

PSICOLOGO GVA 2020

TELEOPOSICIONES

[Avda. Maisonnave 28, bis 4ª Planta, Alicante](#)

temarios@teleoposiciones.es

TEMA 34 La convención de derechos de las personas con discapacidad de la ONU.



La convención de derechos de las personas con discapacidad de la ONU.

Introducción

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Ambos textos constituyen jurídicamente tratados internacionales, por ende, fuente del Derecho (artículo 1.5 Código Civil). Estos textos recogen los derechos de las personas con discapacidad y lo más importante, las obligaciones de los Estados partes de promover, proteger y asegurar tales derechos inherentes a la dignidad de la personas.

La redacción de la Convención ideada desde la ONU constituye la suma de varios esfuerzos para la culminación de la evolución en la consideración social y jurídica de la discapacidad, pues no hemos de olvidar las aportaciones de las instituciones de derechos humanos nacionales y de las organizaciones no gubernamentales entre las que asumieron un papel muy destacado las plataformas sociales en defensa de los derechos de las personas con discapacidad y de sus familias.

Este nuevo instrumento supone importantes consecuencias para las personas con discapacidad, y entre las principales se destaca la “visibilidad” de este grupo ciudadano dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, la asunción irreversible del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas.

España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008 (BOE 21 de abril de 2008) y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año.

En una primera aproximación al tema que constituye este trabajo es esencial el punto de partida del que parte la Convención Internacional en el reconocimiento de la capacidad jurídica y de obrar que con carácter universal atribuye a las personas con discapacidad, por lo que mal puede casar con nuestro sistema civil sustantivo que utiliza términos e instituciones tales como la privación de la capacidad de obrar o incapacitación y los sistemas sustitutos o de representación de la persona declarada por sentencia judicial firme como “incapacitado”.

La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad

Eficacia jurídica vinculante: valor normativo

La Jefatura del Estado con fecha de 23 de noviembre de 2007 ordenó expedir el oportuno Instrumento de ratificación (BOE 21 de abril de 2008) respecto del medio centenar de preceptos que integran la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad elaborada por las Naciones Unidas (Nueva York, 13 de diciembre de 2006) disponiendo expresamente aquél instrumento que esta última se halla vigente en nuestro país desde el 3 de mayo de 2008 y por consiguiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96.1º de la Constitución Española (en adelante, CE) y en el artículo 1.5 del Código Civil (en adelante, Cc) la Convención pasa a formar parte de nuestro Derecho positivo, debiendo incluso ser un amparo interpretativo de las normas internas por mor del artículo 10.2 CE.

Con estas normas constitutivas de tratados internacionales quedaba plasmada una de las aspiraciones incluidas en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 26 de marzo de 2003 sobre la Comunicación relativa a un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

La finalidad de la Asamblea General de las Naciones Unidas fue crear una norma jurídicamente vinculante para los Estados miembros mediante el depósito de los instrumentos de ratificación al texto de la Convención y al Protocolo Facultativo, y así con la ratificación hecha por el Reino de España el texto de aquella pasa a formar parte de nuestro Ordenamiento jurídico interno; todo ello, sin perjuicio de las necesarias reformas que los principios, el espíritu y el texto de la Convención conllevan en un gran número de normas sustantivas y procesales.

El objetivo principal de la Convención no es otro que el de promover, defender y garantizar el “goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad” así como promover también el respeto de su dignidad (artículo 1 de la Convención).

Tal vez podría antojarse un texto redundante pues ya existe, desde 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos pero en esencia no constituye tal redundancia pues sin incorporar nuevos derechos lo cierto es que la Convención Internacional de derechos de las personas con discapacidad

constituye la respuesta de la ONU a la corriente inobservancia o desconocimiento de la práctica totalidad de textos vinculantes a nivel supranacional, en especial, cuando la persona se encuentra desvalida o vulnerable por motivo de su discapacidad.

Con ello la Convención y gracias a su eficacia jurídica vinculante pues ha pasado a formar parte de nuestro Ordenamiento Jurídico interno mediante su publicación oficial en el BOE emerge de la generalidad (derechos humanos inherentes a toda persona) a la especialidad (derechos humanos de las personas con discapacidad). Por consiguiente, pasa de lo genérico a lo específico en el ámbito de los derechos humanos gracias al llamado modelo de la “diversidad” a modo de examen de conciencia internacional acerca de un problema concreto cual es, la desatención o despreocupación hacia las personas discapacitadas y su anhelada inclusión social.

La propia CE ofrece, ya desde 1978, cobertura suficiente para llevar a cabo políticas activas de integración de discapacitados. Así lo expresa el artículo 49 de la Carta Magna ubicado dentro del Capítulo III del Título I bajo la rúbrica “Los principios rectores de la política social y económica” aunque utiliza la palabra “disminuidos”, término éste que resulta incompatible con la terminología de la Convención centrada en el término “discapacidad” y personas con discapacidad.

