

Viaje al tratamiento jurídico de las personas con
discapacidad: una visión global del camino.
I Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad
15, 16 y 17 de Noviembre de 2017. Elche

NURIA MARTÍNEZ SÁNCHEZ
UNIVERSIDAD DE ALMERÍA nms735@ual.es

La inclusión de personas con discapacidad en la sociedad no ha sido siempre evidente ni radical, sino que ha sido consecuencia de un proceso paulatino de concienciación, normalización e inclusión. Y aún hoy en día, no podemos afirmar sin lugar a dudas la inexistencia de discriminación, pues eso que tantas veces parecía una utopía en la actualidad es un objetivo a perfeccionar.

En el tiempo en el que aparecieron y proliferaron los Códigos civiles decimonónicos, existía una concepción social muy perjudicial del enfermo mental, arraigada en la consideración por la psiquiatría de finales del siglo XIX y principios del XX de la enfermedad mental como incurable. Por ello, se establecía como única solución a la situación de estas personas con deficiencia o trastorno psíquico su incapacitación. A ella hay que sumar la desaparición social de las personas que padecían dichas enfermedades, pues eran marginadas y, en muchos, casos internadas en manicomios, lo cual imposibilitaba su desarrollo personal e impedía de forma radical su cura. En la década de los años sesenta del siglo XX, se difunde por Europa una concepción distinta de la hasta entonces mantenida de la enfermedad mental, esta es la antipsiquiatría inglesa, la cual propone una nueva interpretación del trastorno mental en términos psicológicos y no patológicos, atribuyendo un papel fundamental al factor socio-ambiental en la evolución de la enfermedad. Estos nuevos pensadores conciben la curación y recuperación de la dolencia o trastorno como algo cierto y plausible, con graduación dependiendo de la afección. Lo que tienen claro ya en aquella época es la imposibilidad de sanación en régimen de segregación o marginación, de ahí que aboguen por la abolición de los manicomios y la reinserción de los enfermos mentales en la sociedad, aplicándoles el adecuado tratamiento para el desarrollo progresivo del individuo, alcanzando autonomía y responsabilidad.

Pese a que ya desde entonces se comenzó a instigar a los poderes públicos para que revisaran los institutos de tutela- los cuales en su mayoría eran desproporcionados e incompetentes- 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. A partir de entonces, se produce un punto de inflexión entre la concepción opresora y marginadora del siglo XIX y principios del XX, dando 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 e 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

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 tutela, 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 AZCANO², 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 jurisprudencia 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-, 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.

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

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 De nuevo sobre la incapacitación judicial y la adecuación de los regímenes de guarda tradicionales Martín Azcano, Eva María. LA LEY Derecho de familia, N.º 2, Segundo trimestre de 2014, Editorial LA LEY.

² De nuevo sobre la incapacitación judicial y la adecuación de los regímenes de guarda tradicionales Martín Azcano, Eva María LA LEY Derecho de familia, N.º 2, Segundo trimestre de 2014, Editorial LA LEY

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 Tributaria, 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 discapacidad psíquica igual o mayor al 33% o aquellos que tenga una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65% (art. 2.2).

Por último, la Ley 1/2009, de 25 de marzo, en su disposición final primera, conminó al poder ejecutivo remitir a las Cortes Generales un nuevo Proyecto de Ley que reformara la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, acorde a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De esta forma, los antiguos procedimientos de incapacitación judicial pasarían a constituir procedimientos de modificación de la capacidad de obrar.

El ordenamiento jurídico regula las relaciones jurídicas entre personas, de tal forma que dichos sujetos participen o puedan participar de forma eficaz en el entramado jurídico. Cabe decir, que las personas pueden intervenir en la vida jurídica de forma activa o pasiva, o lo que es lo mismo, en calidad de titulares, como meros sujetos de derechos y obligaciones o bien como actuantes, ejercitando dichos derechos u obligaciones, operando en las relaciones jurídicas. La titularidad de derechos y obligaciones es la aptitud en que consiste la personalidad o capacidad jurídica, significa la mera tenencia y goce de los derechos. En palabras del profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE³, *la capacidad jurídica implica, por tanto, la posibilidad de protagonizar relaciones jurídicas en general, de ser sujeto de derechos: se identifica, desde este punto de vista, con la personalidad jurídica, y con la subjetividad jurídica, y constituye la dimensión estática de la capacidad legal... la capacidad jurídica es, en sentido*

³ El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal, Thomson Reuters. Aranzadi. Carlos Martínez de Aguirre. The global Law collection 2014.

estricto, la mera posibilidad (potencialidad) de tener derechos y obligaciones. Mientras que la capacidad de obrar es esa aptitud para ejercitar los derechos y obligaciones concernientes a las relaciones jurídicas, se trata de la dimensión dinámica de la capacidad legal.

