

# LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL SISTEMA ESPAÑOL DE MODIFICACION DE LA CAPACIDAD DE OBRAR

CARMEN PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

I. INTRODUCCIÓN. II. AUTONOMÍA INDIVIDUAL, IGUALDAD Y DISCAPACIDAD. 1. Los principios de autonomía individual e igualdad en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y en la Constitución Española de 1978. 2. La proyección legislativa de los principios enunciados. III. LAS MEDIDAS DE APOYO EN EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA INCAPACITACIÓN JUDICIAL. 1. Precisiones iniciales. 2. La configuración de las medidas de apoyo en la Convención Internacional y el sistema español. 3. A modo de conclusión. IV. ALGUNA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN.

## RESUMEN

El presente trabajo se ocupa del estudio de la Convención Internacional de los Derechos sobre las Personas con Discapacidad y su impacto en el Ordenamiento Jurídico Español. La entrada en vigor de dicho Tratado Internacional ha propiciado el debate sobre si el sistema español de modificación de la capacidad de obrar, y en concreto el procedimiento de incapacitación, es conforme a los principios contenidos en la Convención y en la Constitución española de 1978, teniendo en cuenta una anunciada modificación legislativa de la incapacitación para su adecuación a la misma. Desde esta perspectiva, se realiza un estudio del modelo propuesto en la Convención para la protección de los discapacitados en el ejercicio de su capacidad jurídica, con el fin de poder apreciar su incidencia en Derecho español.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; Incapacitación; Convención Derechos de las Personas con Discapacidad.

## ABSTRACT

The present work deals with the study of the international Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its impression on the Spanish code

of Law. The entry into force of the above mentioned international agreement sparks off the debate of whether the Spanish system of modification of the aptitude to act -specifically the procedure of incapacitation- is in accordance with the principles contained in both the Convention and the Spanish Constitution of 1978, bearing in mind an announced legislative modification of the incapacitation for its adaptation to the Convention. It is under this perspective that the study of the model proposed in the Convention for the protection of the disabled persons in the exercise of their legal capacity is made, in order to estimate its influence in the Spanish Law.

KEY WORDS: Disability; Incapacitate; International Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

## I. INTRODUCCIÓN

El 13 de diciembre de 2006, la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; la lectura de este documento pone de manifiesto que dicho Tratado se ocupa de la discapacidad desde muy diversas facetas y perspectivas, procurando abarcar una protección integral y completa de quienes se encuentren por ella afectados. Tal como se ha dicho, la Convención no reconoce a las personas con discapacidad otros derechos humanos y otras libertades fundamentales distintos o diferentes a los que con carácter general y para todos los seres humanos ya proclamaban otros textos internacionales. No obstante, en su origen subyace la idea de hacer frente a la realidad comprobada de que este reconocimiento general puede no ser suficiente para la protección de los derechos y libertades de un colectivo que puede resultar especialmente sensible a sufrir los efectos derivados de un potencial desconocimiento o una eventual vulneración. De ello se hace eco su propio Preámbulo, en donde se subraya, igualmente, que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que hoy en día resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actividad y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.

En fecha 23 de noviembre de 2008, España ratificó la referida norma internacional, que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 21 de abril de 2008, pasando, por tanto, a formar parte del Ordenamiento Jurídico español. A la fecha de publicación se habían cumplido, además, las previsiones establecidas en el art. 45 de esta norma internacional, cuyo párrafo primero establecía que la Convención entraría en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya

sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión, siendo así que ello se produjo el día 3 de abril de 2008, cuando el Gobierno de Ecuador entregó en la Sede de Naciones Unidas de Nueva York el último de los documentos necesarios para alcanzar esta cifra.

Como sabemos, la aplicación de los Tratados Internacionales en Derecho Español se rige por lo establecido en el art. 96. 1 de la vigente Constitución, así como por lo dispuesto en el art. 5.1 de nuestro Código Civil. Ambas normas concuerdan al disponer que los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento jurídico interno. Así, literalmente, el primero de los preceptos citados establece que: «*Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional*»; mientras que el art. 5.1 del Código Civil español dispone que: «*Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado*».

Como vemos, el art. 96.1 de la Constitución regula, junto a la entrada en vigor, las previsiones a las que han de quedar sometidas tanto la modificación, como la derogación o suspensión de los Tratados Internacionales, remitiendo, para ello, a lo previsto en el propio Tratado o a las normas del Derecho Internacional.

Por tanto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es una norma jurídica directamente aplicable en España, sobre la base de lo dispuesto en el art. 96.1 de la Constitución. Ahora bien, para determinar el alcance que tiene la incorporación de este texto al Ordenamiento Jurídico español no puede olvidarse lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Constitución de 1978, puesto que esta norma dispone que: «*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*». Se concreta así el doble efecto que los Tratados Internacionales pueden tener en Derecho Español: en primer lugar, el directamente aplicativo, sobre la base del art. 96.1 de la Constitución y, en segundo lugar, el efecto interpretativo, sobre la base de lo dispuesto en el art. 10.2 del citado texto Constitucional.

La entrada en vigor de esta Convención Internacional coincide, además, con un momento temporal en el que puede apreciarse una creciente y justificada preocupación social por las específicas demandas y

necesidades de las personas con discapacidad, que ha visto su reflejo en una ingente actividad legislativa sobre la materia. Pese a que puede considerarse que este movimiento legislativo se inició tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, que propició la adaptación a la misma de aquellas normas de nuestro Ordenamiento Jurídico que así lo exigieren y que se encuentra en el origen de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, por la que modifica el Código Civil y se regula el nuevo régimen jurídico de la incapacitación, es en los últimos años donde puede apreciarse una mayor actividad legislativa sobre la materia.

Así, son muestra de lo anterior la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, la Ley 51/2003, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley del Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios especialmente protegidos y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad; normas, todas ellas, específicamente dirigidas a establecer medidas legislativas concretas para proteger a las personas con discapacidad. Pero, junto a estas normas, es frecuente la inclusión en otras normas generales de preceptos que contemplan la particular situación de las personas con discapacidad ante las diferentes parcelas de la realidad social que son objeto de regulación específica. En este sentido, podemos citar, entre otras, la Ley 41/2002 de 4 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que regula específicamente la prestación del consentimiento informado por quienes no tengan capacidad suficiente, o la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996, introduciendo un nuevo artículo 31 bis, en donde se regula con mayor precisión un límite a los derechos de propiedad intelectual en beneficio de las personas con discapacidad, o, finalmente, la Ley 10/2007, de 22 de junio de la lectura, del libro y de las bibliotecas, que contempla algunos preceptos en los que se hace concreta referencia a las necesidades de las personas con discapacidad.

Se observa, por tanto, que nuestro legislador no ha sido ajeno a la necesidad de abordar normativamente el establecimiento de medidas para hacer frente a aquellas situaciones en las que las personas con discapacidad requieran una particular atención. Ello no obstante, la entrada en vigor de la Convención Internacional sobre los derechos de

las personas con discapacidad ha venido a reabrir el debate en relación a la adecuación de nuestro Ordenamiento Jurídico a los principios contenidos en el citado Tratado Internacional. Esta cuestión viene planteándose, particularmente, en relación a las normas jurídicas reguladoras de la capacidad de obrar de la persona y su posible modificación en atención a su específica situación, lo que incide necesariamente en la regulación legal del procedimiento de incapacitación. Asimismo, la posible inadecuación del procedimiento de incapacitación al Texto Internacional del que tratamos ha sido planteada por el propio legislador español, al establecer la Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley del Registro Civil y de la Ley 41/2003, de patrimonio especialmente protegido que: «*El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, adoptada por las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006*». Por otro lado, el debate se ha suscitado también en el ámbito jurisprudencial, siendo una muestra de ello la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, en la que nuestro Alto Tribunal se ha tenido que pronunciar, ante los argumentos alegados por el Ministerio Fiscal, sobre la adecuación del procedimiento de incapacitación a los preceptos Constitucionales, en concreto a los arts. 10, 14 y 49 de nuestra Norma Suprema, así como a la Convención Internacional.

Como tendremos ocasión de observar en páginas posteriores, para el Tribunal Supremo la normativa que regula en España el procedimiento de incapacitación es acorde, tanto a los preceptos Constitucionales citados, como al propio Texto Convencional. Pese a que ya tuve ocasión de manifestar mi opinión acerca de la doctrina contenida en esta resolución judicial<sup>1</sup>, al hilo de la cual también formulé alguna consideración de *lege ferenda* sobre la eventual modificación del procedimiento de incapacitación, creo que la cuestión que venimos planteando merece una reflexión más profunda desde el estudio específico de los principios contenidos en la Convención Internacional, teniendo en cuenta las normas Constitucionales y las que regulan en Derecho español la capacidad de obrar de la persona.

