterio que debe ponderarse es el beneficio e interés del incapacitado”, por ello declara extinto el poder. Como mera especificación, la Sentencia trae a colación el artículo 236 C.c. y su regla general de nombramiento de un solo tutor, lo cual revierte en beneficio de la persona, puesto que evita conflictos entre los posibles tutores: “El fundamento de tal disposición radica en evitar divergencias entre los tutores, atribuyéndose a una sola persona el poder de decisión. Solo se permite, salvo casos especiales, cuando se considere beneficioso separar las funciones relativas a la persona y bienes del tutelado. En estos casos, y en virtud del fundamento anterior, cada uno actúa de forma autónoma en su ámbito, actuando conjuntamente en aquello que sea inseparable. Por tal motivo, mantener dos representantes para la administración de su patrimonio, teniendo en cuenta, además, la situación familiar antes descrita, sería una fuente inagotable de conflictos, que perjudicarían a la tutelada. Piénsese que D. Clemente (tutor) y D. Rafael (apoderado) son los hermanos que más discrepancias tienen. Por otro lado, el tutor está sometido a una serie de garantías y controles, como la formación de inventario y la rendición de cuentas, que son ajenos al apoderado, por lo que a Dª Begoña le interesa que la persona que la va a representar esté sometido a ellos”.

-cuyo poder se cierce exclusivamente al ámbito patrimonial- y el tutor, lo cual puede revertir en serios perjuicios, a juicio del Tribunal, en el ejercicio de ambos cargos, de ahí la decisión adoptada⁵⁶⁵. Siendo, como decimos, discutible en el presente caso la falta de idoneidad del apoderado, puesto que radica en un criterio externo a la relación entre este y su poderdante. Más evidente parece la revocación del poder cuando el apoderado sobrepasa los límites impuestos en el mismo o, en su caso, abusa del apoderamiento, provocando un perjuicio al poderdante, revertiendo una situación idónea a voluntad del otorgante en una manifiesta falta de idoneidad por la actuación del apoderado⁵⁶⁶.

Distinto razonamiento utiliza el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 344/2018, de 7 de junio (RJ 2018\2856)⁵⁶⁷, donde se pretende anular una donación efectuada por una apoderada, cuyo cónyuge (poderdante) otorgó poder para la realización de determinados actos, subsistente a pesar de la ostensible merma o falta de facultades intelectivas y

⁵⁶⁵ En un contexto distinto, pero con argumentación similar, la SAP de Barcelona (Sección 4ª), núm. 560/2017, de 26 de junio (JUR\2017\289577) se aparta de la voluntad manifestada en un poder preventivo de la persona en favor del petitum solicitado por la recién constituida tutora, a pesar de la previsión de subsistencia del documento aunque se produzca la modificación judicial de la persona en este extremo, así como para el caso de “incapacidad declarada judicialmente como la que resulte de una calificación administrativa de discapacidad, en cualquier grado”. Si bien, en este supuesto, una madre con varios hijos, otorga poder preventivo en favor de uno, mientras se instaura el régimen tutelar respecto a otro. El primero vive en la casa de su madre, tras el ingreso de esta en una residencia. En este contexto, el tutor ejercita acción de desahucio contra el apoderado, como consecuencia de la necesidad de arrendar el inmueble para poder sufragar los gastos de la residencia. La Audiencia considera que prevalece el interés superior de la persona y que se ha de proceder al desahucio de precario. En el mismo sentido, encontramos la SAP de Navarra (Sección 3ª), núm. 36/2017, de 27 de enero (JUR 2017\13864 9), donde el juzgador no solo se aparta del criterio seguido por la persona respecto a la autotutela sino también en relación al poder preventivo otorgado en favor de su abogado y, posteriormente sin mediar revocación, respecto a su hermana, como consecuencia de su falta de idoneidad. Así el órgano juzgador considera procedente la revocación y le nombramiento de tutor a la Fundación Navarra para la Tutela de Personas Adultas, debido a la imposibilidad geográfica de la sobrina de la otorgante, el estado de salud y senectud de su hermana, última apoderada y el escaso vínculo con el letrado -afecto únicamente al otorgamiento años atrás del poder a su favor-. En sentido adverso, se pronuncia la SAP de Barcelona (Sección 4ª), núm. 65/2008, de 11 febrero (JUR 2008\), en la que se respeta plenamente la voluntad de la otorgante del poder preventivo, contrario al criterio de su tutora.

⁵⁶⁶ Tales hechos concurren en el supuesto enjuiciado en la SAP (Sección 5ª), núm. 130/2013, de 8 de mayo (JUR 2013\203116), donde se procede a la revocación del poder por abuso de la apoderada. Tal extremo fue probado por la parte recurrente mediante las testificales de las personas que conviven con la poderdante en la residencia donde habita, así como del director de la sucursal bancaria donde tiene su cuenta bancaria, quien denunció la extracción irregular de una gran cantidad de fondos monetarios desde la cuenta de la poderdante por parte de su apoderada. Todo ello culminó con la decisión del Tribunal de revocar el poder, a pesar del criterio de la otorgante, considerando que la apoderada no era la más idónea para ser tutora y, de hecho, revoca en consecuencia los poderes concedidos.

⁵⁶⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 344/2018, de 7 de junio (RJ 2018\2856).

volitivas, primando, por ende, la voluntad del mismo. Argumenta esta postura aplicando el criterio de interpretación sociológico del artículo 1.732 C.c. conforme al artículo 3.1 C.c., teniendo en cuenta que en las instancias previas basaron su decisión, de acuerdo con la prueba practicada, en la voluntad del mandante, dirigida a organizar las consecuencias económicas previstas tras su fallecimiento y, manifestada pocos días antes del fatal desenlace, cuando aún conservaban plenamente sus facultades intelectivas y volitivas. Por tanto, el Tribunal considera que subsiste el poder, atendiendo a las normas de interpretación de los contratos y especialmente al art. 1.282 C.c., donde se establece que deberá atenderse de forma principal a los actos de los contratantes, coetáneos y posteriores, al contrario, para juzgar su intención. Con base en tal argumento, se consideran concluyentes los actos que el poderdante realizó con posterioridad al otorgamiento del poder, ya que con que el mismo quería que su esposa y apoderada realizara los actos a ella encargados.

3.2.4. La publicidad de la inscripción del poder preventivo a través del Registro civil.

La Dirección General de los Registros y del Notariado también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los poderes preventivos, poniendo de manifiesto un aspecto de especial trascendencia e importancia: la garantía que supone su inscripción en el Registro civil, aunque sea de forma marginal, para dotarlo de publicidad⁵⁶⁸.

⁵⁶⁸ Como dispone la Resolución de la DGRyN núm. 41/2014, de 5 de diciembre (JUR 2015\252844), en su apartado V, “tratándose de documentos notariales, ha de remitirse al registro, como efectivamente ha sucedido en este caso, copia autorizada, que será devuelta al notario una vez practicada la indicación”. Asimismo, la RDGRyN núm. 29/2014, de 29 de octubre (JUR 2015\266356), recuerda que pueden ser objeto de indicación registral los apoderamientos preventivos, previa remisión, por parte del notario autorizante, de copia autorizada del documento notarial, “no siendo suficiente el simple testimonio para practicar el asiento”. De hecho, en el caso planteado y resuelto por la Dirección General, se deniega la práctica del asiento interesado de inscripción de los documentos de autotutela y poderes preventivos, por no cumplir con los requisitos necesarios, “en tanto que es preciso remitir copia autorizada, total o parcial, del documento público correspondiente”, extremo recurrido por el notario autorizante al alegar que “el testimonio notarial es título suficiente para practicar la indicación”. Para resolver este conflicto, la Dirección se remite al artículo 284 RRC que señala que “los apoderamientos voluntarios –como el que es objeto del presente recurso– no están sujetos a inscripción, más citando el art. 46 ter LRC, introducido por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, que dispone que “En todo caso el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante”, dando acceso al Registro del título notarial “que ha de permitir la extensión del asiento a través del cual debe quedar constancia registral del apoderamiento preventivo o designación de tutor para el caso de futura incapacitación, ha de estarse al régimen general previsto para las inscripciones en el Registro Civil en virtud de la aplicación supletoria del régimen legal de tales asientos

En cualquier caso, en el seno de la autonomía de la voluntad, ha de primar la autonomía de la voluntad, y si el poderdante pierde su capacidad natural no conocemos si querría o no continuar con el poder de representación, puesto que, aunque fuere estipulado *sine die*, puede que en algún momento no estuviere conforme a la actuación del apoderado o depositare la confianza en un tercero o decidiere optar por cualquier otra alternativa. Todas estas posibilidades podrían darse si la persona mantuviere su capacidad, así que, dado que no dispone de las facultades intelectivas y volitivas para tomar una decisión, no sería coherente sustituir su voluntad respecto a la pervivencia del poder.

Sin embargo, no se trata de una maquinaria en la que una vez que un elemento se para, lo hace el resto, es decir, cuando se acciona el botón de la pérdida de capacidad natural no se para el resto del tren. Por ello, pueden darse distintas situaciones, entre las que destaca que el propio apoderado desconozca tal situación, lo cual no será muy frecuente porque al tratarse de una persona de su confianza tendrá contacto periódico con él y además, seguramente tenga que rendir cuentas de sus actuaciones y; que aún sabiéndolo, continúe actuando con la legitimación que le confiere el poder de representación.

Decimos que lo que parece más acorde a los designios del legislador y a la propia situación del poderdante, es que el poder devenga ineficaz una vez perdida la capacidad de entender y querer, pero dicho extremo es desconocido para los terceros contratantes, quienes no tienen que tener conocimiento de las circunstancias que afectan al primero. El poder reviste la apariencia de validez, dado que esos terceros no tienen la obligación de indagar acerca del estado del poderdante ni que ha otorgado el poder sin previsión de continuación en caso de pérdida de capacidad natural.

que resulta del párrafo primero del artículo 266 RRC que, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 77 LRC, dispone que "Las indicaciones registrales sobre régimen económico de la sociedad conyugal se rigen, a falta de reglas especiales, por las de las inscripciones", en vista de lo cual, cuando el título que ha de servir de base para la práctica del asiento no viene integrado por la declaración del interesado formulada directamente ante el encargado del registro, deberá consistir en "documento auténtico", debiendo quedar constancia en el asiento respectivo de su fecha y del funcionario autorizante. En consecuencia, tratándose de documentos notariales, ha de remitirse al registro copia autorizada, bien total, bien parcial respecto de los extremos específicamente relativos a la designación de las personas que habrán de ejercer el cargo de tutor y demás disposiciones relativas a la autotutela, copia que será devuelta al notario una vez practicada la indicación, no siendo suficiente, como ocurre en este caso, la remisión de simple testimonio, conclusión que es extrapolable al apoderamiento preventivo como han determinado las resoluciones de consultas emitidas por este centro cuya referencia figura en el fundamento primero".

A propósito, la pérdida de capacidad natural del poderdante podría llevar a concluir que los actos realizados por el apoderado son ineficaces desde la pérdida de la capacidad⁵⁶⁹. Mas, con base en la protección de la seguridad jurídica dimanante de la apariencia de poder y en la buena fe del tercero contratante, hay quien afirma, sería de aplicación el art. 1.259 CC, lo que supondría un sacrificio de la protección del poderdante en pos del tercero de buena contratante, de acuerdo a su vez con el art. 1.738 CC. Ello supondría el reconocimiento de la eficacia plena el negocio representativo, aún habiéndose extinguido el poder por falta de capacidad natural del mandante⁵⁷⁰.

Por otro lado, tras la mira de ángulo distinto, si el representante conoce la situación de su representado y la correlativa ineficacia del poder otorgado, pero aún así sigue entablando relaciones jurídicas con terceros a costa de la apariencia de poder que aún conserva, deberá responder frente a esos terceros de buena fe como expone el art. 1.725 CC y al propio poderdante (art. 1.726 CC). Mas, apunta algún autor, el poderdante también quedará obligado, de forma excepcional a las disposiciones de los artículos 1.259 y 1.727.2 CC, frente al tercero que actuó desconociendo la extinción del poder, incluso aunque concurriere abuso o aprovechamiento por parte del mandatario que, conociendo la extinción, se vale de su apariencia para entablar negocios jurídicos, afectando a la relación mandante-mandatario y bajo la responsabilidad del segundo. Sin embargo, si el apoderado ignorase la pérdida de capacidad natural del poderdante, quedará exento de responsabilidad de acuerdo con los preceptos 1.726 y 1.738 CC⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ Supuesto que estriba más dificultoso en el caso de los poderes preventivos, esto es, otorgados para una futura pérdida de capacidad, puesto que la Ley no estipula el momento o la garantía precisa para conocer a partir de qué momento empiezan a tener efectos.

PEREÑA VICENTE alude al momento en el que empiezan a obtener eficacia los poderes preventivos, sin declaración judicial de la capacidad, es decir, cuando se trate de la pérdida de capacidad natural, en cuyo caso propone la solución francesa a este dilema, como es recabar la preceptiva acreditación de tal circunstancia al secretario judicial que previamente habrá verificado mediante informe médico la situación de “incapacidad de hecho” del poderdante. A partir de entonces, el poder empezará a desplegar efectos. Pág. 98

⁵⁷⁰ LECIÑENA IBARRA, A., “Alternativas a los procedimientos...” op. cit. págs. 151 y ss.