Ambas manifestaciones de la capacidad son compatibles pero no equivalentes, pues su naturaleza varía y con ella, sus notas definitorias. En este sentido, decimos que la capacidad jurídica como atributo esencial de la persona e inherente a la misma, la tienen todas las personas por el mero hecho de ser tal y es igual para todas ellas. Estamos ante una capacidad abstracta, indivisible y uniforme. Por su parte, la capacidad de obrar, al conllevar una actividad o ejercicio de esa titularidad que ostenta cualquier persona por el hecho de serlo, es concebida como una capacidad gradual y variable, no todos los sujetos con personalidad jurídica tienen capacidad de obrar⁴. A esta última modalidad es a la que vamos a prestar especial atención, pues su ausencia conlleva la necesidad de complementarlas a través de determinados mecanismos jurídicos con el fin de paliar la imposibilidad o dificultad de ejercicio de los derechos y obligaciones de una persona que padece algún tipo de enfermedad permanente y persistente en el tiempo o está inmersa en determinada situación que no le permite actuar en las relaciones jurídicas (imaginemos, por ejemplo, una persona que está cumpliendo condena en un centro penitenciario o aquella que ha desaparecido).

La capacidad de obrar, por tanto, está estrechamente ligada a la voluntad de la persona, a su inteligencia y suficiencia para afrontar las vicisitudes de la vida jurídica, en un sentido activo, de actuación, de ejercicio tanto de derecho como de obligaciones. Se trata, en último término, de la capacidad natural de entender y querer (aludimos a la capacidad cognoscitiva y volitiva)⁵. Ejemplifiquemos a una persona que no está incapacitada ni padece una enfermedad permanente que le impida dilucidar la realidad jurídica, que es mayor de edad y vive con sus padres. La misma podrá contraer matrimonio de forma libre con quien considere, pero también está capacitada

⁴ Ver también Estudios sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad. Carmen Mingorance Gosálvez. Fepamic (Federación provincial de asociaciones de personas con discapacidad física y orgánica de Córdoba). Thomson Reuters. Aranzadi. 2015. *Las notas diferenciales entre la capacidad de derecho y la capacidad de obrar son las siguientes: a) la capacidad de derecho: - Considerada en abstracto, como atributo de la personalidad que es, reúne los caracteres, de fundamental, una, indivisible, irreductible y esencialmente igual, siempre y para todos los hombres. - Considerada en concreto, o sea con aplicación a derechos determinados, la capacidad de derecho es susceptible de restricciones, a título excepcional y por virtud de disposiciones expresas de la ley. No todas las personas tienen los mismos derechos civiles, así algunos de éstos (matrimonio, adopción) sólo se conceden a partir de una edad determinada; otros se prohíben a ciertos individuos, ya por razón de vínculos que existen entre ellos (ej. Prohibiciones matrimoniales, testificación, etc.), ya por vía de sanción (privación del derecho de patria potestad o derecho a heredar por causa de indignidad). b) La capacidad de obrar, podemos decir que es contingente y variable: no existe en todos los hombres ni se da en el mismo grado...*

⁵ Capacidad, incapacidad e incapacitación. Aurelia María Romero Coloma. Colección Scientia Iuridica. Madrid 2013 página 8.

para saldar las deudas pendientes que tenga con algún acreedor o, simplemente, podrá hacer testamento.

Sin embargo, no todas las personas gozan de la misma inteligencia ni voluntad, sino que dichas aptitudes son graduales. Por esta razón, la legislación en consonancia con el poder judicial, niegan en determinados casos la capacidad de obrar a personas de forma absoluta, en otros casos restringen o limitan dicha capacidad y en otros, la condicionan o complementan.

Así pues, podemos hablar de una capacidad limitada o incompleta, para referirnos a aquellos casos en los que no se puede disfrutar plenamente de la misma debido a una restricción legal, como ocurre en los casos de modificación judicial de la capacidad (arts. 210 del Código civil en relación con el 322), o a una atribución legal a quien no es plenamente capaz legalmente se le atribuye cierto grado de capacidad (arts. 323 y 164.3º C.c.). En ambos casos como consecuencia de su excepcionalidad es preceptiva tanto soporte legal como judicial. Hablamos de capacidad limitada cuando nos encontramos en una situación a medio camino entre la plena capacidad y su capacidad judicialmente modificada, es decir, en términos coloquiales, son capaces pero necesitan complemento a dicha capacidad. Por ello, es necesaria la presencia y actuación de una persona que suple esa falta. Así pues, la persona con capacidad limitada podrá actuar per sé pero con el consentimiento en determinados casos de una tercera persona (curador, tutor legal...) o con su asistencia. Son ejemplos de capacidad limitada la situación de discapacidad de una persona que deriva en la modificación de su capacidad mediante resolución judicial, la antes conocida como incapacitación judicial y en la imposición de curador para complementar la capacidad del primero en atención a su grado de discernimiento (art. 287 C.c.); otro caso diferente al anterior es el de un menor de edad emancipado de sus padres que necesita el consentimiento de éstos hasta que alcancen la mayoría de edad para realizar determinados negocios jurídicos (art. 323 C.c.).