---

<sup>1</sup> Puede verse mi comentario a esta Sentencia en Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, núm. 82.

## II. AUTONOMÍA INDIVIDUAL, IGUALDAD Y DISCAPACIDAD

### *1. Los principios de autonomía individual e igualdad en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y en la Constitución Española de 1978*

El art. 1 de la norma internacional que analizamos, dispone en su apartado primero que el propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el pleno goce, en condiciones de igualdad, de todos los derechos fundamentales y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Por ello, al determinar en su art. 3 los Principios Generales de la presente Convención, establece que entre ellos se encuentran los siguientes: *a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas, b) La no discriminación, c) La participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana, e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.*

Con posterioridad, el art. 5 de la Convención Internacional desarrolla el principio de Igualdad y no discriminación, señalando que: *1. Los Estados partes reconocen 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. 2. Los Estados prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo. 3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.*

Por último, su art. 12, bajo la rúbrica general «*Igual reconocimiento como persona ante la ley*», concreta y desarrolla el precitado principio de igualdad desde la perspectiva del reconocimiento de personalidad jurídica y plena capacidad jurídica en las mismas condiciones que las demás. En coherencia con tales principios generales, los párrafos ter-

cero, cuarto y quinto del precepto determinan, como más adelante veremos, las condiciones que han de acompañar a las medidas que adopten los diferentes Estados Partes para que dicho reconocimiento general sea real y efectivo.

Estos principios generales referidos en la Convención Internacional en atención específica a las personas con discapacidad, se encuentran recogidos en su dimensión general en la Constitución Española de 1978. No cabe duda que los arts. 9, 10 y 14 de nuestra Norma Suprema y su aplicación general a todas las personas, determinan que todos, por el solo hecho del nacimiento y con independencia de cualquier situación que pueda afectarnos, somos titulares de los derechos fundamentales en ella enunciados, por lo que no se hace preciso ni necesario un reconocimiento expreso de tales principios con referencia a las personas con discapacidad. Ahora bien, la cuestión que constituye el eje de nuestra reflexión no es tanto el reconocimiento general sino las posibilidades reales y efectivas de su ejercicio, habida cuenta de la particular situación de las personas con discapacidad.

Hoy día nadie duda de la consideración de todo ser humano como persona, ni del reconocimiento de su dignidad e individualidad, ni tampoco de la necesidad de promover su autonomía y desarrollo personal, principios todos ellos derivados de la consideración de su propio valor intrínseco, que se encuentra en el germen de cualquier desarrollo normativo. Nuestra Constitución así lo reconoce, por lo que cualquier norma jurídica que desconozca estos principios constitucionales ha de considerarse anticonstitucional.

La consagración del principio de igualdad como valor superior del Ordenamiento Jurídico, tipificado en el art. 14 de la Constitución española, lo configura también como un derecho subjetivo que legitima la actuación individual frente a cualquier desconocimiento. Pero, como sabemos, la igualdad no representa necesariamente una igualdad material, sino que, como ha precisado nuestro Tribunal Constitucional, comporta la interdicción de la arbitrariedad y la discriminación desde el reconocimiento de situaciones individuales que no son materialmente exactas. El Derecho lo que ha de hacer es promover la igualdad antes situaciones iguales y, desde el reconocimiento de las diferencias, contemplar situaciones que justifican la adopción de medidas diferenciadas, cuya admisión llevará aparejada en muchos casos la remoción de los obstáculos que impidan la efectividad del consagrado principio de igualdad.

Si bien, como hemos indicado, la protección constitucional de las personas con discapacidad encuentra su fundamento último en los

preceptos antes citados, arts. 9, 10 y 14 de la Constitución, nuestra Norma Suprema contiene también un precepto referido específicamente a las persona con discapacidad, su art. 49. Este precepto se encuentra ubicado en el Capítulo III del Título I, dentro de los «*Principios Rectores de la Política Social y Económica*», y contempla un mandato a los poderes públicos para realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que deberán prestar la atención especializada que requieran, y ampararán especialmente para el disfrute de los Derechos que el Título en el que se ubica otorga a todos los españoles. Es cierto que, como se ha dicho, este precepto Constitucional no ha venido a reconocer un derecho subjetivo que puedan hacer valer directamente los afectados frente a acciones u omisiones de los poderes públicos<sup>2</sup>, sin embargo, no por ello puede afirmarse que esta norma sea insatisfactoria para fundamentar en ella la protección de las personas con discapacidad<sup>3</sup>. Su ubicación y su contenido delimitan perfectamente quién es el destinatario de la norma y cuáles son las exigencias que se le imponen, con varios objetivos determinados. Una lectura adecuada del precepto permite sostener que la actuación que se exige a los poderes públicos no es sólo la de procurar medidas asistenciales acordes a sus necesidades, entre las que se han de incluir no solo las propiamente rehabilitadoras e integradoras, sino también las que determinen su plena integración social mediante la remoción de aquellas barreras u obstáculos que puedan resultar limitativas o impeditivas para alcanzar dicho objetivo; además y junto a ellas, el precepto impone a los poderes públicos la obligación de ampararlos especialmente para el disfrute de las libertades y derechos fundamentales que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos.

Los derechos y libertades enunciados tanto en la Convención Internacional como en la Constitución Española de 1978 constituyen, por tanto, el fundamento último de las normas que regulan la protección jurídica de las personas con discapacidad. La actuación de los poderes públicos en el ejercicio del mandato que a ellos impone el art. 49 de la Constitución implica que las medidas a adoptar para el cumplimiento de lo indicado en el citado precepto han de estar siempre presididas por la obtención de un resultado acorde a los mismos.

---

<sup>2</sup> Así, CAMPOY CERVERA, E., «*La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución Española de 1978*», en «Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina», Dykinson 2007, pág. 153.

## 2. La proyección legislativa de los principios enunciados

Precisado lo anterior, cuestión diferente es la de determinar si los principios enunciados con anterioridad encuentran su reflejo en las normas que se ocupan de regular la protección de las personas con discapacidad.

A estos efectos, hemos de tener en cuenta la consideración que la propia Convención hace de la discapacidad, al señalar en su art. 1.2: «*Que las personas con discapacidad incluyen a aquéllas 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*». La lectura de esta norma pone de manifiesto que la especial situación de las personas con discapacidad no deriva tanto de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que puedan afectarles, sino de los obstáculos que la propia sociedad ha establecido, al no contemplar la específica situación que puede afligir a quienes forman parte de ella en igualdad de condiciones que los demás. Parece, por tanto, que se cambia la perspectiva desde la que ha de abordarse el tratamiento de la discapacidad, al considerar que son precisamente estas barreras sociales y no las deficiencias que pueden afectar a este colectivo social, las que impiden la participación plena y efectiva de los discapacitados en la sociedad.

Nueva perspectiva que se incardina dentro del denominado «modelo social», que habrá de adoptarse para articular respuestas jurídicas a la protección de los discapacitados, uno de cuyos presupuestos es la consideración de que las causas que originan la discapacidad no son individuales, como se afirmaba desde el modelo que le antecede, el llamado «modelo rehabilitador», sino sociales. De ahí que la discapacidad no sea la consecuencia de limitaciones individuales, sino más bien de las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social<sup>4</sup>.

Como ya hemos expuesto, el Derecho español ha experimentado en estos últimos años un desarrollo importante en esta materia, con la promulgación de normas jurídicas como la Ley 51/2003, de 2 de diciembre,

---

<sup>3</sup> Así, puede verse en este mismo autor y página, aunque si bien con posterioridad analiza la citada protección desde su incardinación en los principios contenidos en los arts. 9, 10 y 14 del Texto Constitucional.

<sup>4</sup> PALACIOS, A., «*La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española*», pág. 80.

de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de los discapacitados, en donde, junto a otras, se regulan medidas muy importantes para la adaptación del entorno social a las especiales capacidades de estas personas. Tal como señala el art. 1.1 de esta norma, la Ley tiene como objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los arts. 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución. Siendo la fundamentación última de esta norma legal la de procurar a los discapacitados vida independiente y autonomía individual, principios que junto al de normalización y accesibilidad universal, constituyen hoy día los ejes desde los que se articula la ordenación legal de la discapacidad.