⁵⁷¹ LECIÑENA IBARRA, A., “Alternativas a los procedimientos...”, op. cit., págs. 150 a 157. → NOTA LECIÑERA págs. 150 a 157. Dada la intervención del poderdante en la creación de la apariencia representativa, extremo que a juicio de la autora le es imputable al asumir el riesgo que genera el desconocimiento de la extinción del poder a consecuencia de la falta de capacidad natural, al no haber hecho previsión de tal punto al otorgar el poder. Como consecuencia, se genera un riesgo en la contratación con terceros, desconocedores de la situación que se basan en el poder de representación que ostenta el apoderado -extinto *de facto* pero válido en apariencia-, que deriva una “responsabilidad casi objetiva”. La norma que abriga dicha responsabilidad en pos de la protección del tercero de buena fe, es el artículo 1.738 CC que, apunta la autora, no consiste en una norma de responsabilidad por culpa del mandante por mor de la

Sin embargo, otro sector doctrinal estima que, como regla general, en caso de “incapacidad natural no declarada del poderdante”, se han de considerar válidos los actos llevados a cabo por el apoderado con base en el apoderamiento otorgado, con la única excepción de que no han redundado en utilidad del poderdante, al margen de que la falta de capacidad natural fuere conocida por el representante. Excepcionalmente, tales actos perjudiciales a los intereses del representado podrán ser invalidados a instancia de quien posteriormente ostente la representación legal. Quienes abogan por esta postura la sustentan en la apariencia de poder y a la presunción de capacidad, la cual no decae hasta que no exista una resolución judicial que declare su modificación⁵⁷².

No obstante, la versatilidad que parece afianzar la figura, dado que puede modularse según las necesidades y estipulaciones del otorgante, no cuenta con el fervor que procede de un instrumento dimanante del principio de autonomía de la voluntad, debido a la decadente redacción de su regulación. Es más, como hemos podido comprobar *supra*, incluso aquellos que la defienden, ponen de relieve las cautelas a llevar a cabo tales como las medidas de control a la actuación del apoderado cuando se produzca la pérdida de capacidad natural del poderdante y no pueda llevar el seguimiento él mismo.

3.3. Rasgos del apoderamiento preventivo.

El artículo 1.732 CC no exige de forma expresa requisito de capacidad alguno ni para el otorgamiento del poder ni para ser apoderado. En consecuencia, es preciso acudir a la interpretación hecha por la doctrina sobre los sujetos del poder preventivo. Así, siguiendo la exposición de PEREÑA VICENTE, recoge la posición de algún autor que apuesta por

situación de apariencia creada, sino una norma de riesgos. Mientras que, según su criterio, el artículo 1.259 se limitaría al supuesto de mala fe del tercero, conocedor de la extinción del poder tras la pérdida de capacidad natural del otorgante.

⁵⁷² CALLEJO RODRÍGUEZ pág. 31, recoge la postura de quienes defienden la validez del negocio representativo, amparándose en la validez de los actos realizados por el apoderado, a excepción de aquellos que no redunden en utilidad para el poderdante y con independencia de que el representante conozca su falta de capacidad natural. Teniendo en cuenta que, excepcionalmente, aquellos que ostenten más tarde la representación legal del poderdante, podrán instar la invalidación de los actos perjudiciales del representado. Para reforzar este argumento, relacionan esta situación con la de ausencia legal donde se opta por la validez de lo actuado por el representante a pesar de la posible falta de capacidad natural del representado,

la exigencia de la “capacidad de obrar suficiente” del poderdante, al ser la misma que estipula el Código para otorgar el documento de autotutela, figura cercana en contenido y objeto, dada su constitución como instrumentos derivados del principio de autonomía de la voluntad del sujeto. Este argumento encuentra refuerzo en la “complementariedad” del poder preventivo respecto a la autotutela que promulga la propia Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, defendiendo su analogía⁵⁷³. Esta opción, por tanto, adolecería de la falta de claridad que achacábamos a la autotutela, ya que “capacidad de obrar suficiente” se erige como un concepto genérico que deja abierta la puerta a interrogantes de gran trascendencia. Mas, si consideramos esta propuesta y la interpretamos conforme a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, podríamos afirmar que la capacidad de obrar suficiente aletea en la orilla de la capacidad natural de la persona, relativa a la tenencia de facultades intelectivas y volitivas que permitan a la persona querer y entender, capacidad que se exige a toda persona mayor de edad -aunque al colectivo de personas con discapacidad en muchos casos se le exigen estándares más altos y, salvando los casos de concesión de mayoría de edad o emancipación- para consentir un acto o negocio jurídico, asistidas, en caso de necesitarlo, de su respectivo apoyo. Igual ocurre en el caso del representante, con el añadido de que debiere entender el entramado jurídico al que se va a enfrentar, derivado del apoderamiento, o, al menos, querer aprender para desempeñarlo lo mejor posible⁵⁷⁴. Aún así, como rige el principio de autonomía de la voluntad, será el poderdante el que deberá estudiar las ventajas y desventajas, si las hubiere, de la persona a la que otorga el poder, asegurándose de que deposita confianza y recibe responsabilidad.

⁵⁷³ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.: Las reformas del derecho español en materia de autotutela y de poderes preventivos” en el libro coordinado por José Pérez de Vargas Muñoz y Montserrat Pereña Vicente: La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad, vol. 1, 2011, pág.: 99. En este sentido PEREÑA VICENTE, se remite a la capacidad general exigida para la representación y así, bajo la cita a Díez Pícazo cita 100, que se pronuncia sobre el tema al decir que “la plena eficacia de la actuación del representante exige la plena capacidad del representado en el momento de conferir el poder”. Rigiendo la presunción de capacidad, cualquier persona mayor de edad -a salvo las excepciones que puedan plantearse sobre la emancipación y que no son objeto de este debate- que no tenga la capacidad judicialmente modificada y según los términos de la sentencia, podría otorgar poder. Mas, complementando tal premisa con el artículo 1.732 CC, recurrimos de nuevo a la capacidad natural del sujeto, puesto que la presunción de capacidad, como veremos, puede ser quebrada por el contenido del propio poder, una vez que el otorgante incluya el momento en el que considera que carece de facultades intelectivas y volitivas para decidir.

⁵⁷⁴ Véase PEREÑA VICENTE, op. cit., págs. 90 y ss.

En cuanto a los requisitos formales, de nuevo el legislador obvia este extremo, dando prevalencia a lo que entendemos como el principio de libertad de forma. Ahora bien, la precaria redacción del precepto, sumada a la falta de exigencia de una forma que dote de garantías a la figura, claramente la desvirtúa. Huelga decir que, compartimos la postura de aquellos que ven no sólo procedente sino necesaria, el otorgamiento del poder en escritura pública⁵⁷⁵, teniendo en cuenta las garantías que ofrece la intervención del notario⁵⁷⁶, no sólo relativas a la validez del otorgamiento, sino también a la aportación de información necesaria y trascendental al poderdante, tal como las alternativas de

⁵⁷⁵ Así se pone de relieve en ECHEVARRÍA DE RADA, T., “Autonomía de la voluntad y exigencia de forma en determinados instrumentos de protección de personas especialmente vulnerables”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2013, 2013, págs. 17 y ss. Desde la perspectiva de la autora, la cual compartimos dadas las garantías que aporta, la escritura pública se constituye como el instrumento idóneo para “la manifestación de la libre voluntad”, tanto de aquellas personas que plausiblemente requerirán apoyo a corto plazo como aquellas que, con carácter preventivo, deseen adoptar ciertas medidas para “su protección en un futuro incierto”. Consecuentemente, afirma que “autonomía de la voluntad” y “exigencia de forma”, concretamente en escritura pública, “son términos que han de ir vinculados para garantizar la protección de la voluntad de las personas especialmente vulnerables”. En consonancia con esta postura, propone de *lege ferenda* la modificación del Código civil, tanto en materia de autotutela como de poderes preventivos, para que se incluya la exigencia de escritura pública en su otorgamiento, acompañada de otros aspectos esenciales tales como la valoración de la capacidad del sujeto, la descripción de circunstancias necesarias para que se pueda configurar el poder como preventivo, determinación del momento inicial de eficacia, adopción de medidas de control, la oportuna rendición de cuentas y la constancia registral, cuestiones que enaltecen la trascendencia de la labor notarial.

⁵⁷⁶ Como apunta CALLEJO RODRÍGUEZ, la labor del notario es trascendental a la hora de aconsejar las distintas medidas de las que dispone el poderdante para garantizar el ejercicio de un poder responsable y acorde con su voluntad. Su importancia radica también en la garantía que ofrece su intervención en la acreditación de la situación de pérdida de capacidad natural que marca el límite para el comienzo de eficacia del poder en caso de ser *ad cautelam* y prosigue en caso de ser continuado. De acuerdo con la exposición de CALLEJO, quizás el cauce más propicio y garante para acreditar la pérdida de capacidad sería el dictamen pericial cuando la persona no hubiere estipulado el momento y situación en la que ha de encontrarse para que el apoderado considere que carece de capacidad para regir sus asuntos por sí misma. Mas, cuando nada ha estipulado el poderdante, es preciso recurrir a otras vías para averiguar a partir de qué momento comienza la eficacia del poder. En Quebec, por ejemplo, establecen el control judicial, mientras que en el Derecho inglés, se recurre a la apreciación del mandatario, mientras que aquí el silencio de la ley al respecto compele a los interesados a buscar medios para constatar el momento en el que considerar la pérdida de capacidad natural del sujeto cuando, aún con el apoyo necesario, no puede ejercitar su capacidad jurídica. Y aquí es donde el fedatario público juega un papel fundamental, a la hora de asesorar al poderdante sobre la determinación de la cuestión a fin de evitar conflictos interpretativos sobre su voluntad, una vez él no pueda clarificarla. Así, se propone la inclusión de una cláusula en el contrato de mandato por la que el mandante restrinja la disposición del poder al mandatario hasta que éste no entregue al notario, depositario del poder, certificado médico donde constase la pérdida de capacidad natural. Cuando el poderdante no haya estipulado la forma en la que constatar la pérdida de capacidad, se tendrá que recurrir a las normas de interpretación de las declaraciones de voluntad, teniendo como eje vertebral el derecho de autodeterminación del poderdante, acudiendo en última instancia, si fuere necesario, a la autoridad judicial. CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “La representación voluntaria de los incapaces: Una manifestación de la autonomía de la voluntad de quien puede prever su pérdida de capacidad”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711.

mecanismos de control y fiscalización del apoderamiento, de la constatación de la pérdida de capacidad natural si se otorga para tal efecto... Asimismo, es de gran importancia, su inscripción en el Registro Civil, a efecto de dar publicidad a la existencia del poder para que los distintos operadores jurídicos conozcan de su existencia y puedan obrar en consecuencia.

En efecto, la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la aún vigente Ley del Registro Civil de 1957⁵⁷⁷, introdujo dos interesantes preceptos sobre la publicidad de las disposiciones relativas a las personas con discapacidad, como son el artículo 46 bis y 46 ter. Si bien, ninguno de ellos hace referencia expresa a los poderes preventivos, a pesar de que a fecha de su redacción ya formaban parte del ordenamiento jurídico interno tras la promulgación de la Ley 42/2003, al igual que el administrador del patrimonio protegido a quien sí incorpora expresamente. Podemos entenderlos incluidos dentro del contenido del artículo 46 ter, que establece: “En todo caso el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante”. Como podemos apreciar, el legislador no utiliza la literalidad para admitir la inscripción de los poderes preventivos en el Registro donde constare inscrito el nacimiento del poderdante, pero podemos concluir que se refiere a ellos dado que su contenido es el referenciado - “apoderamiento para el caso de incapacidad del poderdante”-.

Tras contemplar esta regulación parece que la idea del legislador era que los poderes preventivos fueren otorgados de la forma más garante a disposición del ciudadano, como es el otorgamiento de poderes en escritura pública ante notario, el cual después dará traslado al Registro. Huelga decir que la intencionalidad que vemos reflejada en el precepto no conmuta la exigencia de claridad y exhaustividad que debe regir cualquier normativa relativa al derecho de autodeterminación, como es el caso del otorgamiento de apoderamiento preventivo.

⁵⁷⁷ Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad. Boletín Oficial del estado, de 26 de marzo de 2009, núm. 73, págs. 29137 a 29142.

Por su parte, la nueva la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que entrará en vigor el 20 de abril de 2021, sí prevé, en su artículo 4⁵⁷⁸, como actos inscribibles en el Registro, los apoderamientos preventivos. Así lo manifiesta en su Exposición de Motivos⁵⁷⁹ y regula expresamente en el art. 77 bajo el título de “Inscripción de autotutela y poderes preventivos”⁵⁸⁰.