Por otro lado, encontramos la capacidad de obrar especial: aquella que se precisa para realizar determinados actos jurídicos, pues los mismos requieren unas condiciones específicas, como la exigencia de haber cumplido veinticinco años para adoptar (art. 175.1 C.c.) o tener catorce años cumplidos para poder otorgar testamento (art. 663.1 C.c.).

Por último, debemos hacer referencia a las prohibiciones, que consisten en la exclusión realizada en un precepto jurídico de las personas que cumplen unos determinados requisitos para la realización de ciertos actos jurídicos, por ejemplo, la

prohibición de mandatarios de adquirir los bienes que le han sido encargados administrar o enajenar (art. 1.549 C.c.)⁶.

Así pues, cuando existe esta falta de capacidad de obrar o su limitación, es cuando hablamos de que una persona es “incapaz” en el ámbito jurídico, bien de forma absoluta para entablar cualquier tipo de relación jurídica, bien de forma limitada para realizar determinados actos jurídicos, pues no puede disponer de sus derechos en el campo de la actuación ni cumplir con sus deberes jurídicos.

Cabe resaltar que la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, aprobada mediante resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas el día 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el estado español en su artículo 12 bajo la rúbrica “*Igual reconocimiento como persona ante la ley*”⁷, retoma la concepción romana de capacidad, es decir, engloba bajo el término capacidad jurídica la modalidad dinámica y estática de capacidad, aunque alude en su apartado tercero “*al ejercicio de la capacidad jurídica*” no lo concibe como un concepto separable a la propia capacidad jurídica. Esta interpretación de la Convención tendrá un fuerte impacto en los ordenamientos jurídicos nacionales, sobre todo en el derecho común. Como explica el abogado BENAVIDES LÓPEZ⁸, este nuevo entendimiento es “*trascendental en la vida de las personas en situación de discapacidad, ya que se reconoce su libertad de decisión sobre su proyecto de vida de la manera más autónoma posible. Este sistema de apoyos en principio pretende abarcar a todas las*

⁶ Véase la clasificación de la capacidad en Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona. 4ª edición. Francisco Javier Sánchez Calero. Tirant lo Blanch, 2010. Págs. 76-77.

⁷ Véase artículo 12 “*Igual reconocimiento como persona ante la ley*” de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Igual reconocimiento como persona ante la ley 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

⁸ ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS ISSN 0718-2058

2015 pp. 39-56 Capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Legal capacity: a necessary reflection in the light of the Convention on the Rights of the Persons with Disability*. Álvaro Benavides López. Universidad Católica Silva Henríquez, Chile

personas con discapacidad, siendo más respetuoso de su dignidad y conformándose como un modelo inclusivo.

Una vez analizados los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, se va a proceder a analizar el de discapacidad.

Dicha discapacidad es consecuencia de unas determinadas circunstancias que afectan al sujeto, las cuales puede ser físicas (ceguera, sordera, paraplejía...) y/o mentales (carece de la voluntad y la inteligencias para entender y querer). El ordenamiento jurídico ha de velar y proteger a todos los sujetos de derecho y, en los casos en los que aquéllos carezcan o no tengan suficientemente desarrolladas las facultades y aptitudes necesarias para intervenir en la vida jurídica, debe facilitarles su inclusión en dicho ámbito jurídico y, en su caso, abrigar sus carencias a través de las instituciones jurídicas creadas a tal efecto, sin minusvalorar por ello a ningún sujeto ni cosificarlo. Imaginemos el caso de una persona ciega que se matricula en la universidad, en su caso será preceptivo facilitarle su inserción en el mundo académico a través de un plan de adaptación que le permita seguir sus estudios sin vicisitudes ni obstáculos o, por ejemplo, otra que padezca una paraplejía, la misma precisará la adaptación de su vivienda y de la vía pública en general para facilitar la movilidad de ella y de personas que padezca enfermedades de tal tipo. En los supuestos de enfermedades mentales igualmente serán precisos determinados requerimientos y, en el más grave, será necesaria la intervención de un tercero que sustente y complemente su capacidad, en estas circunstancias hacemos referencia especialmente a la figura del curador.