También la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil y de la normativa tributaria, tiene como objetivo regular la protección de las personas con discapacidad desde la búsqueda de su autonomía e independencia patrimonial, bien regulando nuevas figuras jurídicas de especial importancia en el derecho privado, como son el patrimonio especialmente protegido, la autotutela y el contrato de alimentos, o bien modificando instituciones jurídicas preexistentes para procurar una mayor protección a los discapacitados.

Sin negar el avance que ha supuesto la línea legislativa iniciada, y al margen de éstas y otras medidas correctoras de desigualdades, la protección en la esfera privada de la persona exige la contemplación de una realidad evidente, que tiene su origen en el hecho de que la disfunción que afecte a los discapacitados pueda obstaculizar su capacidad para ejercitar válidamente actos con trascendencia jurídica. Ello conlleva la necesidad de que el Derecho tenga que arbitrar soluciones, y que estas soluciones puedan implicar, en cierta medida, modificaciones a su capacidad de obrar. Por ello, desde la perspectiva del Derecho Privado, las soluciones hasta ahora adoptadas para abordar las ayudas dirigidas a corregir los problemas que se suscitan ante la imposibilidad de ejercicio por parte de los discapacitados de su capacidad de obrar, han incluido medidas que han supuesto esta adecuación o modificación de la capacidad de obrar.

La entrada en vigor de la Convención Internacional ha venido a suscitar la cuestión de si tales medidas modificativas de la capacidad de obrar son totalmente acordes a los principios en ella referidos. Pues bien, en principio, no parece que exista ningún problema para así admitirlo. La propia Convención establece en su art. 5 que a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajus-

tes razonables, no considerando discriminatorias las medidas específicas que sean necesarias para acelerar y lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad. Esta misma conclusión puede adoptarse, como veremos, desde un análisis más detenido de su art. 12, que es el precepto que se ocupa de regular los principios que han de inspirar la actuación de los Estados Partes para promover la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica.

De la misma forma, la adopción de soluciones que impliquen una modificación a la capacidad de obrar de la persona en atención a su particular situación, podría encontrar su fundamento en los preceptos de la Constitución española antes citados. Si la capacidad de obrar implica la aptitud reconocida para actuar válidamente en Derecho, la modificación de la capacidad se justifica ante la falta de madurez necesaria, puesto que de no actuar, se estaría obviando la necesaria protección a las personas y vulnerando el mandato que nuestra Constitución impone a los poderes públicos. Ello no obstante, el respeto a los principios constitucionales exige que cualquier medida limitativa de la capacidad de obrar venga precedida de expresa disposición legal, en donde se establezcan las garantías con las que las mismas hayan de adoptarse.

Como sabemos, en nuestro Derecho la modificación de la capacidad de obrar en atención a la específica situación en que puedan encontrarse las personas con discapacidad tiene lugar a través de la incapacitación. La regulación legal de la incapacitación exige sentencia judicial que determine la existencia de causa para ello y el sometimiento del incapaz al régimen de tutela y guarda que establezca.

Precisado lo anterior, la entrada en vigor de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad se encuentra en el origen de un debate suscitado en relación a si el procedimiento de incapacitación se adecua a dicha Norma Internacional. Debate que ha propiciado el propio legislador español al establecer, como vimos, la Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley del Registro Civil y de la Ley 41/2003, de patrimonio especialmente protegido, al señalar que: *«El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasaran a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, adoptada por las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006»*.

Quienes sostienen que el procedimiento de incapacitación es contrario a la Convención parten de que, de acuerdo a dicha Norma Inter-

nacional, no puede admitirse ningún sistema de protección que comporte una limitación de tal grado de la capacidad de obrar de la persona que implicara su supresión y sustitución. Básicamente éste es el argumento que utiliza el Fiscal en la tramitación del procedimiento que dió origen a la S.T.S. de 29 de abril de 2009, concretamente en su escrito impugnando el único motivo formulado por infracción procesal, y solicitando la estimación de los cuatros motivos de casación alegados por la parte recurrente. En consecuencia, el sometimiento del incapaz al régimen de tutela sería contrario a la Convención, puesto que conforme a dicho régimen de guarda, se priva al incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos, siendo sustituido por un tutor, de forma que sólo la curatela se adecua al citado Texto Convencional.

Ante tales argumentos, y pese a la corrección de nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de abril de 2009 al señalar la adecuación del procedimiento de incapacitación al Texto Convencional, creo que el debate justifica un análisis más profundo del sistema español de modificación de la capacidad de obrar, a la luz de los principios establecidos en la Convención.

### III. LAS MEDIDAS DE APOYO EN EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA INCAPACITACIÓN JUDICIAL

#### 1. *Precisiones iniciales*

Es el art. 12 de la Convención Internacional que analizamos el precepto que regula la actuación de los Estados Partes para posibilitar el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Los dos primeros párrafos del precepto se ocupan de reafirmar el necesario reconocimiento a las personas con discapacidad, de personalidad y de capacidad jurídica en igualdad de condiciones que a las demás, estableciendo el tercero de ellos que los firmantes han de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que necesitan en el ejercicio de su capacidad jurídica. Finalmente, su párrafo cuarto nos dice cómo han de ser tales medidas, dedicándose el quinto a precisar las garantías que han de adoptarse para garantizar la efectividad de ciertos derechos de contenido jurídico privado.

En la génesis de este precepto deben destacarse las numerosas dificultades que se plantearon para su aprobación. Éstas ocasionaron que en

una primera etapa tal precepto se aprobara con una nota al pie en la que se señalaba: «En los idiomas árabe, chino y ruso, el término capacidad legal se refiere a la capacidad legal para tener derechos más que a la capacidad para actuar», aunque finalmente se alcanzó una solución consensuada, aprobándose la norma sin aclaración marginal alguna. El origen de tales diferencias no es otro que el hecho de que no es generalizada la distinción que se observa en nuestro Derecho, así como en otros ordenamientos jurídicos, entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, entendida ésta como la aptitud para poder realizar voluntariamente actos jurídicos con plenos efectos, de forma que, desde esta concepción y en la unificación de ambos conceptos, pudiera ser contrario al precepto el establecimiento de medidas de protección de las personas con discapacidad que afectaran a la capacidad para realizar actos jurídicos.

Solventados tales inconvenientes en su redacción final, el hecho de que el Texto Convencional se refiera exclusivamente al reconocimiento de plena capacidad jurídica, no debe ser obstáculo para interpretar el art. 12 de la Convención conforme a principios uniformes, con base en los cuales, partiendo de un atributo general, el de capacidad jurídica, igual y uniforme para todos, se adopten las medidas que precisen las personas con discapacidad para ejercitar actos válidos en Derecho de acuerdo a sus específicas necesidades. A este objetivo final responden las llamadas medidas de apoyo.

## *2. La configuración de las medidas de apoyo en la Convención Internacional y el sistema español*

El eje vertebrador de la discusión suscitada en torno a la inadecuación de la incapacitación judicial a la Convención Internacional, tiene su origen en la consideración de que el respeto a los principios de igualdad y no discriminación consagrados en la norma, así como el que ésta contemple exclusivamente el establecimiento de medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, conlleva que el sistema español de incapacitación, con el reconocimiento de la tutela como institución jurídica sustitutiva de la capacidad de obrar, no resulte procedente.

Pues bien, antes de abordar esta cuestión desde el estudio de la tutela como institución de guarda regulada en nuestro Derecho, y la limitación o restricción de la capacidad de obrar que puede conllevar el sometimiento a ella de los discapacitados, creo necesario formular la cuestión de la adecuación de la incapacitación judicial a la Convención Internacional desde un correcto planteamiento. Para ello, es necesario señalar que

en Derecho español la incapacitación no establece un sistema uniforme y aplicable en igual medida a quienes precisen la adopción de medidas dirigidas a garantizar el adecuado ejercicio de la capacidad; el Derecho español responde a la protección de las personas con discapacidad exigiendo que cualquier limitación a su capacidad de obrar venga precedida de un procedimiento judicial en el que, con las necesarias previsiones, se acredite que concurre causa para ello y se adopte un régimen de protección y guarda adaptado a las necesidades de cada persona. Por ello, es errónea la distinción que en ocasiones se ha querido establecer entre incapacitación, como total privación de la capacidad de obrar, con sometimiento del incapacitado a tutela, y meras limitaciones a la capacidad de obrar, que se identificarían con la curatela.