A este respecto, al igual que ocurre con otras figuras promotoras del principio de autonomía de la voluntad en la disposición de los aspectos vitales, el ordenamiento autonómico catalán llevaba cierta ventaja en su regulación. El advenimiento de los poderes preventivos en el Código catalán viene reforzado por la garantía de su constitución en escritura. Así lo establece el artículo 222-2, párrafo primero, titulado “Poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad” donde, además recoge una opción no prevista por el legislador nacional y que suscita gran interés y confusión en la práctica judicial, como es su compatibilidad con los sistemas de apoyo judicial. En este orden, señalar que no será precisa la constitución de tutela en personas mayores de edad que no pudieran autogobernarse a sí mismas, “si a tal efecto han nombrado a un apoderado en escritura”. De modo que, en estas circunstancias, el poder abarcaría tanto el ámbito personal como el patrimonial, erigiéndose el apoderado como representante de la persona con discapacidad, tal cual está regulada la institución de tutela en la actualidad⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ Dice el artículo 4, titulado “Hechos y actos inscribibles”: “Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles... 13º. La autotutela y los apoderamientos preventivos”.

⁵⁷⁹ Concretamente, se refiere a esta figura en su apartado V: “Así, se contempla el acceso al Registro Civil de actos regulados en algunos Derechos civiles especiales como, por ejemplo, las autotutelas, apoderamientos preventivos o especialidades en materia de régimen económico del matrimonio”.

⁵⁸⁰ Artículo 77 “Inscripción de autotutela y apoderamientos preventivos”: “Es inscribible en el registro individual del interesado el documento público de constitución de autotutela y el apoderamiento preventivo previstos en la legislación civil”.

⁵⁸¹ Asimismo, el Código civil catalán contempla los dos tipos de poderes preventivos a los que alude la literatura jurídica, esto es, aquellos previstos tanto para continuar en caso de pérdida de capacidad, produciendo efectos desde su otorgamiento, como aquellos otros otorgados para el caso de que sobrevengan circunstancias que determinen el inicio de la producción de efectos. Asimismo, el precepto señala la discrecionalidad del poderdante para fijar las medidas de control y las causas de extinción del poder que estime convenientes (párrafo segundo) y la facultad judicial de extinguir el poder al constituirse la tutela o con posterioridad, a instancia del tutor (párrafo tercero). En último lugar, la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña, introdujo un cuarto párrafo al art. 222-2, relativo con la gestión de voluntades digitales por el poderdante, para que, en caso de pérdida sobrevenida de la capacidad, el apoderado pueda actuar ante los prestadores de servicios digitales con quienes el poderdante tuviere cuentas activas a fin de gestionarlas y, en su caso,

Este último punto también ha sido objeto de debate en la doctrina, habiendo disparidad entre aquellos que entienden que el poder preventivo abarca exclusivamente el ámbito patrimonial del poderdante, compatibilizando la esfera personal con un apoyo tuitivo, aquellos otros que configuran el poder para ambas esferas de la persona y, por último, los que no tienen clara la posición del legislador al respecto.

Cabe poner de manifiesto, en cuanto a las esferas en las que se proyecta, que el consenso mayoritario de la doctrina estudiosa de la materia se dirige hacia la postura que entiende que el poder puede abarcar tanto el ámbito patrimonial como el personal⁵⁸², aunque la propia Ley 41/2003, de 18 de noviembre, parezca decantarse por la primera de ellas al incorporarla en sede contractual. De hecho, parte de la doctrina ciñe su viabilidad a la esfera patrimonial del sujeto, ya que la decadente redacción no abriga una regulación *ex voluntate* del ámbito personal del individuo, sustituyendo el apoyo que puedan comportar otros mecanismos tales como la autotutela o el mismo apoyo judicial, que ofrecen mayores garantías al estar sometidas al control judicial⁵⁸³.

solicitar su cancelación. En la medida de lo posible, el poderdante participará en todo este proceso de gestión y desactivación. BOE, de 21 de julio de 2017, núm. 173, págs. 63631 a 63638.

⁵⁸² Esta es la posición defendida por LECIÑERA, pág. 144.

⁵⁸³ Encontramos esta postura en PEREÑA VICENTE, págs. 100 y 110, quien considera útil el apoderamiento preventivo para la gestión de intereses puntuales de carácter patrimonial, pero no así para constituir el apoyo de la persona, puesto que, al no tener la capacidad judicialmente modificada, terceros presumen que es capaz, lo que conlleva que pueda realizar negocios jurídicos que se presumen válidos, quedando al arbitrio de engaños y abusos por parte de los contratantes. De manera que, sin una regulación garantista, el poder preventivo debe quedar relegado al carácter accesorio para una cuestión puntual de tránsito patrimonial, que en modo alguno ser sustitutivo de apoyo judicial, ya el mismo fue creado para “agilizar el tráfico jurídico”, no para proteger a la persona carente de capacidad natural. A su juicio, sólo la declaración judicial de modificación de la capacidad le protege de ese riesgo. Discrepa, por tanto, con la postura de CORRAL GARCÍA cita 109, que el poderdante autolimita su capacidad de obrar a través del poder conferido. De acuerdo con la tesis defendida por PEREÑA VICENTE en cuanto a la aplicación del poder preventivo a la esfera patrimonial del sujeto, se pronuncia COEDICIONES-ARANZADI, “Autonomía privada de los mayores de edad con discapacidad intelectual”, en *Aranzadi Instituciones*, enero 2016, pág. 5, contraria a la consideración del poder preventivo como alternativa al apoyo en la esfera personal. Igualmente, la fundación del notariado denominada Aequitas, en un trabajo explicativo de los distintos instrumentos de los que disponen las personas en el ejercicio de su autonomía de la voluntad para regular su situación en caso de necesidad de apoyo futuro, de uso común a disposición de cualquier ciudadano en su web concibe expresamente el otorgamiento de poderes preventivos para la planificación de la gestión y disposición del patrimonio de la persona, dejando al margen su esfera personal. Véase Guía informativa para las personas mayores. Nuestros Derechos, Fundación Aequitas, Thomson Reuters, http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=ff0b3389-2b98-4ba2-b35b-7be08451dac3&groupId=10228

Encontrándonos en sede de la autonomía de la voluntad, y habiendo dejado el legislador abiertas ambas posibilidades, se deberá estar al contenido del propio poder, esto es, al destino que el poderdante haya dado al poder preventivo, a los actos o esferas para los que lo haya otorgado. Por ello, sería conveniente que tal extremo quedare expresamente delimitado en el documento. Por otro lado, baste decir que, si el propio apoderado es guardador de hecho y el poder se refiere exclusivamente a la esfera patrimonial,

3.4 Los poderes preventivos en el Proyecto de Ley.

El legislador tampoco parece estar muy satisfecho con la escueta y ambigua regulación de los poderes preventivos. Esta suposición se desprende de la exhaustividad con la que trata la materia en el Proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de discapacidad, muy distinta a la normativa vigente en cuanto a extensión y contenido.

En concreto, el Proyecto dedica el Capítulo II a “los podres y mandatos preventivos”, del artículo 254 al 260.

Art. 254 del Proyecto se regula la cláusula de pervivencia en caso de necesitar apoyo en el ejercicio de su capacidad. El precepto habla de apoyo, sin especificar si el mismo ha de ser judicial, de hecho o extrajudicial, es decir, en principio no fija un parámetro objetivo acreditativo de la necesidad de apoyo sino que lo deja abierto. En el artículo siguiente acorta y especifica la amplitud que le concede al apoyo en el art. 254, así, en primer lugar, deroga el poder preventivo continuado, estipulado como único posible el previsto para la aciaga futuridad. En segundo lugar, incorpora algunas garantías, como la contención del poder en acta notarial, mas esta previsión no ese obligatoria porque añade la cláusula “si fuera preciso” a fin de garantizar el cumplimiento de las previsiones para acreditar la necesidad de apoyo.

Asimismo, establece la aplicabilidad del poder pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si son judiciales como extrajudiciales. En consonancia con el principio de autonomía de la voluntad que rige en la materia, el poderdante podrá establecer las medidas de control que estime convenientes, así como las formas específicas que considere adecuadas para la extinción del poder.

Por otro lado, el problema que persiste en la regulación respecto a la revocación del poder una vez que la persona pierde la capacidad jurídica, y para el caso de que el guardador de hecho sea el propio apoderado, facultando la desprotección del poderdante, el precepto 256 del Proyecto⁵⁸⁴ legitima a aquellos que lo estén para instar el procedimiento, de provisión de apoyos, al curador si lo hubiere, para instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador.

El artículo 257 del Proyecto⁵⁸⁵ recoge el poder continuado y la reversión del poder en curatela cuando el mismo comprenda todos los negocios del otorgante, salvo que el poderdante hubiere dispuesto cosa distinta. Está cláusula se nos hace difícil de admitir, debido a que no describe el procedimiento por el cual el Juzgado conoce de los poderes preventivos para poder convertirlos en curatela, puesto que al ser un apoyo judicial debe ser dictada la reconversión por el juzgador.

Otra de las garantías que ofrece es el otorgamiento en escritura pública en su art. 258, requisito preceptivo para su otorgamiento (no admite la posibilidad puesto que dice “habrán de otorgarse” no “podrán otorgarse”).

Sin embargo, si recoge un requisito objetivo a la extinción del poder concedido y es cuando el poder se hubiere otorgado a favor del cónyuges o de la pareja de hecho del poderdante, la convivencia conllevará la extinción automática del poder, salvo que la voluntad del otorgante sea distinta o que el cese venga determinado por el internamiento de este. En este último punto, no entendemos muy bien la mención al internamiento cuando el precepto está aludiendo a la excepción a la extinción automática al cese de la convivencia como causa de extinción del poder otorgado en favor de cónyuge o de quien

⁵⁸⁴ Artículo 256.

El poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad.

⁵⁸⁵ Artículo 257.

El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido.

tuviere análoga relación. En todo caso, se trataría de una causa de extinción distinta a la citada con anterioridad relativa al cese de la convivencia.

Conforme a esa relación basada en la confianza, por la cual el poderdante decide que la persona elegida realice los actos jurídicos que le afecten o competan, así, como en su caso la representación, la misma y las facultades que tengan por objeto la protección de la persona no serán delegables en terceros, sino que deberán ser ejercidas personalmente. Si bien, si el poder recae en el consorte o pareja de hecho del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este (art. 260 del Proyecto).

Aunque el título va dedicado a los poderes preventivos y a los mandatos preventivos, a estos sólo dedica su último artículo al disponer que todo lo previsto para los poderes preventivos será de aplicación al mandato sin poder.

Algunos profesores del área de Derecho civil elaboraron una propuesta de Código civil y, dentro de la regulación que proponen de los poderes preventivos, nos parece interesante el título que dan a cada apartodo dedicado a la figura, puesto que dividen en artículos las estructura fundamental del poder: concepto, contenido, comienzo, medida de fiscalización. Nos parece una propuesta interesante, en orden a clarificar una figura que debido a su redacción vigente en la Ley 42/2003, de 18 de noviembre, parece un poco farragosa.

Diferencias más significativas:

- Obligación del modo en que se ha de acreditar la pérdida de “capacidad suficiente” del poderdante (“En el poder tiene que especificarse el modo en que deba acreditarse la pérdida de capacidad suficiente del poderdante”). No cabe duda de que es una garantía imperiosa.
- Coincide con el Proyecto en que las medidas de garantía y control y fiscalización que puede estipular el poderdante son diversas, varias, cumulativas, alternativas... es decir, quedan totalmente al arbitrio del poderdante. Así como su decisión puede ser la de no incluir ninguna, pero añadiríamos la coletilla de la

información, es decir, que no añada ninguna porque conociendo su importancia decida no hacerlo, no por desconocimiento, puesto que ello acarrea desprotección.

Toda esta problemática planteada debida, principalmente, a la confusa e incompleta redacción efectuada por el legislador, redundante en el cuestionamiento del poder preventivo como mejor instrumento para salvaguardar los derechos de las personas que han perdido su capacidad natural. A nuestro juicio, el instrumento tiene un cuantioso valor como manifestación del ejercicio de la capacidad jurídica de la persona cuando tiene capacidad de entender y querer y deja en manos de la persona en quien deposita su máxima confianza la regulación de sus intereses. Por ende, como manifestación del principio de autonomía de la voluntad, su utilización es de gran trascendencia. Ahora bien, lo afirmado revierte en un beneficio obvio para el otorgante, porque le permite la disposición de los actos y decisiones que le afecten para cuando no pueda decidir por él mismo, pero, ello decae considerablemente hasta llegar a ser perjudicial, si el poder, diciéndolo de una forma coloquial, no queda perfectamente atado. Esto es, para que el mecanismo resulte eficaz y acorde con los designios del poderdante, es esencial que el mismo estipule cuándo se considera que ha perdido la capacidad natural, así como las garantías que demuestren tal hecho (informe médico, acreditación judicial...), además de establecer mecanismos de control y fiscalización de la actuación del apoderado en ejercicio del poder (informes periódicos, rendición de cuentas, control notarial o judicial, supervisión externa...), para evitar la desprotección o propio desamparo del poderdante. Teniendo presente que tal ejercicio debe ser personal, si entra en vigor la redacción del artículo 261 del Proyecto⁵⁸⁶, de manera que no puedan ser delegables, aunque sí existe la posibilidad de que terceras personas puedan realizar uno o más actos concretos.