La jurisprudencia ha abordado ampliamente este tema, llegando a asentar doctrina en la Sentencia del Tribunal Supremo número 282/2009, de 29 de abril⁹ en lo relativo a las causas de incapacidad que veremos a continuación, y a la que apelan un gran número de resoluciones judiciales posteriores¹⁰. Por tanto, en base a la resolución señalada, las causas de incapacidad que recoge nuestra doctrina jurisprudencial son las siguientes:

“Las causas de incapacidad están concebidas en nuestro derecho, a partir de la reforma de 1983 (RCL 1983, 2298), como abiertas, de modo que, a diferencia con lo que ocurría en la antigua redacción del Código civil, no existe una lista, sino que el Art. 200 C.c. establece que "son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma". Es evidente que el Art. 322 C.c. establece una presunción de capacidad que

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo número 282/2009, de 29 de abril.

¹⁰ Ver SSTS

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. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 19 mayo 1998 (RJ 1998, 3378) , 26 julio 1999 (RJ 1999, 7845) , 20 noviembre 2002, 14 julio 2004 (RJ 2004, 5204) ; como afirma la sentencia de 28 julio 1998 (RJ 1998, 6134), "[...] 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".

En dicha Sentencia la Sala se pronuncia interpretando el régimen de incapacidad establecido en la Convención de Nueva York de 2006, y dichas pautas viene reiterando hasta nuestros días¹¹.

Se pretende negar la capacidad de actuar en el mundo jurídico en *ultima ratio*, es decir, cuando la persona no pueda autogobernarse por sí misma. En este último supuesto se acudirá a la incapacitación de la persona. La incapacitación es una institución jurídica que consiste en dejar sin efecto los actos realizados por la persona incapaz, concediéndole dicha aptitud para intervenir en las relaciones jurídicas al representante o tutor que se le asigne. Es un medio de protección del incapaz, únicamente tiene lugar cuando existe una sentencia judicial firme que así lo resuelva, la cual es el culmen de un proceso probatorio fundamental, pues sólo tiene lugar cuando la persona padece una enfermedad o alteración en la salud, ya sea física o psíquica, permanente. De ahí estriba la taxatividad de las causas de incapacitación: enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma (art. 200 C.c.).

Así pues, como explica la Sentencia del Tribunal Supremo número 244/2015, de 13 de mayo¹² la incapacitación debe ser adaptable a la necesidad específica de protección que requiera la persona incapaz, lo que supone la graduación de la incapacidad. La resolución asemeja dicha graduación al tallaje de un traje, en concreto dice: *"Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una*

¹¹ Entre otras, STS número 421/2013 de 24 de junio.

¹² STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 244/2015, de 13 de mayo

representación, para todas o para determinadas actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona (Sentencia 341/2014, de 1 de julio)”.

Por tanto, la finalidad de la antigua incapacitación a la que hoy denominamos modificación de la capacidad plena, engloba una doble vertiente de protección: por un lado, pretende proteger a la persona con discapacidad de los actos jurídicos que pudiera realizar y que devendría como ineficaces pero podrían perjudicarle y; por otro lado, tiene como objetivo proteger a terceros que se relacionen jurídicamente con la persona con discapacidad, pues dichos actos realizados o relaciones jurídicas entabladas igualmente pueden dañarlos.

Decimos que se acude a la modificación de la capacidad cuando la situación en la que se encuentra la persona con una discapacidad es permanente, por ello cualquier otra demanda de incapacitación debe ser rechazada por los Tribunales y no tener cabida en el sistema judicial, puesto que para la persona con discapacidad es fundamental e incluso vital ese halo de autonomía e independencia individual que, en muchos casos, le permite simple desarrollo de sus habilidades en el ámbito doméstico, lo cual accede a una vida independiente¹³. Podríamos traer a colación en este punto la superación y el esfuerzo que tienen que hacer algunas personas para autogobernarse y gestionar su propia vida y no ceder ante las vicisitudes que la misma les plantee, y en este extremo podemos interpretar y hacer nuestra en este caso la frase de MAHATMA

¹³ En este sentido, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 337/2014, de 30 de junio, apunta en su fundamento de Derecho tercero lo siguiente: “Lo que se cuestiona, en este caso, es de qué manera se encuentra afectado don Segundo para adoptar la medida que sea más favorable a su interés y como puede evitarse una posible disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York, según propone el Ministerio Fiscal, que tenga en cuenta, 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, más 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”.