Básicamente, éste es el argumento del que parece partir el Fiscal en la tramitación del procedimiento que dio origen a la S.T.S. de 29 de abril de 2009, en su escrito impugnando el único motivo formulado por infracción procesal, y solicitando la estimación de los cuatros motivos de casación alegados por la parte recurrente. Por ello entiende que el sometimiento del incapaz al régimen de tutela sería contrario a la Convención, puesto que conforme a ésta, se priva al incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos, siendo sustituido por un tutor, de forma que sólo la curatela se adecua al citado Texto Convencional. De forma similar parece también abordar la actual regulación de las medidas de protección reguladas en Derecho español nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de abril de 2009, al señalar que: *«En consecuencia, la actual regulación de las medidas de protección se basa en las tres soluciones, a su vez adaptables a cada concreta situación: a) la incapacitación; b) la curatela, y c) las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, regulada en la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 41/2003»*.

Pues bien, en Derecho español existe una única institución dirigida a solventar la necesidad de adaptar la capacidad de la persona en aquellos casos en los que la enfermedad o deficiencia que le afecte le impida gobernarse por sí mismo; ésta es la institución de la incapacitación. Y es en atención a la situación específica de la persona en virtud de la cual se determina el régimen de guarda a que ha de quedar sometido el incapacitado, siendo plural el sistema tutelar regulado. De forma que no existe una única institución tutelar; la función de guarda se canaliza a través de una pluralidad de instituciones concretas, entre las que se encuentran la tutela y la curatela, siendo erróneo, como dije, identificar incapacitación con tutela.

Aunque más adelante hemos de volver sobre esta cuestión, para determinar la adecuación del procedimiento de incapacitación a la

Convención Internacional, es necesario abordar la legislación española desde las previsiones que establece el art. 12 de la citada norma internacional.

Este precepto señala en su párrafo tercero que: «*Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*». En el análisis de este precepto internacional se ha dicho que no cabe identificar medidas de apoyo en el ejercicio de capacidad con medidas sustitutivas de la capacidad de obrar; por lo tanto, el sometimiento del incapacitado a tutela, al privar al mismo de su capacidad de obrar, es contrario a la Convención. En síntesis, el art. 12 de la Convención habría venido a establecer el llamado «modelo de apoyo» en el ejercicio de la capacidad jurídica, que se enfrenta directamente al «modelo de sustitución» de la capacidad.

A mi juicio, dicha interpretación no es del todo correcta. En primer lugar, porque esta norma debe ser interpretada en su conjunto y en coherencia con los principios establecidos por la Convención. Así, en primer lugar, el mismo precepto que analizamos dice expresamente en su párrafo tercero que estas medidas han de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de cada persona, señalando, además, que las salvaguardas serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. El concepto de proporcionalidad no es excluyente de medidas sustitutivas de la capacidad de obrar, siempre que así se requieran.

La enfermedad o deficiencia puede afectar al ejercicio de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad de muy diversas formas. Es perfectamente posible que dicha incapacidad impida a la persona realizar totalmente actos con trascendencia jurídica. Cuando ello sea así, cualquier solución que se adopte deberá prever la posibilidad de sustitución en el ejercicio de su capacidad de obrar; es más, el hecho de no establecer tales medidas, podría suponer en algunos casos la privación al discapacitado de la posibilidad de actuación en el ejercicio y defensa de sus intereses legítimos, lo que en definitiva sería contrario al principio de igualdad consagrado tanto en la Convención como en la Constitución española de 1978. Las exigencias del precepto convencional se cumplirían entonces, en primer lugar, mediante el establecimiento de las garantías necesarias para que tal medida sustitutiva de la capacidad de obrar se adopte solo en los casos estrictamente necesarios y, en segundo lugar, mediante el establecimiento de salvaguardas que permitan asegurar que la sustitución de la capacidad de obrar en tales situaciones se realice en beneficio único y exclusivo de la persona con discapacidad. Bien entendido que tales argumentos se realizan desde la

distinción que se establece en nuestro Ordenamiento Jurídico entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, y que las medidas adoptadas nunca implicarán una modificación de la capacidad jurídica, afectando exclusivamente a la capacidad de obrar. Bien entendido también, como veremos más adelante, desde la consideración de que en Derecho español ninguna de las instituciones de guarda reguladas supone una sustitución total y absoluta de la capacidad de obrar.

Pues bien, en mi opinión, los principios antes referidos inspiran en Derecho español las normas que regulan la incapacitación y, de la misma forma, las que establecen el control de la actuación de quienes han sido designados para el ejercicio de las funciones de guarda. En primer lugar, porque el Derecho español precisa en el art. 199 del Código Civil que nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.

Tal como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 174/2002, de 19 de octubre<sup>5</sup>: *«En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona solo puede acordarse por Sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LECiv) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación, por lo que su omisión, en cuanto puede menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contrario al art. 24.2 CE».*

Por tanto, la necesidad de que cualquier medida que afecte a la capacidad de obrar de la persona solo pueda acordarse mediante sentencia judicial tras un procedimiento en el que se determine la existencia

---

<sup>5</sup> RTC 2002/174.

de causa para ello, con todas las garantías establecidas legalmente, constituye, a mi juicio, un modelo claramente conforme a la Convención Internacional.

Nuestro Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la posibilidad de que las medidas adaptadas puedan implicar en algunos casos la sustitución en el ejercicio de la capacidad de obrar, señalando que, de no ser así, se estaría privando al discapacitado de la posibilidad de actuación en el ejercicio y defensa de sus intereses legítimos, lo que en definitiva sería contrario al principio de igualdad consagrado en la Constitución española de 1978.

Tal es la doctrina que puede extraerse de la Sentencia del Tribunal Constitucional 311/2000, de 18 de diciembre<sup>6</sup>, dictada como consecuencia del recurso de amparo interpuesto por la tutora de una persona incapacitada, alegando la vulneración de los derechos de igualdad y tutela judicial efectiva que consagran los arts. 14 y 24.1 de la Constitución. La cuestión que constituye el objeto de debate era la vulneración de tales derechos fundamentales, al negar la legitimación de la tutora, que contaba con la correspondiente autorización judicial para el ejercicio de la acción de separación, al entender la Audiencia que se trataba del ejercicio de un derecho personalísimo en el que únicamente ostentan legitimación para ser parte los cónyuges.

Pues bien, nuestro Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado, señalando, en relación a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, que: «...la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el art. 2 LECiv, el ejercicio de la separación solo puede verificarse por medio de su tutor; con lo que, si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia. Y puesto que ésta que se ha producido en el presente caso, resulta claro que se ha producido en él la violación del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) contra la que se demanda el amparo de este Tribunal, que debe ser otorgado».

Junto a ello, y en relación a la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, sostiene la Sala que: «La conclusión anterior sería suficiente por sí sola para el otorgamiento del amparo; ahora bien, esta conclusión se corrobora en el presente caso desde la vertiente de la igualdad, en relación con el

---

<sup>6</sup> RTC 2000/313.

*cónyuge capaz. En efecto, el cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción respecto al cónyuge incapaz producido por las Sentencias recurridas, aparte de que no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela, constitucionalmente necesarias para impedir el acceso a la justicia, desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del art. 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio; por lo que resulta vulneradora del art. 14 CE».*

En definitiva, el Tribunal Constitucional viene a sostener que, ante la imposibilidad de la persona incapacitada de decidir por sí misma, negar la posibilidad de actuación a quien ejerce su representación, vulneraría el principio de igualdad establecido en la Constitución. Solución perfectamente admisible en un sistema jurídico como el nuestro, en el que no solo el nombramiento de tutor, sino también su actuación, está sometida al control judicial y a la vigilancia del Ministerio Fiscal.

Ello no quiere decir que la totalidad de los derechos de contenido estrictamente personal o de los llamados derechos personalísimos puedan ser ejercitados por quienes ostentan la representación de las personas con discapacidad, ni aun tan siquiera contando con las garantías establecidas en las leyes. La conclusión que adoptamos ha de admitirse con la relatividad necesaria, teniendo presente que en muchas ocasiones la situación de la persona con discapacidad impedirá por sí sola la actuación en determinados ámbitos íntimamente relacionados a su persona, en donde no deben admitirse injerencias de ningún tipo.

Por otro lado, el sometimiento de la persona a tutela, y la atribución de la representación del tutelado a quien ha sido designado tutor, que parece ser la situación más conflictiva y respecto a la cual se ha planteado la posible vulneración de la Convención Internacional, no debe implicar una privación total y absoluta de su capacidad de obrar. El propio art. 267 del Código Civil así lo señala al establecer que: «*El tutor es el representante legal del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación*».