En cualquier otro caso, según nuestro parecer, el poder no sería la opción más viable para la protección de los intereses de la persona, puesto que ciertamente habrá apoderados cuya moralidad, honestidad y legalidad serán intachables, mientras que otros puedan ser seducidos por el poder que recoge el apoderamiento que, desierto de control, supone un alto riesgo hacia el abuso y el aprovechamiento, lo cual, si se une a la guarda de hecho,

⁵⁸⁶ Artículo 261.

El ejercicio de las facultades representativas será personal, sin perjuicio de la posibilidad de encomendar la realización de uno o varios actos concretos a terceras personas. Aquellas facultades que tengan por objeto la protección de la persona no serán delegables.

conlleva un poder exorbitado. Por tanto, como dice el refrán más vale “curarse en salud”, proteger el interés de la persona que debido a su situación no puede controlar la actuación de su apoderado y exigir responsabilidad con base en su gestión y administración.

CONCLUSIONES.

1. No olvidemos que hablamos de personas, por tanto, la diferenciación sólo puede venir si es para adaptar el entorno no para apartar, aislar o discriminar a la persona.
2. El respeto de la voluntad de la persona, de sus deseos o preferencias es el pilar fundamental de la Convención, el que permite un reconocimiento eficaz de su capacidad jurídica. De ahí la importancia y trascendencia de los mecanismos de apoyo extrajudicial, dimanantes de la autonomía de la persona en previsión de una futuridad incierta y aciaga.
3. En la mayoría de las ocasiones no hace falta orquestar un gran entramado legislativo y judicial repleto de requisitos, restricciones y privaciones, de la persona con discapacidad, sino incluirla en el modelo estándar. Esto es, ¿cuándo se le deniega la realización de un derecho personalísimo a una persona? Cuando no puede entender y querer, cuando carece de capacidad natural, pues igual con la persona con discapacidad. A veces, menos es más.
4. El criterio para designar apoyo procede de la necesidad de la persona con discapacidad, mientras que para constatar la tenencia de un consentimiento válido y eficaz, se deberá atender, al igual que se hace con las demás personas sin discapacidad, a la capacidad natural del manifestante, dotando tal constatación de las salvaguardias necesarias que garanticen su prestación válida y consciente.
5. La nomenclatura del apoyo es lo menos relevante, es indiferente que se denomine curatela o apoyo, siempre que ostente las funciones que promulga la Convención, que asista y acompañe a la persona en aquello que precise. Por ello, es especialmente importante aludir a la personalización e individualización del apoyo, ya sea material, humano o técnico. Sin duda, habrá casos, excepcionales, en los que la persona no pueda adoptar ninguna decisión por sí misma y entonces será necesario que otra las tome por ella, respetando siempre su voluntad, deseos o intereses y, en su caso, su trayectoria vital, sus ideas, su vida. Puesto que al final, la persona decide sobre la vida de otra, no sobre su propia vida con todo lo que ello implica.
6. La Convención es una norma de mínimos, detalla, dibuja el marco, pero las leyes deben colorear ese dibujo. El Proyecto de reforma en materia de discapacidad, casi supone la plena aplicación del Convención, pero no llega a plenitud, por la errónea interpretación en ciertos puntos de la misma, como es el caso de la representación legal.
7. Como señala el Proyecto, ni la modificación de la capacidad tiene cabida en el ordenamiento jurídico de un Estado parte de la Convención y que promueve los derechos en igualdad de condiciones con las demás, de las personas con discapacidad. Como señala el marco internacional, estamos ante una capacidad jurídica universal, que engloba tanto su vertiente activa como su vertiente pasiva. No se puede modificar una capacidad que no es susceptible de graduación. Sería totalmente incoherente con la propia Convención, marco de referencia y parte del ordenamiento jurídico interno.

8. Tampoco se concibe bajo el marco de la Convención, la representación legal de la persona, puesto que la misma supone la sustitución de la voluntad del representado, sin tener en cuenta su voluntad, deseos o preferencias, y, cuando sea prácticamente imposible conocerlas, se deberá atender a su trayectoria vital. Por tanto, ello no cabe en un instrumento representativo, caracterizado por el principio de protección y de mejor interés de la persona con discapacidad, aunque este sea distinto a la voluntad de la persona.

9. El cambio legislativo precisa, a su vez, de un cambio social, económico, especialmente de mentalidad respecto a la concepción de la propia discapacidad.

10. Sobre todo, es necesario un cambio global, legislativo pero también social. Es fundamental el cambio en la mentalidad de las personas en su concepción de la discapacidad, porque los jueces, fiscales, vecinos, todos son personas, por tanto, su concepción también es importante.

11. Especialización. Puede parecer una contradicción, en plena exigencia de igualdad, se pide la especialización de juzgados y tribunales, de fiscales, pero es que ahora mismo es fundamental, dado que aún no tenemos el nivel de sensibilización ni la mentalidad global necesaria para concebir a la persona como discapacidad primero como persona, luego abordar su necesidad de apoyo.

12. Motivación de las sentencias, cuando se opte por el apoyo en grado máximo o la vigente tutela, dirigida a casos excepcionales de carencia absoluta de voluntad y respetando siempre la misma de la persona, así como sus deseos o preferencias, o, en su caso, su trayectoria vital.

13. La progresión normativa de España va en auge, especialmente si llega a entrar en vigor el Proyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Tal reforma, deberá llevar aparejada, una serie de modificaciones, esperadas y deseadas, como la erradicación de la esterilización no consentida, habiéndose se aprobado dictamen favorable en la Comisión de justicia.

14. En cuanto al derecho de sufragio, a pesar de la nueva modificación en la legislación vigente, acorde con el texto internacional en cuanto al reconocimiento del derecho de sufragio, ciertamente precisaría de alguna referencia concreta a la prestación de apoyos, aunque simplemente se refiere a la que ofrecen organismos y asociaciones.

15. Asimismo, en el ámbito de los derechos de la personalidad, creemos necesaria la inclusión de mecanismos eficaces que velen por el buen desarrollo del ejercicio de los derechos, que actúen como las salvaguardas que promueve la Convención, a objeto de garantizar la prestación de un consentimiento libre, consciente y voluntario.

BIBLIOGRAFÍA.

AAVV, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

ACEDO PENCO, Á., *Derecho de Contratos. Cuasicontratos y responsabilidad extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 262;

ACEDO PENCO, Á., *Derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 47.

ALÍA ROBLES, A.: “Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, en *@Actualidad civil*, N° 2, 2020.

ALEMANY, M., “Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad (Una crítica a la Observación General n° 1(2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52 (2018), págs. 201-222.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Incapacitación y mandato*, LALEY, 2008.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de legislación civil en materia de discapacidad*, Reus, 2019.

ANDREU MARTÍNEZ, M.B., “Discapacidad y autonomía en el ámbito sanitario a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO y LECIÑENA IBARRA, *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Aranzadi, 2014.

ANGUITA RÍOS, R.M., “La protección del discapacitado no incapacitado”, en *@LALEY*, N° 8165 (2013).

AYERRA LAZCANO, J.M., “Voluntades anticipadas: su regulación y desarrollo”, en *Derecho y salud*, Vol. 12, N° extra 1 (2004), págs. 63 a 65.

BARIFFI, F.J., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”, en CAYO PÉREZ BUENO, L., *Hacia un Derecho de la discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 353 a 358.

BARRIGA BRAZO, J.J., “Entrevista: Rafael de Lorenzo, un agente del cambio social”, en CAYO PÉREZ BUENO, L.C., *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 1155 a 1178.

BIERI, P., *La dignidad humana. Una manera de vivir*, Herder, 2017.

CABEZUELO ARENAS, A.L., “La fuerza vinculante de las manifestaciones contenidas en escritura de autotutela nombrando o excluyendo tutor”, en *@Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 5 (2019).

CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “La representación voluntaria de los incapaces: Una manifestación de la autonomía de la voluntad de quien puede prever su pérdida de capacidad”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711.

CAPILLA RONCERO, F., “Autonomía de la voluntad y Derecho de la persona; o la autonomía personal en el Derecho privado”, en *@LALEY*, Nº 7675 (2011).

CARBALLIDA PIÑEIRO, M. y PÉREZ BUENO, L.C., *Hacia un derecho de la discapacidad*, Aranzadi, 2009.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral, tomo primero*, vol. 1º. 11ª. Edición, revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, Madrid, 1975.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., “Derechos políticos de las personas con discapacidad: especial referencia al sufragio activo”, en PEREÑA VICENTE, M., *La voluntad de la persona protegida*, Dykinson, 2018.

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.D.C., “La persona protegida: legitimación para el ejercicio de la acción de carácter personalísimo de separación o divorcio”, en PEREÑA VICENTE, M., *La voluntad de la persona protegida*, Tecnos, 2018.

COEDICIONES-ARANZADI, “Autonomía privada de los mayores de edad con discapacidad intelectual”, en *Aranzadi Instituciones*, enero 2016.

CORERA IZU, M., “Discapacidad y derecho al voto”, *LaLeydigital*, número 1592, 2018.

CORRAL BENEYTO, R., “La Convención de la ONU sobre derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Su contenido y efectos”, en *@LALEY*, Nº 8511 (2015).

CORRERA IZU, M., “Testamento vital”, en *La ley digital*, núm. 11208 (2013),

COURTIS, C., “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003”, en *Jueces para la Democracia*, Nº 51 (2004).

CUENCA GÓMEZ, P., “El derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. La adaptación de la legislación electoral española a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Derechos y Libertades*, número 38, Época II, enero 2018.

CUENCA GÓMEZ, P., “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”, en *Redur IO* (diciembre 2012), págs. 61-94.

CUENCA GÓMEZ, P., “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, en *Derechos y Libertades*, núm. 24 (enero 2011).

CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Universidad de Alcalá, 2012.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Reus, 1ª edición, 2019.

DE CASTRO Y BRAVO citado por WAGNER DE TIZÓN, C.M., en su tesis doctoral *Límites a la autonomía de la voluntad*, Universidad Nacional del Litoral, 2011/2013 (Argentina)

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Volumen II, Thomas Civitas, 2008.

DE LORENZO GARCÍA, R., “Los contornos del derecho de la discapacidad, en CARBALLIDA PIÑEIRO, M. y PÉREZ BUENO, L.C., *Hacia un derecho de la discapacidad*, Aranzadi, 2009, págs. 55- 120.

DE LORENZO, R.: “Discapacidad, sistemas de protección y Trabajo Social”, Alianza editorial, Madrid, 2018, págs. 40 y 41.

DE ASÍS ROIG, R., “La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad”, en CAYO PÉREZ BUENO, L., *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Navarra, 2009.

DE SALAS MURILLO, S., “Repensar la curatela”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27 (enero-diciembre 2013), págs. 11-48.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2019.

DEJONG, G., *The Movement for Independent Living: Origins, Ideology and Implications for Disability Research*.

DÍAZ ALABART, S., “El derecho de sufragio de las personas con discapacidad. La visión civilista”, *Revista de Derecho Privado*, número 96, 2012.

DÍAZ CEBALLOS PARADA, B., “Iniciativa mexicana para la elaboración de una Convención Internacional de las Naciones Unidas para la promoción y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, N° 78 (octubre de 2006).

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Volumen I, Tecnos, Madrid, 2012.

DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Vol. 1*, Thomson-Civitas, Madrid, 2009, recurso online.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, 2012, pág. 369.

DURÁN CORSANEGO, E., *La autorregulación de la tutela*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007.

ECHEVARRÍA DE RADA, T., “Autonomía de la voluntad y exigencia de forma en determinados instrumentos de protección de personas especialmente vulnerables”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2013, 2013,

ECHEVARRÍA DE RADA, T., “El documento de voluntades anticipadas. Capacidad para otorgarlo y forma de emisión de la declaración”, en PEREÑA VICENTE, M., *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, 2019, págs. 286 y ss.

ECHEVARRÍA DE RADA, T., “Voluntades anticipadas: cuestiones controvertidas”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 6 (2017), págs. 1 y 2.

ESCARTÍN IPIÉNS, J.A.: “La autocratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”. *Revista de Derecho Civil*, ISSN 2341-2216, Vol. 5, N°. 3 (julio-septiembre, 2018), 2018, págs. 85-119.

FÁBREGA RUIZ, C.F. y GONZÁLEZ RUIZ, F.J., *Práctica de Tribunales*, en Sección Estudios, Editorial Wolters Kluwer N° 123 (Noviembre-Diciembre 2016).

FAYOS GARDÓ, A., *Derecho Civil: Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos*, Dykinson e-Book, Madrid, 2018, pág. 115.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad”, en *RJUAM*, N.º 23 (2011), págs. 53-81.

FORNÉS, J., *Derecho matrimonial canónico*, Tecnos, 5ª edic., Madrid, 2008.

Fundación CERMI Mujeres Y Foro de la Discapacidad, “Poner fin a la esterilización forzosa de las mujeres y niñas con discapacidad”, Ediciones Cinca, marzo 2018.