GHANDI *“la fuerza no proviene de la capacidad física sino de una voluntad indomable”*.

Por tanto, como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo número 337/2014, de 30 de junio, el juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto a dos pares, de intereses privados y contrapuestos entre ambos litigantes, que es lo que ocurre, generalmente, en los procesos civiles, sino como medio adecuado para lograr la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para ejercitar el contenido que engloba su capacidad jurídica.

Llegados a este punto, nos podemos preguntar ¿quiénes son considerados “personas con discapacidad”? Para resolver esta cuestión debemos acudir en primer lugar, al artículo primero de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ya mencionada, el cual en su párrafo segundo nos expone que *“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”*. De lo transcrito podemos decir que la Convención se refiere especialmente a personas que tienen una discapacidad derivada de alguna enfermedad de carácter permanente (a largo plazo) o trastorno, que les impide desarrollar todos los aspectos de su vida en igualdad de condiciones con una persona que no la tenga. En esta última precisión creemos que radica el objetivo primordial de la Convención y del resto de legislación complementaria a la misma, pues se pretende derribar los obstáculos que puedan suponer un perjuicio en la vida de cualquier persona con discapacidad, es decir, tanto desde el punto de vista jurídico como social, sanitario... Se procura paliar, con el fin último de erradicar, las situaciones de desigualdad que este colectivo ha padecido y padece, en la mayoría de los ámbitos, desde la cotidianidad (movilidad, realización de tareas domésticas...) hasta el aspecto más jurídico (actos de disposición, materia laboral, patria potestad...). Si bien, cabe decir, que la Convención no define qué debemos entender por “personas con discapacidad”, sino que utiliza el término “incluye”, por lo que pensamos que no se trata de una lista cerrada o taxativa. La norma establece un mínimo¹⁴ pero ello no obsta a que los Estados puedan acoger una definición que abarque a un colectivo más amplio de personas y establezca un marco de protección mayor, es más, en dicho caso la citada normativa interna debe ser aplicada, pues se debe atender al derecho más beneficioso para la persona.

¹⁴ Ver PALACIOS, AGUSTINA. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cermi. Ediciones Cinca, julio 2008. Página 349.

Se han alzado voces de diversas asociaciones que piden la inclusión dentro del concepto de personas con discapacidad de aquellas que padezcan alguna deficiencia a corto plazo, pero ello es algo que aún hoy no se ha concretado, dependerá en última ratio del caso concreto y de la demostración probatoria de la discapacidad. En nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el mencionado artículo 200 del Código civil habla de enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas persistentes que impidan a una persona gobernarse por sí misma como causas de modificación de la capacidad. Por tanto, para considerar a discapacidad de una persona es necesario tener en cuenta el padecimiento de una dolencia persistente en el tiempo que impida a la persona gobernarse por sí misma, de lo contrario no podrá incluirse en este ámbito. Para aclarar el alcance del adjetivo “persistentes” podemos acudir a la extensa doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo¹⁵, si bien la esencia del precepto y el punto de inflexión en la determinación de la discapacidad de una persona es su capacidad para gobernarse por sí mismo. Nuestro alto Tribunal abordó en Sentencia número 818/1998, de 28 de julio¹⁶ este tema ante un recurso interpuesto por la cuidadora y hermana de una señora que padecía cierta enfermedad de carácter psíquico, para la cual quería la primera lograr su incapacitación. La Sentencia recurrida¹⁷ aludía, tras la atender a la fase probatoria, a que enfermedad que padecía la demandada no le impedía gobernarse en su vida cotidiana, personal y patrimonial, es, por ello, que desestimó la petición de incapacitación. Dicho fallo fue corroborado por el Tribunal Supremo al desestimar el recurso interpuesto por la actora, pues considera en su fundamento de derecho segundo que *“para que se incapacite a una persona, no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico , lo cual, puede perfectamente integrarse en una patología permanente y con una intensidad deficitaria prolongada en el tiempo y mantenida en intensidad, o bien, incluso, con independencia de que pudieran aparecer oscilaciones o ciclos en que se agudice mucho más la dolencia o patología, porque, lo que verdaderamente sobresale , es la concurrencia del segundo requisito, o sea que el trastorno, tanto sea permanente como oscile en intensidad, impidan gobernarse a la afectada por sí misma”*.

En cuanto a esta pieza angular que supone la aptitud para gobernarse a sí mismo para entender si una persona tiene una discapacidad que suponga la necesidad de modificar dicha capacidad, el profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN¹⁸, 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*

¹⁵ Entre otras STS (Sala de lo Civil) de 10 de febrero de 1986 (RJ 1986/520).