Es cierto que la Ley, al atribuir la representación de la persona con discapacidad al tutor, está previendo la posibilidad de sustitución de la capacidad de obrar, lo que se manifiesta tanto en la esfera de actuación personal como en la patrimonial, aun cuando en algunas ocasiones precise para ello autorización judicial, pero también es cierto que la Ley prevé excep-

ciones a la regla general que, o bien tienen su origen directamente en la Ley, o bien derivan de la propia sentencia judicial de incapacitación.

El art. 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela y guarda al que ha de quedar sometido el incapacitado. Por lo tanto, un primer límite a la representación que ostenta el tutor se encuentra en la propia sentencia de incapacitación, que puede establecer qué actos están exentos de su intervención y, por tanto, qué actos puede realizar el incapacitado individualmente. Es claro que la decisión judicial y el contenido de la resolución deben estar íntimamente relacionados con la capacidad natural del discapacitado.

La práctica judicial, sin embargo, pone de manifiesto que no es habitual que las sentencias dictadas en los procedimientos de incapacitación sean demasiado precisas. Aun cuando puede admitirse un cierto avance en esta materia, la lectura de las sentencias dictadas pone de manifiesto que, en general, en aquellos casos en los que se procede a someter al incapacitado a tutela, la resolución se limita a determinar la concurrencia de una incapacidad absoluta y total para regir su persona y administrar sus bienes. No obstante, la comprobación de esta realidad no significa que el Ordenamiento Jurídico español no permita otra cosa; tenemos, por tanto, el instrumento, cuestión diferente es si verdaderamente lo utilizamos o si la falta de medios o, en ocasiones, de rigor, se encuentra en el origen de esta falta de precisión.

Una mayor precisión en las sentencias que determinen la modificación de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad al apreciar la existencia de causa para ello, será más respetuosa a la propia configuración del sistema español y a los principios establecidos en la Convención Internacional. Salvamos, por tanto, un primer obstáculo para abordar la posible adecuación del procedimiento de incapacitación a dicho Tratado Internacional.

Junto a ello, el art. 267 del Código Civil establece que se exceptúan de la representación tutelar aquellos actos para los que la Ley así lo haya dispuesto. En la interpretación de este precepto se suele señalar que una excepción a la posibilidad de actuación del tutor se encuentra en el ejercicio de los llamados derechos de la personalidad o derechos personalísimos; la mayor parte de ellos, consagrados constitucionalmente como «derechos fundamentales».

La posibilidad de ejercicio individual y autónomo de estos derechos por las personas incapacitadas judicialmente deriva, en primer lugar, de su propia naturaleza y, en segundo lugar, desde el propio reconocimiento que de ello se hace en derecho positivo. Doctrina y juris-

prudencia han admitido la aplicación analógica del art. 162 del Código Civil, previsto para exceptuar de la representación legal que la patria potestad atribuye a los padres respecto de sus hijos menores, a los incapacitados judicialmente.

En efecto, este precepto establece que se exceptúan: «1º. *Los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*». Uno de los argumentos aceptados para la validez de esta interpretación aparece expuesto con total claridad en la S.T.S. de 29 de abril de 2009, y sería el siguiente: aun cuando esta norma está referida exclusivamente a menores, se aplicará también cuando se prorrogue la patria potestad al incapacitarse a los hijos mayores de edad y, por su propia naturaleza, a los incapacitados, al tener la sentencia un contenido variable.

Una interpretación absoluta de este precepto impediría la actuación del tutor en todos aquellos casos en los que el derecho de cuyo ejercicio se trate deba ubicarse entre aquéllos íntimamente relacionados a la persona. Interpretación que debe seguirse en numerosas ocasiones, y respecto al ejercicio de determinados derechos que no se prestan a sustitución, pero que la correcta protección de las personas incapacitadas desaconseja en otros. Como vimos con anterioridad, nuestro Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de actuación del tutor en el ejercicio de determinados derechos íntimamente relacionados a la persona, en la Sentencia número 311/2000, de 18 de diciembre<sup>7</sup>.

Junto a ello, la aplicación del art. 162 del Código Civil a las personas incapacitadas legitimará la actuación individual de éstas en el ámbito de la vida cotidiana y dentro del tráfico jurídico ordinario, de acuerdo a su capacidad natural y a sus condiciones ordinarias de vida. Por ello, el sometimiento de una persona a tutela no impedirá a ésta poder seguir realizando determinados actos de la vida ordinaria de escaso contenido patrimonial, y cuya mayor o menor amplitud estará condicionada a las condiciones de vida que le afecten.

La aplicación analógica del art. 162 del Código Civil permitirá, por tanto, señalar que aun en el caso de sometimiento del incapacitado a tutela, el Derecho español no admite una total supresión y sustitución de su capacidad de obrar en el ejercicio de los derechos de la personalidad, ni de aquellos otros que de acuerdo con las Leyes y sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo. Ahora bien, no podemos desconocer que se trata de un precepto que específicamente contempla la situa-

---

<sup>7</sup> RTC 2000/313.

ción de los menores y que está previsto para la institución de la patria potestad, por lo que sería conveniente que el Derecho contemplara esta posibilidad también para los incapacitados, incluyendo una norma que les fuera directamente aplicable. El momento es el adecuado.

Al hilo de las cuestiones que está planteando la entrada en vigor de la Convención Internacional, y de los ajustes que se ha dicho han de hacerse al futuro proceso relativo a la modificación de la capacidad de obrar para su adecuación a la misma, creo que sería conveniente la formulación de un precepto de similar contenido al art. 162 del Código Civil, en donde se estableciera con carácter general la capacidad de actuación de las personas con discapacidad en el ejercicio de los llamados derechos de la personalidad y en otros actos acordes a su capacidad natural. Como más adelante expondré, dicha modificación también afectaría a la inclusión de un precepto que contemplara con carácter general la necesidad de contar con la aprobación de la persona con discapacidad, siempre que sus condiciones de madurez así lo permitan, en todos aquellos actos que por su naturaleza les afecten más íntimamente.

Por otro lado, quienes afirman la total contradicción de la incapacitación judicial a la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad, olvidan que nuestro Derecho contempla específicamente la posibilidad de que el incapacitado realice determinados actos con trascendencia jurídica, de acuerdo a su propia capacidad y sin distinción alguna entre quienes estén sometidos a tutela o a curatela.

Así, en primer lugar, respecto a la posibilidad de contraer matrimonio. En este sentido, el art. 56.2 del Código Civil establece que: «*Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento*». La interpretación de esta norma permitirá a los incapacitados contraer matrimonio en todos aquellos casos en los que la sentencia de incapacitación no haya previsto nada en relación a ello y siempre que se determine facultativamente la actitud para prestar el consentimiento matrimonial. Cuestión diferente es la posibilidad de que tal matrimonio pueda llevarse a efecto, siquiera con el previo dictamen facultativo, en aquellos casos en los que la sentencia de incapacitación haya determinado la falta de capacidad para este concreto acto. Pese a que doctrinalmente se ha cuestionado la posibilidad de que la sentencia de incapacitación pueda establecer restricciones de este contenido, entiendo que, aunque poco probable, es una situación que resulta posible y admisible<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Así, puede verse en la SAP Barcelona (Sección 18) de 9 abril 2003, AC 2003 \ 2026.

Es evidente que la prestación del consentimiento matrimonial no es susceptible de sustitución de ningún tipo, de forma que la falta de capacidad para ello obstará el matrimonio del incapacitado. En este caso, la cuestión será determinar si, excluida esta posibilidad en la sentencia de incapacitación, podría el incapacitado contraer matrimonio en aplicación de lo dispuesto en el art. 56.2 del Código Civil, siempre que facultativamente se determine la existencia de capacidad, lo que estimo que, en la actual regulación, no resultaría posible.

Obsérvese que el sistema vigente en nuestro Derecho exige la adopción de las decisiones relativas a la capacidad en el marco de las garantías establecidas en un procedimiento judicial, por lo que no cabría otorgar validez a actos realizados al margen de una resolución judicial plenamente vigente. En tal caso, la solución sería iniciar un procedimiento de reintegración de la capacidad o de modificación del alcance de la incapacitación, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si han sobrevenido nuevas circunstancias que así lo exigieran.

Vista la conclusión adoptada, quizá podría atribuirse cierta rigidez y falta de flexibilidad al sistema español. Sin embargo, como veremos con posterioridad, estos inconvenientes podrían solventarse mediante el establecimiento de un sistema más progresivo y periódico de control de la situación específica de las personas incapacitadas por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, al que debería dotarse de algún mecanismo de automaticidad, en los términos que exige el propio art. 12 de la Convención.