GÁLVEZ MUÑOZ, L.A., “Sufragio y discapacidad. Notas sobre el régimen de votación de las personas discapacitadas (I)”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Nº 142, (2008), págs. 201-230.

GÁLVEZ MUÑOZ, L.A.: “El régimen de la participación electoral de las personas con discapacidad en los cuarenta años de democracia”, en *Revista de Derecho Político*, Nº 100 (septiembre-diciembre 2017).

GÁLVEZ MUÑOZ, L.A., “Los pilares de la reforma electoral de 2018 para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, número 32, 2019, págs. 104 y ss.

GARCÍA CANTERO, G., “Persons with disability vs. Personas incapacitadas... o viceversa? Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006, en el Ordenamiento español”, en *Revista de Derecho Civil*, núm. 4 (octubre-diciembre 2014).

GARCÍA RUBIO, M.P., “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo y anticipatorio”, en *Revista de Derecho civil*, Nº 3 (julio-septiembre 2018), págs. 29 a 60.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “Aptitud mental y capacidad testamentaria antes y después de la sentencia de incapacitación: Comentario a la STS de 15 de marzo 2018 (RJ 2018, 1090)”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 108 (2018), pág. 301.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., y LECIÑENA IBARRA, A., *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.

GARLAND, R., *The eye of the beholder Deformity & Disability in the Graeco-Roman world*, Duckworth, London, 1995 citado por PALACIOS A. y BARIFFI, F., “La discapacidad...” op cit. Págs. 13 y ss.

GIMENO CASALDUERO, J., “Alfonso el sabio: el matrimonio y la composición de las Partidas”, *Nueva Revista de Filología Hispánica*, 1 (1988).

GONZALEZ POVEDA, M. y PICÓN MARTIN, J.C: *Los discapacitados y su protección jurídica*, Dykinson, Madrid, 1999.

GORDILLO CAÑAS, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Matrimonio y discapacidad”, en *Derecho Privado y Constitución*, 32, enero-junio (2018), págs. 55-94.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, S.A. McGraw Hill, 1996.

GULLÓN BALLESTEROS, A., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, en “Los discapacitados y su protección jurídica”, en *Estudios de derecho judicial*, Nº 22 (1999),

GUTIÉRREZ CALLES, J.L., *La guarda del enfermo mental: deberes y responsabilidades*, Dykinson, 2004.

HASLER, F., “Vida independiente: visión filosófica”, en la obra *El movimiento de vida independiente. Experiencias internacionales*, op. cit., p. 57 y ss. Asimismo, Vid. en especial: OLIVER, M., *Social Work with Disabled People*, Macmillan, Basingstoke, 1983;

HÉRNANDEZ FRAGA, K. Y GUERRA COSME, D., “El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones”, en *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, Nº 6 (junio 2012), págs. 27-46. Universidad de Cienfuegos (Cuba).

HERAS HERNÁNDEZ, M^a.D.M., “Igualdad jurídica, matrimonio y discapacidad: apoyos y salvaguardias proyectados” en PEREÑA VICENTE, M., *La Voluntad de la persona protegida*, Tecnos, 2018.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, L.T., “Notas sobre la autonomía de la voluntad de las personas vulnerables en el ámbito sanitario”, *Revista Bioderecho.es*, Nº 3 (2016).

HOYO SIERRA, I. y SÁNCHEZ DE LA TORRE, Á., “Los principios de la autonomía de la voluntad y de legalidad en la modernización de la legislación contractual”, en *Principios del derecho I*, 2014, págs. 181-206.

JUANE SÁNCHEZ, M., *Lecciones de derecho sanitario*, Universidad de da Coruña, Servizo de Publicaións, 1999

KANT, M., *Metafísica de las Costumbres*, texto íntegro de la traducción de Manuel García Morente, Edición de Pedro M. Rosario Barbosa, Primera Edición, San Juan, Puerto Rico, 2007.

La adaptación de la legislación electoral española a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Derechos y Libertades*, número 38, Época II, enero 2018.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil. Tomo IV. Familia*, Dykinson, 2010.

LASARTE ÁLVAREZ, C., "Incapacitación y derechos fundamentales. La Convención de Nueva York de 2006, la Ley 1/2009 y la STS 282/2009, de 29 de abril", en AAVV, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, págs. 1325 a 1326.

LASARTE, C., *Parte General y Derecho de la persona. Principio de Derecho civil I*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

LÁZARO PALAU, C.M., “El consentimiento del paciente el Código civil catalán”, 2012.

LECIÑENA IBARRA, A., “Alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación *ex voluntate* y figuras tuitivas de apoyo”, en GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., y LECIÑENA IBARRA, A., *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pág. 143.

LECIÑENA IBARRA, A., “Alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación *ex voluntate* y figuras tuitivas de apoyo”, en GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., y LECIÑENA IBARRA, A., *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, págs. 131 a 182.

LECIÑENA IBARRA, *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Aranzadi, 2014, págs. 90 y 91, no ha llegado a la LBAP para el caso de las personas con la capacidad judicialmente modificada, a expensas de una mayor sensibilización a este respecto.

LINACERO DE LA FUENTE, M., *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016

LÓPEZ SAN LUIS, R.: “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, en *InDrett: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 2 (2020).

LORENZO GARCÍA, R., “Los contornos del derecho de la discapacidad, en, CARBALLIDA PIÑEIRO, M. y PÉREZ BUENO, L.C., *Hacia un derecho de la discapacidad*, Aranzadi, 2009.

MARCOS DEL CANO, M., *Voluntades anticipadas: estado de la cuestión*, Dykinson, 2014.

MARTÍN AZCANO, E.M., “De nuevo sobre la incapacitación judicial y la adecuación de los regímenes de guarda tradicionales”, en *@LA LEY*, Derecho de familia, Nº 2 (Segundo trimestre de 2014).

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, 1ª edición, Navarra, 2014.

MARTINEZ PIÑEIRO CARAMÉS, E.: “El apoderamiento o mandato preventivo”. http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/boletinJurisprudencia/index/assoc/Bajlib_2/009_t010.dir/Bajlib_2009_t010_011.pdf. conferencia pronunciada el 20 de Noviembre de 2008.

MARTÍN TEJEDOR, J.A., “La no necesidad del consentimiento informado en la práctica médica”, en JUANE SÁNCHEZ, M., *Lecciones de derecho sanitario*, Universidad de da Coruña, Servicio de Publicaións, 1999.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L., *Derechos fundamentales y discapacidad*, Ediciones Cinca, 2015.

MICHELINI, D.J., “Dignidad humana en Kant y Habermas”, en *Estudios de filosofía práctica e historia de las ideas*, Nº 1 (junio 2010).

MORENO BOBADILLA, Á. “El derecho a la intimidad en España”, en *Ars Boni et Aequi*. Volumen 12, Nº 1(2016).

MOSCOSO TORRES, R.M., “El documento de instrucciones previas: límites formales y apreciación de la capacidad”, disponible en aequitas.notariado.org

MUNAR BERNAT, P.A., “La curatela. Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, Nº3 (julio-septiembre 2018) págs. 121 a 152.

MUÑOZ DE DIOS, L., «¿Y si el poderdante deviene incapaz de hecho?», en *El Notario del siglo XXI*, (marzo-abril de 2006).

NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El régimen jurídico del documento de voluntades anticipadas en el ámbito estatal y autonómico*, J.M. Bosh, Barcelona, 2019, págs. 117 y 118.

NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El régimen jurídico del documento de voluntades anticipadas en el ámbito estatal y autonómico*, J.M. Bosh Editor, Barcelona, 2019, 126 y ss.

NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El régimen jurídico del documento op. cit.* pág. 117.
Nuestros Derechos, Fundación Aequitas, Thomson Reuters,
http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=ff0b3389-2b98-4ba2-b35b-7be08451dac3&groupId=10228

OLIVER, M., *The Politics of Disablement*, op. cit. p; OLIVER, M., *Understanding Disability*, op. cit.

PALACIOS A. y BARIFFI, F., “La discapacidad como cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Ediciones Cinca, 2007,

PALACIOS GONZÁLEZ, D., “Protección jurídica de las personas con funcionamiento intelectual límite y discapacidad intelectual ligera: medidas judiciales de apoyo y autodeterminación socio-sanitaria”, en *Actualidad Civil*, N.º 10 (Octubre 2014).

PALACIOS GONZÁLEZ, D., “Protección jurídica de las personas con funcionamiento intelectual límite y discapacidad intelectual ligera: medidas judiciales de apoyo y autodeterminación socio-sanitaria”, en *Actualidad Civil*, N.º 10 (Octubre 2014).

PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, 2007.

PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, 1ª edición, Madrid, junio 2008.

PALLARÉS NEILA, J., “Tutela versus curatela”, en *La Ley digital*, núm. 659 (2016).

PALOMARES BAYO, M. y LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial*, Comares, Granada, 2002, pp. 130 y ss.

PALOMINO DÍEZ, I., *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

PARRA LUCÁN, M.A., “Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad”, en GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., y LECIÑENA IBARRA, A., *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, pág. 190.

PARRA LUCÁN, M.Á., “Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar”. *Actas del Congreso Internacional “Límites a la autonomía de la voluntad” de la Universidad de Zaragoza los días 29 y 30 de septiembre de 2016*”, COMARES, 2017, Granada, páginas 96 y 97.

PARRA LUCÁN, M.Á., *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio*, COMARES, Granada, 2016.

PARRA LUCÁN, M.Á., “La incidencia de las reformas del año 2015 en la protección de las personas con discapacidad”, en, SERRANO GARCÍA, I. y CANDAU PÉREZ, A., *Protección jurídica de la persona con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 225 a 312.

PAU PEDRÓN, A., “De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, en *Revista de Derecho civil*, N° 3 (julio-septiembre 2018).

PEREÑA VICENTE en cuanto a la aplicación del poder preventivo a la esfera patrimonial del sujeto, se pronuncia COEDICIONES-ARANZADI, “Autonomía privada de los mayores de edad con discapacidad intelectual”, en *Aranzadi Instituciones*, enero 2016,

PEREÑA VICENTE, M., *Dependencia e incapacidad. Libertad de elección del cuidador o del tutor*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

PEREÑA VICENTE, M., *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, 2018.

PÉREZ ALBERDI, M. R., “Los derechos de participación política de las personas con discapacidad”, en *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, número 1, vol. 9, enero-junio 2019.

PÉREZ BUENO, L.C., *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Navarra, 2009.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., “Comentario a la sentencia de 29 de abril de 2009”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, enero-abril 2010.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad", en @LLEY, N° 15231 (Abril 2011).

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. y PEREÑA VICENTE, M. *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Wolters Kluwer, 2011

PINAR, A., *Modelo de tutela*, Asociación Española de Fundaciones Tutelares, 2012.

PORTERO GARCÍA, L., “Aspectos jurídicos sobre el consentimiento informado”, *Boletín del Ministerio de Justicia (estudios doctrinales)*, N° 1838 (1999).

RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: “Notas sobre el apoyo a la autodeterminación de la persona incapacitada en el Código Civil a partir de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad”, en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. y PEREÑA VICENTE, M. *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Wolters Kluwer, 2011, págs. 347 a 372.

RODRÍGUEZ ENNES, L.: “Florencio García Goyena y la codificación iberoamericana”, en *Anuario de historia del Derecho español*, N° 76 (2006) págs. 705-726.

RODRÍGUEZ ESCUDERO, V., “El reconocimiento de la dignidad en la protección de los derechos al honor y a la propia imagen de la persona con discapacidad”, en *Actualidad Civil*, N° 7 (2016).

RUIZ-RICO RUIZ y GARCÍA ALGUACIL en RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y GARCÍA ALGUACIL, M.J., *La Representación Leal de Menores e Incapaces. Contenido y límites a la actividad representativa*, Thomson Aranzadi, 2004.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., “El sistema tutelar”, en SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de Derecho civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 326 a 358.

ROSSEAU, J.J., *El contrato social*, Obras clásicas de siempre,
http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/ObrasClasicas/_docs/ContratoSocial.pdf

SALAS MURILLO, S., “Repensar la curatela”, en *Derecho Privado y Constitución*, N° 27 (2013), págs. 11 a 48.

SALAS MURILLO, S., “Significado jurídico del “apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica” de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención”, en *Aranzadi civil-mercantil*, N°5 (2018).

SALAS MURILLO, S., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, 2019.

SALAS MURILLO, S., “¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°780 (2020), págs. 2227 a 2268.

SALINAS QUIJADA, F. “Navarra en el Proyecto isabelino de Código civil de 1851 y en las Concordancias de García Goyena”, en *Príncipe de Viana*, N° 45, N°173 (1984), págs. 655-698.

SÁNCHEZ CALERO, F.J., *Curso de Derecho Civil IV. Derechos e familia y sucesiones*, Tirant lo Blanch, 8ª edición, Valencia, 2017.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O. y SOLAR CAYÓN, J.I., *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en la legislación Autonómica de Cantabria. Propuestas de Reforma Legislativa*, Dykinson, 2015,

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O. y SOLAR CAYÓN, J.I., “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en la legislación Autonómica de Cantabria. Propuestas de Reforma Legislativa”, Dykinson, 2015.