¹⁶ STS (Sala de lo Civil) número 818/1998, de 28 de julio (RJ 1998/6134)

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, de 24 febrero 1994.

¹⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. CAPACIDAD. DISCAPACIDAD. INCAPACITACIÓN. MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD. Rjuam, nº23, 2011-I, pp. 53-81.

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”.

La una abogada MARIANNE SCHULZE¹⁹ con una amplia experiencia profesional en temas de derechos humanos, especialmente en materia de personas con discapacidad, resume el concepto de persona con discapacidad diciendo que se trata de *“una persona cuya habilidad para llevar una vida inclusiva en la comunidad de su propia elección se ve limitada por el impacto independiente o concomitante de entornos físicos, económicos, sociales y culturales y factores personales que interactúan con la física, sensorial, psicosocial, neurológica, médica, intelectual u otras condiciones que pueden ser permanentes, temporales, intermitentes o imputado. Si no existe una definición de persona con discapacidad en un país, se aplicará la definición propuesta en el presente Convenio y cualquier definición de la discapacidad que se aplica en los juzgados y tribunales de sus países será al menos tan inclusivo y ampliamente basado en la definición contenida en el presente Convenio. Establecer el alcance de la protección, una lista de deficiencias de longitud variable se discutió tanto como no-exhaustiva, incluyendo una cláusula de ahorro – y tan concluyente”.*

De ahí que sea muy importante saber "para que y por qué" se inicia el proceso y si la estimación de esta pretensión va suponer algún beneficio a la persona. Estas dos cuestiones se las debe plantear quien presente la demanda, así como los fiscales y los jueces, sabiendo que si con la sentencia no se genera un real y práctico beneficio a la persona con discapacidad, algo se ha hecho mal.

En este sentido, la función del juez no es solo la de árbitro o director del proceso, sino que también pasa a ser activo integrante del mismo, sin ser una parte procesal, pero interesado en la aportación de todo el material probatorio: informes, audiciones de parientes, examen personal de la persona con discapacidad, a fin de obtener una imagen real de lo que sucede y adoptar las medidas de apoyo adecuadas.

A la hora de tomar la decisión, el juez debe valorar, con la ayuda de todos los intervinientes en el proceso:

¹⁹ SCHULZCE MARIANNE **A Handbook on the Human Rights of Persons with Disabilities September 2009 .Understanding The UN Convention On The Rights Of Persons with Disabilities.**

1. Autonomía personal o aptitud para realizar por sí solo funciones de nutrición, aseo, cuidado personal, seguridad, etc.

2. Autonomía doméstica o aptitud para afrontar situaciones para las cuales el sujeto ha sido instruido previamente sin necesidad de ser estimulado cada vez que se enfrenta a ellas, reconociendo dichas actuaciones como idénticas a aquellas para las que tiene esquemas de conducta establecidos.

3. Autonomía social, cuando el sujeto es capaz de afrontar situaciones nuevas, esto es, es capaz de adaptarse, adquirir experiencia y utilizarla. Un sujeto con autonomía social, puede adaptarse, dirigir sus actividades hacia una meta, controlar impulsos, presentar proyectos de futuro etc.

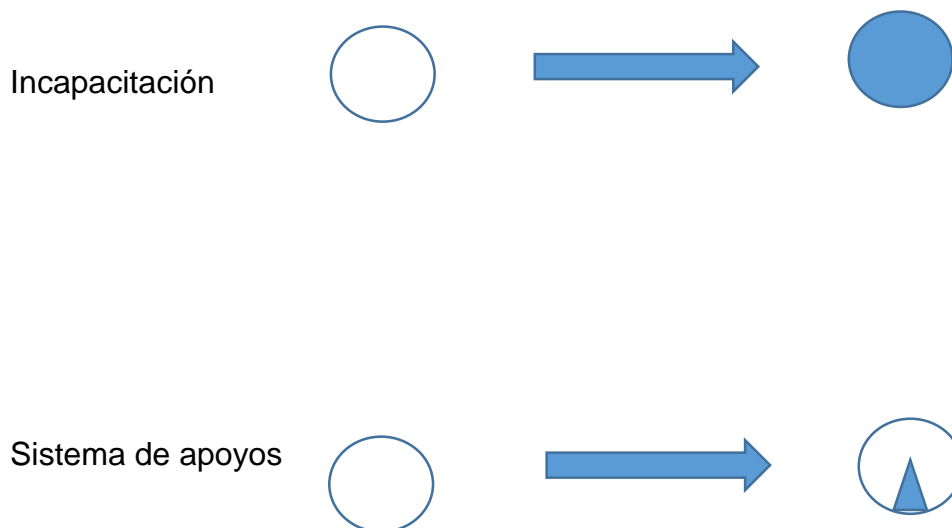
Es fundamental que exista una buena colaboración entre todos los operadores jurídicos (médicos - forenses, psiquiatras, neurólogos...-, trabajadores sociales, letrados, fiscales, familiares etc.) para obtener la máxima información veraz del caso. En estos procesos debemos intentar llegar a la verdad material y no limitarnos a resolver conforme a la verdad formal de los autos.