Junto a la posibilidad de contraer matrimonio, el Código Civil otorga a los incapacitados la capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales, si bien han de ser asistidos a dicho acto por sus padres, tutores o curadores, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1.330 del Código Civil. Por lo tanto, cualquiera que sea el régimen de guarda establecido, la incapacitación no priva a la persona de la capacidad para determinar el régimen económico matrimonial.

Es evidente que la capacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales está directamente relacionada con la capacidad para contraer matrimonio, por lo que tal posibilidad se veda de hecho a aquellas personas a quienes la sentencia de incapacitación lo prohíba expresamente.

Las personas incapacitadas judicialmente podrán, igualmente, reconocer a sus hijos. El art. 121 del Código Civil así lo establece, señalando que: «*El reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal*». Dado el carácter estrictamente

personal del reconocimiento, la falta de capacidad del progenitor para efectuar dicho acto impide la posibilidad de actuación a través de representante, por lo que un sistema que estableciera una sustitución plena en el ejercicio de la capacidad de obrar obstaría el reconocimiento.

No ocurre así en Derecho español, puesto que de acuerdo a lo dispuesto en el Código Civil, la incapacitación no veda al incapacitado judicialmente para reconocer a sus hijos. Ahora bien, la específica situación que puede afectar a estas personas exige que se adopten las garantías necesarias para asegurar la correcta protección de los sujetos implicados; por ello, nuestro Código Civil condiciona la validez de ese acto a la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal.

Si, como hemos dicho, la incapacitación judicial no determina por sí la imposibilidad de la persona para contraer matrimonio, en modo alguno podría condicionar la posibilidad de que estas personas pudieran unirse convivencialmente a otras en una unión afín o similar a la matrimonial. Es evidente que las personas incapacitadas judicialmente pueden constituirse en pareja de hecho, siempre que tuvieren capacidad natural para ello.

Como sabemos, el Derecho Común no ha regulado las llamadas parejas de hecho, de las que, sin embargo, sí se ocupa una ingente legislación autonómica, gran parte de ella de dudosa constitucionalidad. Pues bien, es posible encontrar alguna norma autonómica en la que se prohíbe expresamente a las personas incapacitadas judicialmente la posibilidad de constituir parejas de hecho.

Así, la Ley 5/2003, de 6 marzo, de regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias (LCAN 2003\107), en cuyo art. 2 y al establecer los requisitos personales de las uniones convivenciales reguladas, se señala que no podrán constituir pareja de hecho, de acuerdo a la normativa de la presente Ley: f) Las personas legalmente incapacitadas mediante sentencia judicial firme.

Al margen de su posible inadecuación a la Constitución española, normas como la citada sí serían, a mi juicio, contrarias a la Convención Internacional, al vulnerar claramente los principios de igualdad y no discriminación.

Junto a la posibilidad de contraer matrimonio y de reconocer a sus propios hijos, la legislación española establece un sistema que permite a quienes hayan sido incapacitados otorgar testamento. Conforme al art. 665 del Código Civil: *«Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad»*.

La redacción actual de esta norma procede de la reforma efectuada por medio de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamento. En su redacción anterior, el precepto contemplaba la posibilidad de que el «demente» otorgara testamento en intervalo lúcido, previo reconocimiento de dos facultativos designados por el Notario, quienes lo debían reconocer y responder de su capacidad. La actual redacción prescinde de dicha referencia al testamento en intervalo lúcido, cuya interpretación había generado mucha dificultad en la práctica, aplicándose específicamente a las personas incapacitadas judicialmente.

Una correcta interpretación de la norma nos ha de llevar a concluir que la incapacitación no priva por sí al incapacitado de su capacidad para otorgar testamento, sin que el precepto distinga entre aquellos casos en que el régimen de guarda establecido sea la tutela o la curatela. La posibilidad de otorgar testamento únicamente encuentra como límite la prohibición expresa para testar en la sentencia de incapacitación.

Si el testador ha sido incapacitado judicialmente y la sentencia de incapacitación no contiene pronunciamiento acerca de su capacidad para testar, la posibilidad de otorgar válidamente testamento está condicionada al juicio de capacidad emitido por dos facultativos designados por el Notario autorizante. Aun cuando el juicio de capacidad emitido por los facultativos designados no constituye una prueba irrefutable de la capacidad del testador para otorgar válidamente dicho acto, tal como ha señalado la jurisprudencia en alguna ocasión, no cabe duda de que el reconocimiento de capacidad para testar atendiendo a la capacidad real y efectiva al momento de otorgamiento del testamento es significativo para determinar el verdadero alcance de la sentencia de incapacitación.

Dado el carácter estrictamente personal del testamento, un sistema plenamente sustitutivo de la capacidad de obrar obstaría a la práctica de dicho acto a quienes hubieren sido incapacitados, al no ser posible la intervención del representante legal en el mismo. El sistema español establece, en mi opinión, un régimen mucho más flexible y respetuoso con la persona incapacitada, que podrá servir para potenciar, en su caso, la llamada capacidad residual, de acuerdo a los principios establecidos en la Convención Internacional que analizamos.

Junto a los preceptos citados con anterioridad, el Código Civil español consagra también la capacidad de las personas incapacitadas judicialmente para realizar otros actos con trascendencia jurídica.

Así, en primer lugar, las personas incapacitadas judicialmente podrán aceptar donaciones no condicionales u onerosas, aun sin la inter-

vencción de sus representantes legales. Conclusión que se obtiene de una interpretación *a sensu contrario* de lo dispuesto en el art. 626 del Código Civil, al vedar este precepto la posibilidad de aceptación de donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus representantes legales a las personas que no puedan contratar. Por tanto, cualquier limitación a la capacidad para contratar en la sentencia de incapacitación no obstará al incapacitado para aceptar por sí solo donaciones puras, puesto que la intervención del representante se prevé exclusivamente para las que sean condicionales u onerosas. El precepto se justifica en el carácter no lesivo que se entiende que concurre en la donación, como acto de atribución patrimonial gratuito.

De la misma forma, nuestro Derecho permite a las personas incapacitadas judicialmente, cualquiera que sea el contenido y alcance de la sentencia de incapacitación, adquirir válidamente la posesión. Así, el art. 443 del Código Civil dispone que: «*Los menores y los incapacitados pueden adquirir válidamente la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor*». El fundamento de este precepto ha de buscarse también en la consideración del legislador de que tal acto adquisitivo no supondrá en ningún caso perjuicio a los intereses de las personas incapacitadas judicialmente.

Como hemos visto, el Código Civil español contempla la específica capacidad de las personas incapacitadas judicialmente para realizar ciertos actos con trascendencia jurídica. Pues bien, más allá de lo dispuesto en el Código, es importante analizar el efecto que tiene la declaración judicial de incapacitación en relación a la capacidad de la persona para realizar otros actos jurídicos de especial importancia, en cuanto afectan a derechos íntimamente vinculados a la persona. En concreto me ocuparé de la cuestión relativa a la toma de decisiones en materia de salud.

En nuestro Derecho, este tema se regula en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Tal como señala el art. 1 de esta norma, su objeto es la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica. Desde esta perspectiva, gran parte de su contenido se reserva a la regulación del llamado derecho a la información clínica asistencial y del respeto a la autonomía del paciente, dentro de la cual se incluye la regulación del consentimiento informado.

La toma de decisiones relativas a cuestiones que afecten a la salud, entendida en sentido amplio, es ciertamente una cuestión vinculada a la protección de determinados derechos fundamentales de la persona; por ello resulta de especial importancia observar cómo se articula la protección legal ante la necesidad de salvaguardar a las personas cuya capacidad de obrar se encuentre limitada.

En el análisis de las normas que regulan esta materia en Derecho español, ha de tenerse en cuenta que la Convención Internacional también se ocupa particularmente de esta materia en su art. 25 d), estableciendo que los Estados Partes: «*Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de las capacitación y la promulgación de normas éticas para la protección de la salud en los ámbitos público y privado*».

El Derecho español parece diferenciar entre el derecho a la información asistencial y el llamado consentimiento informado, dos conceptos íntimamente relacionados pero que conviene distinguir en tanto en que pueden alcanzar cierta autonomía a la hora de determinar su concurrencia. Por otro lado, la validez del consentimiento informado puede estar condicionada a la correcta prestación de la obligación de información.