SÁNCHEZ MEJÍAS, L.A., “Las voluntades anticipadas en Castilla la Mancha”, en *Cuaderno de Estudios Manchegos*, N° 40 (2015), págs. 135 a 158.

SANCHO GARGALLO, I., “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, *InDret*, N° 209 (2004).

SANZ RUBIALES, Á.; DEL VALLE RIVERO, M.L.; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. y FERREIRA ALONSO, R., “Teoría y práctica del consentimiento informado”, *Cuadernos de Bioética*, N° 27 (2016)

SARRÍAS LORENT, X., “Voluntades anticipadas y praxis médica”. Jornadas sobre el Derecho a la autonomía de la voluntad en el ámbito de la salud, coordinadas por

SCATOLINI, J.C., Dignidad y autonomía de la persona. Concepto y fundamento de los derechos humanos, en *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, N° 2 (2018).

SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., *La esterilización de incapaces en el Derecho español*, Colección F. Paidea. Documentos, A Coruña, 1996.

SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., *La esterilización: Derecho español y Derecho comparado*, Dykinson, Madrid, 1998.

SERRANO GARCÍA, I. y CANDAU PÉREZ, A., *Protección jurídica de la persona con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SERRANO GARCÍA, I., “¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones? Bettencourt, Sordi, di Stéfano”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751 (septiembre 2015), págs. 2587-2606.

SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, A., “La autonomía de la voluntad como generadora de contratos en el marco del derecho privado comparado: el consentimiento”, en *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, 19-20 (2001-2002).

SILVA-RUIZ en SILVA-RUIZ, P.F., “El derecho a morir con dignidad y el testamento vital”, en *Boletín*, núm. 1651 (1992).

SOLÉ RESINA, J., “El derecho a decidir sobre la propia salud. Especial referencia a las personas discapacitadas”, en *@Revista Electrónica de Diritto*, N° 2 (junio 2014).

SOLÉ RESINA, J., “La esterilización no consentida de persona con discapacidad”, en *@LaLey*, N° 6954 (2019).

STITCHKIN BRANOVEZ, D., *El mandato civil*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009.

TORRES GARCÍA, T., y GARCÍA RUBIO, M^a P., “La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones”, en *Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo*, 2014.

TUR FAÚNDEZ, M.N., “El documento de Instrucciones Previas o Testamento Vital. Régimen Jurídico”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10 (2004).

VALDÉS DAL-RÉ, F., “Derechos en serio y personas con discapacidad”, en *@LLEY*, N.º12 (Quincena del 23 Junio al 8 Julio 2005).

VALVERDE, M.A. e INCHAUSPE, J.A., “¿Hay lugar para el consentimiento informado en los tratamientos de las personas con psicosis? Una reflexión sobre el tratamiento de la psicosis”, en *Revista de Bioética y Derecho*, N° 30 (2014), págs. 40-65

VIVAS TESÓN, I., “Bioinvestigación, biobancos y consentimiento informado del sujeto fuente vulnerable”, en *La Ley*, Nº 7870 (2012).

VIVAS TESÓN, I., *Más allá de la capacidad de querer y entender*, FUTUREX, 2012.

ZAMBRANO, V., “La protección de los mayores entre el Código civil y la ley especial. La experiencia italiana”, en LASARTE ÁLVAREZ, C., *La protección de las personas mayores*, Tecnos, 2007.

LEGISLACIÓN

Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil. Gaceta de Madrid, de 5 de febrero de 1881, núm. 36.

Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, que instauró en nuestro país el reconocimiento de derechos de las personas discapacitadas.

Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. BOE, 26 de octubre de 1983, núm. 256.

Ley de Enjuiciamiento Civil de 1885.

Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento no de la organización y régimen del Notariado. BOE núm. 189, de 7 de julio de 1944.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, proclamada por la Asamblea General en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971.

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. BOE de 20 de junio de 1985, núm. 147.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Section 11, Electoral Act, number 23 of 1992.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C364/1, 18 de diciembre de 2000 (2000/C 364/01).

Ley 14/1996, de 25 de abril, General de Sanidad. BOE, de 25 de abril de 1996, núm. 102.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 41/2000, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, BOE núm. 274.

Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica. BOE, de 2 de febrero de 2001, núm. 29.

Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid. BOE, de 5 de marzo de 2002, núm. 55.

Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes. BOE de 3 de julio de 2001, núm. 158.

Ley 10/2001, de 8 de junio, de Salud de Extremadura. BOE de 25 de julio de 2001, núm. 177.

Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud. Boletín Oficial del Estado de 3 de mayo de 2002, núm. 106.

Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón. BOE, 21 de mayo de 2002, núm. 121.

Decreto 175/2002, de 25 de junio, por el que se regula el Registro de voluntades anticipadas. Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. BOE, de 14 de noviembre de 2002, núm. 274.

Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad. BOE de 3 de diciembre de 2011, núm. 291.

Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria. BOE de 7 de enero de 2003, núm. 6.

Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana. BOE de 25 de febrero de 2003, núm. 48.

Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Iles Balears. BOE de 8 de mayo de 2003, núm. 110.

Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud. Boletín Oficial del Estado, de 30 de abril de 2003, núm. 103.

Decreto 100/2003, de 6 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas. Boletín Oficial de Aragón, de 28 de mayo de 2003, núm. 64.

Decreto Foral 140/2003, de 16 de junio, por el que se regula el Registro de voluntades anticipadas. Boletín Oficial de Navarra de 30 de junio de 2003, núm. 81.

Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada. BOE, 21 de noviembre de 2011, núm. 279.

Decreto 270/2003, de 4 de noviembre, por el que se crea y regula el Registro Vasco de Voluntades Anticipadas. Boletín Oficial del País Vasco de 28 de noviembre de 2003, núm. 270.

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Decreto 168/2004, de 10 de septiembre, del Consell de la Generalitat, por el que se regula el Documento de Voluntades Anticipadas y se crea el Registro Centralizado de Voluntades Anticipadas de la Comunidad Valenciana. Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 29 de septiembre de 2004, núm. 4.846.

Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Diario Oficial de la Unión Europea, C310, 16 de diciembre de 2004 (2004/C 310/1).

Ley 3/2005, de 7 de marzo, de modificación de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes. BOE, de 19 de abril de 2005, núm. 93.

Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente. BOE de 20 de noviembre de 2005, núm. 269.

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio

Ley de 6/2005, de 7 de julio, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud. BOE, de 25 de agosto de 2005, núm. 203.

Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente. BOE de 5 de agosto de 2005, núm. 186.

Decreto 80/2005, de 8 de julio, por el que se aprueba el reglamento de instrucciones previas y su registro. Boletín Oficial de la Región de Murcia de 19 de julio de 2005, núm. 164/2005.

Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad. Boletín Oficial del Estado de 21 de octubre de 2005, núm. 252.

Decreto 13/2006, de 8 de febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro. Gobierno de Canarias, de 2 de marzo de 2006, núm. 2006/043.

Decreto 15/2006, de 21 de febrero, del Registro de Voluntades Anticipadas de Castilla-La Mancha. Diario Oficial de Castilla-La Mancha, de 24 de febrero de 2006, núm. 42.

Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas. BOE, de 5 de abril de 2006, núm. 81.

Decreto 30/2006, de 19 de mayo, por el que se regula el Registro de Instrucciones Previas de La Rioja. Boletín Oficial de La Rioja de 25 de mayo de 2006, núm. 69.

Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. BOE, de 11 de agosto de 2006, núm. 191.

Orden 8/2006, de 26 de julio, de la Consejería de Salud, sobre la forma de otorgar documento de instrucciones previas ante personal de la administración. Boletín Oficial de La Rioja de 5 de agosto de 2006, núm. 106.

Decreto 101/2006, de 16 de noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula el Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid. Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 28 de noviembre de 2006.

Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Orden 2191/2006, de 18 de diciembre, de la Conserjería de Sanidad y Consumo, por la que se desarrolla el Decreto 101/2006, de 28 de noviembre, por el que se regula el Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid y se establecen los modelos oficiales de los documentos de solicitud de inscripción de las Instrucciones Previas y de su revocación, modificación o sustitución. Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 20 de diciembre de 2006.

Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2007.

Decreto 30/2007, de 22 de marzo, por el que se regula el documento de instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el Registro de Instrucciones Previas de Castilla y León. Boletín Oficial de Castilla y León, de 28 de marzo de 2007, núm. 62/2007.

Orden 645/2007, de 19 de abril, de la Conserjería de Sanidad y Consumo, por la que se regula el otorgamiento de las Instrucciones Previas, su modificación, sustitución y revocación ante el personal al servicio de la Administración. Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, de 7 de mayo de 2007.

Decret 58/2007, de 27 d'abril, de desplegament de la Llei de voluntats anticipades i del Registre de Voluntats Anticipades de les Illes Balears. Boletín Oficial de las Islas Baleares, de 10 de mayo de 2007, núm. 70.

Decreto 311/2007, de 15 de octubre, por el que se regula el contenido, organización y funcionamiento del Registro de Expresión Anticipada de Voluntades de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se crea el Fichero Automatizado de datos de carácter personal del citado Registro. Diario Oficial de Extremadura, de 18 de octubre de 2007, núm. 121.

Decreto 259/2007, de 13 de diciembre, por el que se crea el Registro gallego de instrucciones previas sobre cuidados y tratamiento de la salud. Diario Oficial de Galicia, de 14 de enero de 2008, núm. 9.

Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Decreto 4/2008, de 23 de enero, de Organización y Funcionamiento del Registro del Principado de Asturias de Instrucciones Previas en el ámbito sanitario. Boletín Oficial del Principado de Asturias, de 7 de febrero de 2008, núm. 31.

Decreto 4/2008, de 23 de enero, de Organización y Funcionamiento de el Principado de Asturias de Instrucciones Previas en el ámbito sanitario. Boletín Oficial del Principado de Asturias, de 7 de mayo de 2008, núm. 105.

Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia. BOE de 9 de febrero de 2011, núm. 34.

Ley 6/2009, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y de Contenido Financiero. Boletín Oficial del Estado de 21 de enero de 2012, núm. 18.

Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de muerte. BOE, 25 de mayo de 2010, núm. 127.

Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra. BOE de 28 de diciembre de 2010, núm. 315.

Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte. BOE, de 14 de mayo de 2011, núm. 115.

Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de muerte. Boletín Oficial de Navarra de 4 de abril de 2011, núm. 65.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Código de Deontología Médica. Guía de Ética Médica, elaborado por la Organización médica colegial de España en 2011.

Decreto 59/2012, de 13 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, de 26 de marzo de 2012, núm. 59.

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social. BOE, de 3 de diciembre de 2013.

Ley 12/2013, de 9 de diciembre, de garantías de prestaciones sanitarias. BOE de 29 de enero de 2014, núm. 25.

la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana. BOE de 10 de febrero de 2015, núm. 35.

Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. BOE de 6 de junio de 2014, núm. 137.

Decreto 159/2014, de 11 de diciembre, por el que se establece la organización y funcionamiento del Registro gallego de instrucciones previas sobre cuidados y tratamiento de la salud. Diario Oficial de Galicia, de 19 de diciembre de 2014, núm. 248.

Ley 1/2015, de 9 de febrero, de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida. Boletín Oficial del Estado, de 4 de marzo de 2015, núm. 54.

Ley 4/2015, de 23 de marzo, de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir. BOE, de 22 de abril de 2015, núm. 96.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE, de 3 de julio de 2015 núm. 178.

Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales. BOE, de 23 de septiembre de 2015, núm. 228.

Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida. BOE de 21 de julio de 2016, núm. 176.

Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña. BOE, de 21 de julio de 2017, núm. 173.

Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Ley 16/2018, de 28 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida. BOE de 30 de julio de 2018, núm. 183.

Decreto 56/2018, de 28 de agosto, por el que se modifica el Decreto 15/2006, de 21 de febrero, del Registro de Voluntades Anticipadas de Castilla-La Mancha. Diario Oficial de Castilla-La Mancha, de 4 de septiembre de 2018, núm. 173.

Ley Orgánica 2/1018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia, 122/000020, 31 de enero de 2020, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. Núm. 46-1.

Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 17 de julio de 2020 Núm. 27-1.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH de 17 de octubre de 1986, caso Rees contra Reino Unido (TEDH 1986\11).

STEDH de 18 de diciembre de 1987, caso F. contra Suiza (TEDH 1987/32).

STEDH (Sección 4ª) de 29 de abril de 2002, caso Pretty contra Reino Unido (TEDH\2002\23).

STEDH (SECCIÓN 4ª) de 13 de septiembre de 2005, caso B. y L. contra Reino Unido (TEDH 2005\95).

STEDH (Sección 2ª) de 20 de mayo de 2010, caso Alajos Kiss contra Hungría (JUR\2010\160970).

STEDH de 8 de noviembre de 2011, caso V.C. contra Eslovaquia (TEDH\2011\95).

STEDH (Sección 1ª) de 24 de julio de 2012, caso Dordevic contra Croacia (JUR/2012/25513).

STEDH (Sección 4ª), de 20 de mayo de 2014, caso McDonald contra Reino Unido (TEDH\2014\27).