Por ello, la medida de apoyo por excelencia a la luz de la Convención deba ser la curatela y no la tutela, sin perjuicio de que si el caso lo exige se puedan adoptar apoyos permanentes y totales, como es la tutela.

Cabe abordar y reflexionar de nuevo acerca del gran acontecimiento en la materia, aquél que supuso un fuerte avance en la consideración de las personas con discapacidad como personas ante todo, titulares de derechos y obligaciones. Por tanto, ¿qué supuso la promulgación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad? Y, más concretamente, ¿qué supone su entrada en vigor, tras la firma de su Protocolo Facultativo (en el caso de España el 3 de mayo de 2008)?

La Convención de Nueva York cambió radicalmente la óptica desde la que se miraban a las personas con discapacidad y a sus derechos, o falta de ellos en muchos casos. La ausencia de unos y el racional descontento con otros brotó de forma paulatina. Sin duda, el esfuerzo de las personas consideradas como personas con discapacidad y, en muchos casos, de sus familias de forma individual o colectiva a través de asociaciones, organizaciones y agrupaciones, ha sido necesario potenciador del cambio, pero la Convención culmina dicha lucha y la propulsa sin parangón a lo estipulado anteriormente. Principalmente, la normativa considera a las personas con discapacidad como seres capaces, al margen del tipo de apoyo que necesiten para complementar dicha capacidad, no ausentes de capacidad jurídica. Ciertamente, según la legislación española, diríamos que en la capacidad jurídica es plena pero la

capacidad de obrar puede estar incompleta, aunque no necesariamente. Igualmente, con el apoyo de un tercero se completaría la capacidad de forma eficaz e igualitaria a la de cualquier otra persona sin discapacidad. Con el objetivo de visualizar dicha explicación, intentemos echar a volar nuestra mente. Imaginemos un círculo blanco, la solución jurídica no sería sustituirlo por uno negro, no hablamos de pintar el círculo principal sino de sustituirlo radicalmente por otro de color distinto. Éste sería el sistema vigente en nuestro ordenamiento jurídico antes de la Convención e iluso después, hasta la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en 2015. Hablamos de la aún mencionada incapacitación judicial, en la que la capacidad de la persona con discapacidad es sustituida por un tercero que figura como tutor. Ahora bien, el nuevo sistema que exige la Convención, y por el que abogaban amplios colectivos anteriormente, es por un sistema de apoyos, consistente en la complementariedad de la capacidad de la persona con discapacidad con la de un tercero. Gráficamente, entenderíamos este nuevo sistema como un círculo blanco en la que pintamos un triángulo negro, el tamaño de este último variará según las necesidades de la persona.



El sistema de apoyos del que hablamos lo introduce la Convención en su artículo 12, concretamente en su apartado tercero, cuando dice textualmente *“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”*. Trasladando dicha exigencia a nuestro ordenamiento jurídico, entendemos que la capacidad que se pretende acompañar del apoyo de un tercero es la capacidad de obrar, puesto que nuestro sistema alude a la titularidad en el caso de la capacidad

jurídica y a la ejecutoriedad en el caso de la capacidad de obrar. Como apunta CORRAL BENEYTO²⁰, *“la Convención aporta como pieza clave un sistema de apoyos que consiste, fundamentalmente, en la determinación de elementos de ayuda que garanticen que la decisión adoptada por la persona con discapacidad genera las consecuencias por ella queridas y su plena eficacia personal y jurídica”*. En este contexto lo que se pretende y potencia no es pensar por la persona con discapacidad, no es reemplazarla en la toma de las decisiones que le afecten, sino aportarle los complementos de capacidad que precise para alcanzar la decisión querida por ella, de forma real y efectiva.