Respecto al derecho a la información clínica asistencial, la Ley señala en su art. 5.1 que el titular del mismo es el paciente, señalando en su párrafo segundo que éste será informado aun en el caso de incapacidad, en cuyo caso, la información deberá practicarse de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliéndose con el deber de informar también a su representante legal. Parece, por tanto, que la incapacitación judicial del paciente no será obstáculo al derecho a ser informado de cualquier actuación en el ámbito de la salud que pudiera afectarles.

Por lo que respecta al llamado consentimiento informado, el art. 9.1 de la Ley establece que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario, una vez que recibida la información, haya valorado las opciones propias del caso. Más adelante, el apartado 3 de este mismo precepto regula aquellos casos en los que el consentimiento ha de prestarse por representación, señalándose en su apartado b) que ello será necesario cuando el paciente esté incapacitado legalmente. No obstante, el art. 9.5 señala que: «*La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del pa-*

*ciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario».*

La redacción de esta norma resulta confusa puesto que, por un lado, parece admitir la necesaria representación del incapaz a la hora de prestar el consentimiento informado (art. 9.3 b), mientras que, por otro, señala que la prestación del consentimiento por representación habrá de adecuarse a las circunstancias y ser proporcional a las necesidades del paciente, con respeto a su dignidad personal.

Pues bien, la primera conclusión que puede adoptarse es que no puede entenderse que el consentimiento lo preste sin más el representante legal de la persona incapacitada<sup>9</sup>. Ha de estarse en cada caso a la situación concurrente y a su capacidad natural, de forma que la sentencia de incapacitación y el sometimiento del incapacitado a tutela con atribución de la representación legal al tutor, no excluye la necesidad de que éste preste su consentimiento a la intervención, siempre que tenga capacidad natural para ello y haya recibido la información necesaria de forma adecuada a sus posibilidades de comprensión. Admitiendo dicha interpretación, la dificultad se plantea en cuanto a la intervención del representante en la toma de decisiones, prescrita en el precepto, y la posibilidad de que llegado el caso pudiera no ser coincidente la voluntad del incapacitado y la de su representante legal.

La entrada en vigor de la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad afianza aún más la interpretación propuesta, única coherente con los principios convencionales. No obstante, de *lege ferenda* sería necesaria igualmente una mayor precisión de los preceptos que regulan la capacidad de actuación de la persona incapacitada en este ámbito.

### 3. *A modo de conclusión*

De todo lo anteriormente expuesto, podríamos concluir que no es totalmente exacto señalar que el procedimiento de incapacitación, como institución jurídica por medio de la cual se modifica la capacidad de obrar de las personas en aquellos casos en los que carezcan de capacidad de autogobierno, es opuesto a los principios establecidos en la

---

<sup>9</sup> PARRA LUCAN, M<sup>a</sup> A. «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», Aranzadi Civil núm. 2/200, BIB 2003/284, pág. 14.

Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad<sup>10</sup>.

El Texto Convencional obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que precisen en el ejercicio de su capacidad. Literalmente, el texto del art. 12 de esta norma internacional exige que las medidas sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de cada persona y, a su vez, que las salvaguardas que se establezcan sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Pues bien, en mi opinión, el concepto de proporcionalidad al que se refiere el art. 12 de la Convención no es excluyente de medidas sustitutivas de la capacidad de obrar, siempre que así se requieran en atención a la situación específica de la persona y se establezcan con las garantías adecuadas, garantías que alcanzarán también al control de la actuación de quien haya sido designado para el ejercicio de la función de representación.

Todos estos principios inspiran la incapacitación, como institución jurídica que tiene por objeto la modificación de la capacidad de obrar y el sometimiento de la persona al régimen de guarda que se precise. En Derecho español, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 199 del Código Civil, nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley; determinando el art. 200 cuáles son las causas que originan la modificación de la capacidad de obrar de la persona, que siempre han de comportar la imposibilidad de autogobierno. Caso contrario, cobra eficacia lo establecido en el art. 322 del Código Civil, que atribuye plena capacidad a los mayores de edad, salvo, como la misma norma dispone, en casos especiales establecidos en el mismo Código.

Igualmente, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia que declare la incapacitación habrá de determinar la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela y guarda al que ha de quedar sometido el incapacitado. Junto a las garantías que tienen su origen en la necesidad de que cualquier modificación de la capacidad de obrar venga precedida de un procedimiento judicial y de la sentencia con la que éste concluya, el Derecho español regula las garantías a las que ha de quedar sometida la actuación de

---

<sup>10</sup> En el mismo sentido puede verse, RUBIO TORRANO, E., en «*La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La Convención de Nueva Cork*», Westlaw BIB 2009/864.

quienes han sido designados para representar o complementar la capacidad de la persona incapacitada. El sistema tutelar español es un sistema de autoridad, en atención a la intervención que tiene el Juez tanto en la constitución como en el desarrollo de la tutela (art. 216 del Código Civil), y en virtud de la tarea de control que la Ley atribuye al Ministerio Fiscal (art. 232 del Código Civil). Finalmente, no puede desconocerse que el principio que inspira en nuestro Derecho la actuación de quienes han sido designados para desempeñar cargos tutelares es el de primacía del interés del incapaz, tal como señala el art. 216 del Código Civil, en cuanto que se configura como un deber que se impone a quien ha sido designado para ello, cuyo incumplimiento podrá devengar la responsabilidad que derive de los daños que se causen.

Aun cuando es cierto que el sometimiento de la persona a tutela y la atribución de la representación del tutelado a quien ha sido designado tutor, parecen estar concebidas para una sustitución plena en el ejercicio de la capacidad de obrar, ello no es totalmente exacto. Normativamente, el sometimiento de una persona a tutela no implica una privación total y absoluta de su capacidad de obrar. El propio art. 267 del Código Civil así lo señala al establecer que: «*El tutor es el representante legal del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación*».

En aplicación de esta norma y de lo dispuesto en el art. 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia de incapacitación podrá determinar con total precisión el grado de capacidad de la persona, y en virtud de éste, qué actos podrá realizar por sí misma. Aun cuando se ha avanzado en esta materia, todavía se aprecia un cierto grado de indeterminación en las sentencias de incapacitación. Admitidas las posibilidades de actuación que permite la regulación legal, la cuestión se centra en reflexionar sobre si se está haciendo un uso correcto del marco legal existente.

Junto a ello, el art. 267 del Código Civil establece que se exceptúan de la representación tutelar aquellos actos para los que la Ley así lo haya dispuesto. En la interpretación de este precepto se suele señalar que una excepción a la posibilidad de actuación del tutor se encuentra en el ejercicio de los llamados derechos de la personalidad o derechos personalísimos; la mayor parte de ellos, consagrados constitucionalmente como «derechos fundamentales».

Doctrina y jurisprudencia han admitido la aplicación analógica del art. 162 del Código Civil, previsto para exceptuar de la representación legal que la patria potestad atribuye a los padres respecto de sus hijos menores, a los incapacitados judicialmente. Este precepto establece que

se exceptúan: «1º. *Los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*».

Pues bien, aun cuando resulta correcta la aplicación analógica de esta norma, creo que sería conveniente la formulación de un precepto de similar contenido al art. 162 del Código Civil, en donde se estableciera con carácter general la capacidad de actuación de las personas con discapacidad en el ejercicio de los llamados derechos de la personalidad y en otros actos acordes a su capacidad natural.

Del estudio efectuado en páginas precedentes, también podemos concluir que pese a que legislativamente se contempla la posibilidad de que las personas incapacitadas judicialmente puedan realizar determinados actos jurídicos, tales como contraer matrimonio, reconocer a un hijo u otorgar testamento, la entrada en vigor de la Convención Internacional sería un buen momento para reflexionar acerca del establecimiento de mecanismos más flexibles de actuación que potenciaran la posible capacidad residual de la persona incapacitada.

De la misma forma, también sería una buena ocasión para aclarar el contenido de aquellos preceptos que pudieren resultar equívocos a la hora de concretar la capacidad de las personas incapacitadas judicialmente para realizar determinados actos. Circunstancia que hemos podido apreciar en el estudio del art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en donde se regula la prestación del consentimiento informado por medio de representante.

Por tanto, admitiendo la adecuación del procedimiento de incapacitación a la Convención Internacional y, en concreto, considerando que los principios en base a los cuales éste se articula y las medidas de protección de las personas con discapacidad que a través de él se establecen son adecuadas, creo necesario que de *lege ferenda* deberían efectuarse algunos ajustes. Éstos, como hemos visto, deberían afectar no solo al procedimiento de incapacitación, sino también a otras normas jurídicas dirigidas a la protección de las personas con discapacidad.