SSTEDH (Sección 2ª) de 23 de septiembre de 2014, caso Gajcsi contra Hungría (TEDH\2014\58).

STEDH de 21 de octubre de 2014, caso Harmati contra Hungría (TEDH\2014\76)
Dictamen del TEDH de 28 de junio de 2017.

Tribunal Constitucional

STC (Pleno), núm. 215/1994, de 14 de julio (RTC\1994\215).

STC núm. 81/2001, de 26 de marzo (RTC 2001/81).

STC (Pleno), núm. 22/1981, de 2 de julio de 1981 (RTC/1981/22).

STC núm, 311/2000, de 18 de diciembre.

Auto del Tribunal Constitucional número 196/2016, de 28 de noviembre (JUR\2017\32326).

STC 133/2017, de 16 de noviembre de 2017. Recurso de inconstitucionalidad 2845-2007.

Tribunal Supremo

STS de 5 de marzo de 1947.

STS (Sala de lo Civil), núm. 40/1980, de 23 de noviembre de 1980.

STS (Sala de lo Civil), núm. 118/1981, de 24 de febrero de 1981.

STS (Sala de lo Civil) núm. 22/1981, de 2 de julio de 1981.

STS (Sala de lo Civil), núm. 169/1981, de 23 de noviembre de 1981.

STS (Sala de lo Civil), núm. 1162/1982, de 7 de octubre de 1982.

STS (Sala de lo Civil) de 31 de diciembre de 1991.

STS (Sala de lo Civil), núm. 170/1995, de 24 de febrero (RJ 1995\1135).

STS núm. 149/2000, de 27 de febrero.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 282/2009, de 29 de abril (RJ 2009\2901).

STS núm. 625/2011, de 21 de septiembre.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 617/2012, de 11 octubre (RJ 2012\9713).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 421/2013, de 24 de junio (RJ\2013\3948).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 337/2014, de 30 de junio (RJ\2014\4930).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 341/2014, de 1 de julio (2014/4518).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 544/2014, de 20 de octubre (RJ 2014\5610).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 553/2015, de 14 de octubre (RJ\2015\4755).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 557/2015, de 20 de octubre (RJ\2015\4900).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 600/2015, de 4 de noviembre (RJ 2015\5138).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 181/2016, de 17 de marzo (RJ\2016\846).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 373/2016, de 3 de junio (RJ 2016\2311).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 298/2017, de 16 de mayo (RJ\2017\2207).

STS (Sala de lo Civil), núm. 3535/2017, de 11 de octubre de 2017 (RJ 2065\2016).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 597/2017, de 8 noviembre, (RJ 2017\4760).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 145/2018, de 15 de marzo.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 362/2018, de 15 de junio (RJ 2018\2449).

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 27 de marzo de 2019 (JUR 2019\113271).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 465/2019, de 17 de septiembre (RJ 2019\3610).

Jurisprudencia menor.

SAP de Asturias (5ª Sección) núm. 19 de 15 de enero de 1996 (AC\1996\105).

SAP de Madrid (Sección 1ª) Sentencia núm. 435/1998 de 22 octubre (AC\1998\2263).

SAP de La Rioja núm. 138/1998 de 14 de marzo (AC\1998\4154).

SAP de Madrid (Sección 22ª) de 3 de noviembre de 1998 (AC\1997\2471).

SAP de Madrid (Sección 22ª) de 11 de marzo de 1999 (AC\1999\4314).

- SAP de Valladolid (Sección 3ª) núm. 254/1999 de 21 julio (AC\1999\1988).
- SAP Cuenca (Sección Única) núm. 81/2000 de 21 de marzo (AC\2000\1152).
- SAP de Huesca núm. 119/2000 de 30 de abril (AC\2002\1004).
- SAP de Huesca (Sección 1ª) núm. 146/2000, de 22 de junio (JUR\2004\202558).
- SAP de Murcia (Sección 1ª) núm. 532/2001 de 24 de noviembre (JUR\2002\36350).
- SAP Ávila núm. 48/2002 de 1 marzo (AC\2002\849).
- SAP Álava (Sección 1ª) núm. 114/2002 de 17 abril (AC\2003\1499).
- SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 10 de febrero de 2004 (JUR\2004\92268).
- SAP Madrid (Sección 22ª) de 10 enero de 2003 (JUR\2003\92878).
- SAP Cantabria (Sección 2ª) núm. 240/2003 de 24 de abril (JUR\2004\1556).
- SAP de Navarra (Sección 3ª), núm. 108/2005, de 14 de junio (AC 2005\1813).
- SAP de Álava (Sección 2ª) núm. 145/2005, de 13 de octubre, (JUR\2006\67550).
- SAP de Madrid (Sección 24ª) núm. 413/2006, de 5 de abril (JUR\2006\159662).
- SAP de A Coruña (Sección 6ª), núm. 407/2007, de 14 de noviembre (AC 2008\278).
- SAP de Madrid (Sección 22ª), núm. 727/2007, de 23 de noviembre (AC 2008\136).
- SAP de Madrid (Sección 22ª), núm. 727/2007, de 23 de noviembre (AC 2008\136).
- SAP de Girona (Sección 2ª), núm. 235/2009, de 19 de junio (AC\2009\1715).
- Auto de la AP de Madrid (Sección 22ª), núm. 196/2010, de 9 de junio (JUR 2010\290316).
- SAP de A Coruña (Sección 5ª) núm. 353/2010 de 8 de octubre (JUR\2010\411796).
- SAP de Cuenca (Sección 1ª) núm. 7/2010, de 5 de febrero (JUR\2010\112554).
- Auto de la AP de Madrid (Sección 22ª), núm. 196/2010, de 9 de junio (JUR 2010\290316).

SAP de Vizcaya (Sección 4ª), núm. 38/2016, de 1 febrero (JUR 2016\81024).

SAP de Vizcaya (Sección 4ª), núm. 84/2016, de 11 febrero (JUR 2016\80934).

SAP de Alicante (Sección 6ª), núm. 153/2017, de 18 de mayo (JUR\2018\44908).

SAP de Alicante (Sección 6ª), núm. 153/2017, de 18 de mayo (JUR\2018\44908).

Auto de la AP de Zaragoza (Sección 2ª), núm. 533/2017, de 14 de julio (JUR\2018\46587).

Auto de la AP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 372/2017, de 26 de septiembre (JUR\2018\64885).

Auto de la AP de Vizcaya (Sección 2ª) núm. 90147/2018 de 26 marzo (ARP 2018/920).

STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) núm. 84/2018 de 12 de marzo, (JUR\2018\157512).

Auto de la AP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 305/2018, de 18 de mayo (JUR\2018\167483).

SAP de Murcia (Sección 4ª), núm. 413/2018, de 21 de junio (JUR\2018\264853).

SAP de Madrid (Sección 24ª), núm. 555/2018, de 28 de junio (JUR 2018\227883).

SAP de Murcia (Sección 4ª), núm. 873/2018, de 20 diciembre (JUR 2019\40742).

SAP de Madrid (Sección 24ª), núm. 555/2018, de 28 de junio (JUR 2018\227883).

SAP de Córdoba (Sección 1ª), núm. 209/2019, de 11 de marzo (AC 2019\537).

SAP de Cuenca (Sección 1ª), núm. 421/2019, de 18 diciembre (JUR 2020\85490).

SAP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 852/2019 de 18 diciembre (JUR\2020\44880).

SAP de Vizcaya (Sección 4ª) núm. 1120/2019, de 28 de junio (JUR\2019\253915)

SAP de Vizcaya núm. 769/2019 de 14 de mayo (JUR\2019\227493).

SAP de Vizcaya núm. 759/2019 de 14 de mayo (JUR\2019\227601).

SAP de Vizcaya núm. 629/2019 de 15 de abril (AC\2019\1131).

SAP de Cuenca (Sección 1ª), núm. 421/2019, de 18 diciembre (JUR 2020\85490).

SAP de Barcelona (Sección 1ª), núm. 292/2019, de 13 mayo (JUR 2019\159167).

SAP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 29/2020, de 17 enero (JUR\2020\53777).

SAP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 33/2020, de 20 enero (AC\2020\126).

SAP de Barcelona (Sección 18ª) núm. 80/2020 de 29 enero (JUR\2020\58413).

OTROS

Observación general del Comité de Derechos Humanos. 57º período de sesiones. 12 de julio de 1996.

Recomendación general núm. 24, ya en 1999, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, quien declaró en su apartado 22 que los Estados partes no debían permitir formas de coerción, tales como la esterilización no consentida, que viola el derecho de la mujer a la dignidad y a dar su consentimiento con conocimiento de causa.

Second session of the Ad Hoc Committee on a comprehensive and integral international Convention on protection and promotion of the rights of persons with disabilities. New York, 16 to 27 June 2003.

New Zealand. Dr. Jan Scown. Ad Hoc Committee on an International Convention, Fourth Session, 23 August – 3 September 2004. Contributions to proposals for a comprehensive and integral international convention on the protection and promotion of the rights and dignity of persons with disabilities.

Instrucción de la Fiscalía General del Estado, núm. 3/2010, de 29 de noviembre de 2010. JUR\2010\403746.

Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos, publicada en el informe del Consejo sobre su 16º período de sesiones (A/HRC/16/2), cap. I. 12 de abril de 2011. GE.11-12716 (S) 180411 190411.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un

compromiso renovado para una Europa sin barreras”. *COM (2010) 636 final* (2011/C 376/15), aprobado en septiembre de 2011.

Observación general nº1 (2014) del Comité sobre los derechos de las Personas con Discapacidad sobre el artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014.

Observación general núm. 3 (2016), sobre las mujeres y niñas con discapacidad. CRPD/C/GC/3, de 25 de noviembre de 2016.

Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a España, CRPD/C/ESP/CO/1, de 19 a 23 de septiembre de 2011.

Resolución Circular de 23 de diciembre de 2016, de la Dirección de Registros y del Notariado.

Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España CRPD/C/EST/CO/2-3, de 13 de mayo de 2019.

Instrucción 5/2019, de 11 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre aplicación de la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

Instrucción 3/2020, de 29 de noviembre, sobre la necesidad de fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas. FIS-I-2010-00003

INTRODUCCIÓN Y CONCLUSIONES EN LENGUA ITALIANA

INTRODUZIONE

Già nel XIV secolo Dante Alighieri diceva che il miglior dono che Dio ha fatto nella sua abbondanza era l'autonomia della volontà. Oggi, a prescindere da ideologie o credenze, la verità è che l'autonomia della volontà è per la persona il valore fondamentale che permette il libero sviluppo della sua personalità, di agire secondo le sue idee, credenze, interessi, desideri o preferenze. Questo principio guida dell'ordinamento giuridico è alla base di tutti gli altri diritti di natura altamente personale che vengono attribuiti a tutte le persone semplicemente perché sono persone.

In questo senso, le persone con disabilità sono state private di questo diritto di autodeterminazione, limitando la loro autonomia di volontà per la mancanza di considerazione della loro capacità di agire e di esercitare i loro diritti, sostenendo tale azione nel possesso della disabilità. I diversi modelli di concezione della disabilità presenti fino a poco tempo fa hanno portato alla limitazione dei diritti e delle libertà al fine di tutelare gli interessi della persona, nella convinzione che un terzo sia più capace di colui che ha una disabilità, di vigilare sul suo benessere, detenendo il potere decisionale sugli affari della seconda parte tutelati dal mandato legale e giudiziario.

Con queste premesse, abbiamo iniziato il nostro lavoro di ricerca sul libero sviluppo della personalità delle persone con disabilità, entrando in una crescente regolamentazione nazionale riguardante la considerazione della persona con disabilità come soggetto di diritti, lasciando la sua percezione come oggetto di protezione.

Sebbene il cambiamento sia graduale, con periodi di quasi totale stagnazione, bisogna riconoscere la radice di questo progresso, che risale alla promulgazione della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006, firmata e ratificata dalla Spagna il 23 novembre 2007. Il cosiddetto nuovo paradigma, che implica l'entrata in vigore di uno strumento internazionale che considera la disabilità come una questione di diritti umani e che articola, su un piano di parità, le linee guida che gli Stati parti devono seguire per garantire che le persone con disabilità siano rispettate nella loro dignità e nel resto dei loro diritti in quanto titolari di rapporti giuridici, apre un nuovo orizzonte in questo ambito.

Tale considerazione della persona come centro di diritti si realizza, in primo luogo, attraverso il pieno riconoscimento della capacità giuridica, senza distinzione tra titolarità ed esercizio dei diritti. In questo modo, la persona può decidere sulle questioni di sua competenza, senza essere privata o limitata a causa della sua disabilità. Tuttavia, l'esercizio di alcuni o di tutti i diritti non sarà libero da ostacoli che la persona potrà superare con la fornitura di un supporto - sia esso materiale, tecnologico, umano o sensoriale - specializzato e determinato per la situazione che la persona presenta. Tale sostegno, soprattutto quando è umano, non può, secondo il mandato della Convenzione, tradursi in una rappresentanza legale della persona e nella sostituzione del suo potere decisionale, pertanto non comporta l'assunzione di decisioni da parte della persona con disabilità, tenendo conto che sono la sua volontà, i suoi desideri e le sue preferenze a far parte di qualsiasi decisione che la riguarda o la colpisce.