Objetivamente parece que el debate en materia de la regulación jurídica de la capacidad de las personas con discapacidad se centra en la contraposición entre el principio de protección y el de autonomía. En algunos casos, parecen mostrarse como opuestos, cuando en realidad son complementarios, pueden y deben llevar una existencia conjunta y tolerante. Cualquier persona, padezca o no enfermedad o trastorno que precise un apoyo a la capacidad, tiene capacidad jurídica, es titular de una serie de derechos inherentes a su persona desde su nacimiento, así como otros que adquiere cuando adquiere capacidad de obrar plena, ya sea por el cumplimiento de la mayoría de edad, por la designación de un tutor, curador o asistente..., pero una vez cumplidos dichos requisitos sine qua non toda persona tendría plena capacidad, excepto aquella en la que sea necesaria e insustituible la opción de la sustitución de la capacidad debido a motivos médicos permanentes e irrevocables. Por tanto, todas las personas con capacidad plena precisan de protección y garantías jurídicas, no sólo las que ostenten alguna enfermedad o trastorno, y a su vez les debe ser reconocida su suficiencia para establecer reglas de conductas para sí mismos y en sus relaciones con los demás dentro de los límites que señala la propia normativa, es decir, capacidad para desenvolverse y desarrollarse en la vida, pues recordemos que el ser humano es un ser social que precisa de su relación con otros seres. Por tanto, la contraposición entre los principios de protección y autonomía no marca ninguna diferencia entre personas, obviamente no es motiva de discriminación ni de aflicción, pues lo que se pretende a partir de la Convención de Nueva York es alcanzar la igualdad material y formal, lo que deriva en una igualdad real²¹.

²⁰ CORRAL BENEYTO, R., “La Convención de la ONU sobre derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Su contenido y efectos”, Diario La Ley, Nº 8511, 31 de marzo de 2015.

²¹ Art. 5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006: *“Artículo 5. Igualdad y no discriminación.*

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 Partes 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 todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

CONCLUSIONES

La cooperación internacional es fundamental para paliar, evolucionar y eliminar barreras no solo arquitectónicas sino sociales, educativas... No podemos recluir a la persona con discapacidad en un espacio limitado, previamente establecido, porque con ello estaríamos vulnerando su derecho a vivir con plenos derechos y libertades.

Además aún queda mucho por hacer, sobre todo, a nivel internacional, pues ¿existe discriminación dentro de la discriminación de las personas con discapacidad? Nos referimos, a la posible distinción desfavorable entre hombres y mujeres, entre ancianos y niños, entre razas.

Lo importante no es la discapacidad que tiene una persona, sino cómo interactúa esa discapacidad con las diversas barreras que la sociedad y quienes la componemos ponemos a esas personas para que participen plena y efectivamente, en un régimen de igualdad de condiciones con los demás.

La Convención debería ser aplicada y asumida de forma completa y contundente, haciendo partícipe a todas las esferas de poder, de manera ascendente y descendente, desde el nacimiento hasta el fallecimiento de la persona con discapacidad.

Quedémonos con Eduardo Galdeano y su concepto de utopía: "La utopía está en el horizonte. Camino dos pasos, ella se aleja dos pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. ¿Entonces para qué sirve la utopía? Para eso, sirve para caminar". Queda aún mucho camino por andar, pero cada vez dejamos más rápido el punto de partida.

BILIOGRAFÍA

BENAVIDES LÓPEZ, A. *Capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Legal capacity: a*

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".

necessary reflection in the light of the Convention on the Rights of the Persons with Disability. ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS ISSN 0718-2058, 2015 pp. 39-56.

CORRAL BENEYTO, R., *La Convención de la ONU sobre derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Su contenido y efectos*, Diario La Ley, N° 8511, 31 de marzo de 2015.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad*. Rjuam, n° 23, 2011-I, pp. 53-81.

MARTÍNEZ AGUIRRE, C. "El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal", Thomson Reuters. Aranzadi. The global Law collection 2014.

MARTÍN AZCANO, E.M., *De nuevo sobre la incapacitación judicial y la adecuación de los regímenes de guarda tradicionales*. LA LEY Derecho de familia, N.º 2, Editorial LA LEY, Segundo trimestre de 2014.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., *Estudios sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad*. Fepamic (Federación provincial de asociaciones de personas con discapacidad física y orgánica de Córdoba). Thomson Reuters. Aranzadi. 2015.

PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Cermi. Ediciones Cinca, julio 2008. Página 349.

ROMERO COLOMA, A.M., *Capacidad, incapacidad e incapacitación*. Colección Scientia Iuridica. Madrid 2013, página 8.

SCHULZCE, M. *A Handbook on the Human Rights of Persons with Disabilities. Understanding The UN Convention On The Rights Of Persons with Disabilities*, September 2009

SÁNCHEZ CALERO, F.J., "Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona". 4ª edición. Tirant lo Blanch, 2010.