#### IV. ALGUNA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN

Cualquier propuesta de modificación tiene que venir presidida por un cambio terminológico. En la institución que estudiamos, como en cualquier otra institución jurídica, el nombre con la que se la conozca

en Derecho no es una cuestión baladí. Por ello creo que la denominación con la que se designa en Derecho español a esta institución jurídica no resulta adecuada. Aun cuando pueden ser variadas las razones para considerar procedente una modificación en este sentido, creo que se erige como relevante el hecho de que los términos «incapacitado» e «incapacitación» más parecen estar aludiendo a una situación de falta absoluta de capacidad, lo que no es totalmente exacto, como vimos con anterioridad, que a una actuación amparada legislativamente, cuyo objetivo es procurar la plena igualdad jurídica de los discapacitado, removiendo los obstáculos que les impidan integrarse socialmente con plenas garantías, en cuanto miembros de pleno derecho.

Analizados desde la propia concepción de la discapacidad admitida en la Convención Internacional, los términos «incapacitado» e «incapacitación» más parecen hacer referencia a una cuestión intrínseca al afectado, opuesta al concepto reglamentado, que a una cuestión social que exige al Derecho, como dijimos, la remoción de las barreras y obstáculos para asegurar y promover el derecho a la dignidad inherente de quienes se encuentren por ella afectados.

Al margen de esta cuestión terminológica, y a la vista del art. 12 de la Convención, creo que pueden efectuarse algunos ajustes a la regulación actual. De entre ellos y por su importancia, destacaría en primer lugar, aquellos ajustes dirigidos a incrementar las garantías para que cualquier medida relativa a la actuación en el ejercicio de su capacidad de obrar respete los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad.

El Derecho español ya tuvo en cuenta esta cuestión al reformar el Código Civil mediante la regulación de la autotutela, por medio de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Así, conforme al art. 223 del Código Civil: «*Cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro podrá en documento notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona y bienes, incluida la designación de tutor*». Esta voluntad manifestada por el interesado será vinculante para el Juez al constituir la tutela, salvo que, tal como dispone el art. 224 del Código civil, el beneficio del incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso, la decisión que se adopte ha de ser motivada.

Sin embargo, para aquellos casos en los que la persona no haya previsto nada en relación a una posible incapacitación, no existe en Derecho español norma alguna relativa a la necesidad de actuación en el ejercicio del régimen de guarda conforme a las preferencias del incapacitado; tampoco norma alguna que establezca de forma general que, cualquiera que sea el mecanismo de protección o «apoyo» adoptado, siempre que se

pueda se tengan en cuenta los deseos y las opiniones de las personas incapacitadas. Es más, creo que se hace necesario un precepto en el que se establezca que, siempre que la persona afectada tenga suficiente capacidad natural para entender y expresar sus deseos y opiniones y éstos no redunden objetivamente en su perjuicio, éstos deban ser respetados. De *lege ferenda*, esta norma debería incluir la necesidad de oír a la persona, siempre que ello sea posible, cuando se hayan de adoptar medidas de especial trascendencia en el ejercicio de sus derechos.

Respecto a las instituciones de guarda, ya he señalado con anterioridad que considero que la tutela, aplicada correctamente y en los términos que así establece la Ley, con la atribución al tutor de la representación legal del incapacitado, podría ser adecuada e incluso necesaria en algunos casos. Si analizamos la regulación de la tutela en el Código Civil, ésta en principio parece correcta, siempre y cuando se haga un uso de ella conforme a su regulación legal, sin que la indeterminación que se aprecia en algunas sentencias de incapacitación pueda llegar a implicar una sustitución total y completa en el ejercicio de la capacidad de obrar. En este sentido, las sentencias que pongan fin a los procesos relativos a la modificación de la capacidad de obrar de la persona deben ser mucho más respetuosas con lo preceptuado en el art. 267 del Código Civil, confiriendo al tutor la representación legal del incapacitado solo para aquellos actos que sean estrictamente necesarios.

Por lo demás, nuestro Ordenamiento Jurídico determina quién puede ser tutor, las obligaciones que le incumben, la remoción de la tutela y el régimen de responsabilidad en el ejercicio de su cargo. Entre las obligaciones del tutor se encuentra la de informar anualmente al Juez de su gestión. También otra obligación muy importante que es la de promover la adquisición y recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad (art. 269 del Código Civil).

A la vista de la Convención, esta obligación adquiere una enorme importancia, puesto que si bien a la sociedad le corresponden remover los obstáculos que impidan a las personas con discapacidad su participación plena, efectiva y en igualdad de condiciones que los demás en ella, a quienes ostenten la guarda y custodia de los discapacitados les corresponde velar para procurar su recuperación y el ejercicio de la llamada capacidad residual. Dada la importancia de esta obligación, creo que debería potenciarse su cumplimiento, estableciendo medidas legislativas adecuadas, especialmente la necesidad de rendir cuentas al fin de la tutela sobre su efectivo cumplimiento. Es cierto que el Código Civil español regula la obligación del tutor de rendir cuentas de la administración de los bienes del tutelado al fin de la tutela, pero sólo de for-

ma indirecta podemos entender que incumbe al tutor un deber semejante en relación a la obligación de cuidado y recuperación de la capacidad.

A diferencia de la tutela, la curatela no implica la asunción por el curador de la representación legal del incapacitado; la obligación del curador será la de asistir a la persona con discapacidad solo en aquellos actos que expresamente establezca la sentencia de incapacitación. Si en ella no se prevé nada, la intervención del curador será en aquellos actos para los que el tutor requiera autorización judicial. Pues bien, falta también en la regulación de la curatela una referencia general a la necesidad de tener en cuenta las preferencias del incapacitado, principio que ha de inspirar la actuación del curador.

Por otro lado, la entrada en vigor de la Convención quizá sea el momento adecuado para reflexionar sobre la necesidad de dotar a las instituciones de guarda de una mayor flexibilidad. Con el fin de potenciar la capacidad residual de las personas con discapacidad, y reconociendo que una correcta intervención para hacer llegar a quienes la sufren la información necesaria y adecuada para que puedan actuar de forma autónoma, puede potenciar su capacidad natural, debería establecerse algún mecanismo que ampliara en determinadas situaciones su capacidad de obrar, aun manteniendo vigente la institución de guarda establecida.

En la misma línea, quizá sería necesaria la ordenación normativa de alguna figura específica de mayor eficacia práctica. En particular, para aquellos casos en los que la discapacidad que afecte a la persona no sea de carácter permanente, o en los que una mínima intervención o apoyo sea suficiente para dotarlos de una vida independiente y autónoma.

Por último, entiendo que debería regularse con mayor precisión la llamada guarda de hecho, cuya existencia no desconoce el Derecho, pero que, pese a ello, ordena normativamente de forma insuficiente, olvidando que puede alcanzar una enorme importancia práctica.

En otra línea, la entrada en vigor de la Convención Internacional ha venido a imponer otro reto al legislador español: la necesidad de ordenar los mecanismos adecuados para una revisión periódica de las medidas adoptadas. En efecto, el art. 12 de la norma internacional impone a los Estados partes la obligación de que las medidas adoptadas estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Es cierto que en Derecho español se regula el procedimiento de reintegración de la capacidad, siendo muy importante el papel que se atribuye al Ministerio Fiscal para la protección de los derechos de las personas incapacitadas. No obstante, de acuerdo a la regulación prevista en el art. 761 de la ley de

Enjuiciamiento Civil, la adopción de nuevas medidas o la supresión de las existentes exige un nuevo procedimiento judicial que parece estar pensando en un cambio definitivo de las condiciones vigentes al momento de adopción de las medidas iniciales, no siendo esta idea la que parece presidir la norma internacional. En mi opinión, la norma internacional parece exigir un cierto automatismo en la modificación de las medidas adoptadas inicialmente, de manera que se vayan adecuando regularmente a la situación del incapacitado, lo que exigiría ese control periódico al que se refiere el art. 12.

### BIBLIOGRAFÍA

- CAMPOY CERVERA, E (2007): «La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución Española de 1978», «Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina».
- PALACIOS, A.: «La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española», pág. 80.
- PARRA LUCAN, M. A. (2002): «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español, Aranzadi Civil 2, Westlaw BIB 2003/284, pág. 14.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C (2009): «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009», Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, núm. 82.
- RUBIO TORRANO, E. (2009): «La incapacitación: titularidad y ejercicio de derechos fundamentales afectados. La Convención de Nueva Cork», Westlaw BIB 2009/864.