Ci saranno, infatti, situazioni in cui la persona non sarà in grado di prendere alcuna decisione, anche con il sostegno, a causa della compromissione delle sue facoltà intellettuali e volitive, che ci sembra di capire essere la sua capacità naturale. In tali casi, quando, dopo aver esaurito le possibili vie per ottenere la volontà, i desideri o le preferenze della persona con la prestazione di sostegno, non è possibile, si deve agire in conformità a quanto espresso dalla persona in precedenza o in anticipo attraverso i vari meccanismi che l'ordinamento giuridico configura in modo che ognuno possa progettare il proprio futuro nel caso in cui arrivi il giorno in cui non possa farlo da solo e abbia bisogno dell'intervento di un terzo. In secondo luogo, se la persona non ha concesso o progettato alcun modello di pianificazione futura, seguirà il suo percorso di vita, la sua storia di valori, il modo in cui avrebbe agito se non fosse stato in grado di farlo, anche con il sostegno. Tutte le decisioni ruotano intorno alla persona come oggetto di diritti e doveri.

Tale riconoscimento è particolarmente forte quando si riferisce all'esercizio dei diritti derivanti dalla personalità del soggetto, dove finora il ricorso alla rappresentanza della persona è stato messo in discussione in alcuni casi e, in altri, è stato considerato l'unica alternativa praticabile, seguendo un sistema di sostituzione della capacità della persona. Nell'ambito dei diritti della personalità, vi sono numerosi esempi in cui il presunto regime di uguaglianza previsto dalla Convenzione non viene applicato o addirittura preso in considerazione, dando luogo a notorie violazioni dei diritti fondamentali delle persone a causa della loro disabilità, il che, in considerazione dell'applicazione dello strumento di rango superiore che, a sua volta, fa parte dell'ordinamento giuridico nazionale, è impraticabile.

La limitazione o, in alcuni casi, la privazione dei diritti delle persone con disabilità si basa sulla normativa vigente, che disciplina un procedimento in cui la capacità del soggetto viene modificata su richiesta della persona, dei suoi parenti stretti e della Procura della Repubblica, in ragione di una limitazione della volontà della persona, che comporta l'assunzione di tale potere decisionale, sradicato dalla figura di un terzo. La contraddizione di queste affermazioni con il contenuto della Convenzione ha dato luogo a numerose riforme che cercano di incarnare il contenuto della Convenzione nell'ordinamento giuridico vigente, con conseguenti modifiche sostanziali ma insufficienti. In questo contesto, l'importanza della giurisprudenza nel far progredire il modello sociale della disabilità incluso nello standard internazionale non può essere enfatizzata eccessivamente, riconoscendo, nelle diverse sfere della personalità, la sua autonomia, anche quando il suo esercizio richiede la fornitura di un supporto adeguato, individualizzato e salvaguardato che garantisca il rispetto della volontà della persona, al di là dei criteri personali o dello standard dell'interesse personale.

Nelle diverse sfere della personalità, tali questioni relative all'esercizio dei diritti da parte della persona con disabilità sono state affrontate, soprattutto quando la capacità è stata modificata sulla base della legislazione in vigore - contrariamente alla considerazione di una capacità universale, invariabile e non degradabile auspicata dalla Convenzione, trovare posizioni differenziate al suo interno, da quel settore tendente alla validità del paternalismo giuridico rispetto a quelli considerati come soggetti più vulnerabili, come l'altro, in conformità al mandato internazionale, che promuove l'esercizio dei diritti da parte della persona con disabilità, con la congiunzione del sostegno, quando richiesto.

Certamente, riflettendo queste posizioni contrapposte, troviamo una regolamentazione dei diritti della personalità in entrambe le direzioni: dai mandati imperativi che prescrivono la rappresentanza della persona in determinati ambiti come regolamentazione regolata dal principio di uguaglianza e non discriminazione, considerando la persona come l'asse centrale del suo esercizio.

Come spiegato, è comprensibile che la prima di queste aree comporti la violazione degli standard internazionali, con il conseguente rimprovero del suo organo di interpretazione e monitoraggio, il Comitato per i diritti delle persone con disabilità, contro tali azioni. Tale critica alla sua regolamentazione implica inesorabilmente la prescrizione di modifiche, abrogazioni o cambiamenti, poiché se lo Stato ha ratificato la norma, senza eccezioni, è perché è conforme ad essa, il che implica l'introduzione di modifiche nella sua regolamentazione, che attendono da circa tredici anni.

Nell'ambito dell'esercizio dei diritti della personalità, abbiamo avuto il piacere di affrontare alcuni di essi, per la loro interrelazione con l'articolo 12 della Convenzione, pilastro fondamentale nel riconoscimento della capacità giuridica in tutte le persone con disabilità, che implica il riconoscimento della loro autonomia, oltre che della loro attualità, sia a causa delle recenti modifiche per riconoscere tale esercizio alle persone con disabilità, sia per la loro urgente necessità di riforma. Abbiamo così introdotto il diritto di voto, il diritto all'onore, alla privacy e all'immagine di sé, il diritto di sposarsi e l'esercizio delle azioni che permettono di porre fine a tutto ciò, e quelle relative al consenso medico informato.

Nell'ambito di questa catena di riforme, il disegno di legge che riforma la legislazione civile e procedurale per sostenere le persone con disabilità nell'esercizio della loro capacità giuridica è di particolare importanza. Nell'intervista finale del libro che gli rende omaggio per i suoi anni dedicati alla regolamentazione della disabilità, DE LORENZO ha detto che in Spagna eravamo abituati a tirare e a prendere calci d'angolo rispetto ai diversi tentativi delle norme di legge per applicare la Convenzione, tuttavia, non avevamo ancora tirato in porta. Ebbene, sembra che questo obiettivo venga dalla mano del citato Progetto che, pur supponendo un cambiamento radicale della normativa in materia, incorpora come novità più significative il riconoscimento della piena capacità giuridica a tutte le persone, finendo così come la doppia differenziazione tra pendenza di proprietà ed esercizio che il nostro Codice Civile recepisce, che comporta l'eliminazione del processo di modifica della capacità, poiché, essendo un'unica capacità universale non è suscettibile di graduazione.

Per quanto riguarda la prestazione di sostegno, che è particolarmente importante nell'esercizio della volontà autonoma di una persona, sono più importanti quelle designate dalla persona in previsione di una futura perdita di capacità naturale che le impedisca di esprimere la sua volontà, i suoi desideri o le sue preferenze nell'esercizio della sua volontà autonoma. Sebbene la Convenzione non si occupi specificamente di questo tipo di sostegno, essa è perfettamente in linea con il suo contenuto, da cui il particolare interesse che abbiamo dimostrato nel concederlo. Anche se, per il suo campo di applicazione, il Progetto si concentra sulla fornitura di garanzie per i poteri di prevenzione e di auto tutela, la dichiarazione di direttive anticipate ha un peso più che considerevole nel campo sanitario dell'esercizio dei diritti della persona.

D'altra parte, il settore dottrinale più vicino allo standard internazionale critica la conservazione di alcune figure all'interno della riforma, come la rappresentanza legale attraverso la tutela rappresentativa, un'istituzione che, insieme alla tutela di fatto e al difensore giudiziario, si pone come pilastri giuridici di sostegno per la persona che ne ha bisogno. Si stanno infatti cercando varie alternative, come la tutela graduale senza una funzione rappresentativa o l'introduzione di una nuova istituzione che includa espressamente il termine "sostegno" di cui alla Convenzione. D'altra parte, c'è chi ritiene possibile continuare l'istituto di tutela in via residuale, per quei casi eccezionali in cui la persona è priva di capacità naturale.

CONCLUSIONI.

1. Non dimentichiamo che stiamo parlando di persone, quindi la differenziazione può venire solo se si tratta di adattare l'ambiente per non isolare o discriminare la persona.

2. Il rispetto della volontà, dei desideri o delle preferenze della persona è il pilastro fondamentale della Convenzione, che consente un effettivo riconoscimento della capacità giuridica della persona. Da qui l'importanza e il significato dei meccanismi di sostegno extragiudiziale, derivanti dall'autonomia della persona in previsione di un futuro incerto e faticoso.

3. Nella maggior parte dei casi non è necessario orchestrare una grande rete legislativa e giudiziaria piena di requisiti, restrizioni e privazioni, della persona con disabilità, ma includerla nel modello standard. Cioè, quando si nega a una persona la realizzazione di un diritto molto personale? Quando non può capire e vuole, quando non ha le capacità naturali, come nel caso della persona disabile. A volte meno è più.

4. Il criterio per la designazione del supporto deriva dalla necessità della persona con disabilità, mentre per verificare il possesso di un valido ed effettivo consenso si deve tener conto della capacità naturale del dimostratore, così come si fa con altre persone senza disabilità, fornendo tale verifica con le necessarie garanzie che ne garantiscano la valida e consapevole prestazione.

5. La nomenclatura del supporto è la meno rilevante, non importa se si chiama tutela o supporto, purché abbia le funzioni che la Convenzione promulga, che assiste e accompagna la persona in ciò di cui ha bisogno. È quindi particolarmente importante fare riferimento alla personalizzazione e all'individualizzazione del supporto, sia esso materiale, umano o tecnico. Senza dubbio, ci saranno casi eccezionali in cui la persona non potrà prendere alcuna decisione per sé e sarà quindi necessario che qualcun altro la prenda per sé, sempre nel rispetto della sua volontà, dei suoi desideri o interessi e, se del caso, del suo percorso di vita, delle sue idee e della sua vita. Poiché alla fine, la persona decide della vita di un altro, non della propria vita con tutto ciò che questo implica.

6. La Convenzione è una regola di minimi, dettaglia, disegna la cornice, ma le leggi devono colorare quel disegno. Il progetto di riforma sulla disabilità implica quasi la piena

applicazione della Convenzione, ma non raggiunge il suo pieno potenziale a causa dell'errata interpretazione di alcuni punti della Convenzione, come la rappresentanza legale.

7. Come sottolinea la Bozza, anche la modifica della capacità non ha posto nell'ordinamento giuridico di uno Stato parte della Convenzione e che promuove i diritti, su un piano di parità con gli altri, delle persone con disabilità. Come sottolinea il quadro internazionale, si tratta di una capacità giuridica universale, che comprende sia gli aspetti attivi che passivi. Non è possibile modificare una capacità non soggetta a graduazione. Sarebbe totalmente incoerente con la Convenzione stessa, che è il quadro di riferimento e parte dell'ordinamento giuridico interno.

8. Nemmeno la rappresentanza legale della persona è concepita secondo la Convenzione, poiché implica la sostituzione della volontà della persona rappresentata, senza tener conto della sua volontà, dei suoi desideri o delle sue preferenze e, quando è praticamente impossibile conoscerle, si deve tener conto della sua traiettoria di vita. Pertanto, questo non rientra in uno strumento rappresentativo, caratterizzato dal principio della protezione e del miglior interesse della persona con disabilità, anche se questo è diverso dalla volontà della persona.

9. Il cambiamento legislativo richiede un cambiamento sociale ed economico, soprattutto in termini di mentalità rispetto al concetto stesso di disabilità.

10. Soprattutto, c'è bisogno di un cambiamento globale, legislativo ma anche sociale. Un cambiamento di mentalità delle persone nella loro concezione della disabilità è fondamentale, perché i giudici, i procuratori, i vicini, tutti sono persone, quindi anche la loro concezione è importante.

11. Specializzazione. Può sembrare una contraddizione, in mezzo alla domanda di uguaglianza, chiedere la specializzazione dei tribunali, dei pubblici ministeri, ma in questo momento è fondamentale, dato che non abbiamo ancora il livello di consapevolezza o la mentalità globale necessaria per concepire la persona come una disabilità prima come persona, poi per rispondere al suo bisogno di sostegno.

12. La motivazione della condanna, quando si sceglie il massimo sostegno o la massima tutela, è diretta a casi eccezionali di assoluta mancanza di volontà e sempre nel rispetto dei desideri o delle preferenze della persona o, se del caso, della sua traiettoria di vita.

13. Il progresso normativo spagnolo è in crescita, soprattutto se entrerà in vigore il progetto di riforma della legislazione sulla disabilità civile e procedurale. Questa riforma dovrà essere accompagnata da una serie di cambiamenti attesi e desiderati, come l'eliminazione della sterilizzazione non consensuale, e la Commissione Giustizia ha adottato un parere favorevole.

14. Per quanto riguarda il diritto di voto, nonostante le nuove modifiche alla legislazione in vigore, che sono in linea con il testo internazionale sul riconoscimento del diritto di voto, esso richiederebbe certamente qualche riferimento specifico alla prestazione di sostegno, anche se si riferisce semplicemente a quella offerta da enti e associazioni.

15. Allo stesso modo, nell'ambito dei diritti della personalità, riteniamo necessario includere meccanismi efficaci per assicurare il corretto esercizio dei diritti, che fungano da garanzie promosse dalla Convenzione, al fine di garantire la fornitura di un consenso libero, informato e volontario.