Sin embargo no se trata únicamente de una cuestión de orden terminológica sino que la Convención Internacional viene a producir un sustancial cambio en el mundo de la discapacidad con plenos efectos jurídicos vinculantes para los Estados partes que la han ratificado. La cuestión es de un gran calado: se trata de la consideración de las personas con discapacidad plenamente como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y de protección social. Apuesta de forma decidida por la transformación de un “modelo médico o rehabilitador” en un “modelo social” de la discapacidad.

La Convención de la ONU se ha decantado por llevar a un texto jurídico internacional la demanda y exigibilidad a los poderes públicos de políticas normativas y administrativas que faciliten el acceso y el ejercicio de los distintos derechos de las personas con discapacidad y su inclusión efectiva en la sociedad en igualdad de oportunidades.

Efectos de la Convención en el Ordenamiento Jurídico interno: la Ley 26/2011, de 1 de agosto El texto normativo de la Convención de Nueva York culmina desde el punto de vista internacional una evolución en la consideración social y jurídica de la discapacidad. Asume principios básicos y novedosos, al menos en

su tratamiento y reconocimiento normativo, que venían siendo reivindicados por sectores sociales, médicos, educativos o incluso jurídicos.

Desde una perspectiva jurídica va a imponer a los Estados partes una serie de obligaciones, principalmente de reformas normativas y de adecuación de sus políticas activas en el mundo de la discapacidad a los principios fundamentales que vienen relacionados y con eficacia jurídico vinculante en el artículo 3 de la Convención.

A saber, los principios inspirados del texto normativo de la Convención son:

El respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.

La no discriminación.

La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.

El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y condición humanas.

La igualdad de oportunidades.

La accesibilidad.

La igualdad entre el hombre y la mujer.

El respeto a la evolución.

La Convención siguiendo dichos principios y reiterando en varios de sus preceptos referidos al ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad declara prohibida expresamente la “discriminación por discapacidad”, entendiéndose por tal cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades públicas en todos los ámbitos como el político, el económico, el cultural, el social, el civil o el de otro tipo (artículo 2).

Para la consecución de los principios inspiradores y la abolición de cualquier género de discriminación por motivos de discapacidad, la propia Convención en el mismo artículo 2 introduce el concepto de “ajustes razonables” que impone a los Estados suscriptores. De esta forma se entiende por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular,

para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades públicas.

Por ello desde los dos primeros preceptos del texto de la Convención deja claro que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos, esto es, como ya advertíamos más arriba, las personas con discapacidad no son sujetos pasivos receptores de medidas asistenciales sino que son auténticos sujetos de derecho y su personalidad jurídica les confiere plena capacidad jurídica para el ejercicio de los derechos humanos personalísimos y con las medidas de apoyo necesarias el ejercicio de los demás derechos cuya titularidad es inherente a su dignidad.

De ahí que los Estados partes han de reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida. Pero desde el punto de vista de nuestro vigente Derecho Civil nos asalta una primera duda, a saber, si dicha capacidad jurídica hemos de restringirla a la titularidad de los derechos o se ha de ampliar también al ejercicio de los mismos, esto es, a la capacidad de obrar. Esta cuestión la abordaremos más adelante.

Los efectos jurídicos vinculantes de la ratificación por el Estado español del texto de la Convención Internacional y del Protocolo Facultativo ha impuesto una serie de obligaciones generales para hacer efectivos dichos principios generales, y sin lugar a duda, el principal deber que pesa es el de la modificación normativa del Derecho interno para ajustarlo a los predicamentos del texto internacional.

De esta forma lo preceptúa el artículo 4 de la Convención Internacional cuyo tenor literal reza así:

“1. Los Estados partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados se comprometen a:

Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención.

Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad” (...).”

La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad es Derecho positivo y forma parte, a todos los efectos, del Ordenamiento jurídico español desde su entrada en vigor el 3 de mayo de 2008, sin que necesite ninguna operación jurídica de transposición. Sus normas son directamente aplicables vinculantes e invocables ante los Tribunales de justicia.

No obstante, por razones de eficacia y seguridad jurídica de las normas es necesario llevar a cabo un proceso de análisis, adaptación y revisión transversal de toda la legislación interna vigente, que ha de incluir la modificación y/o derogación de las normas de Derecho interno que entren en contradicción con la Convención. Este proceso es complejo, pues en el Ordenamiento jurídico español existe una normativa muy variada y dispersa en materia de discapacidad.

Siguiendo los imperativos de la Convención, el Estado español al que afecta el contenido normativo ha procedido a la reforma normativa de varias leyes para ajustarlas al espíritu y tenor de aquella. Fruto del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010 por el que se aprobó el Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y se encomendó a diversos departamentos ministeriales que, en el ámbito de sus competencias, impulsaran las reformas comprometidas en tal Acuerdo, fue la vigente Ley 26/2011, de 1 de agosto.

La denominación de la norma no puede ser más expresiva, Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. La norma fue informada favorablemente por el Consejo Nacional de la Discapacidad en el que toman parte varias organizaciones representativas de las personas con discapacidad y de sus familias.

La técnica legislativa empleada dentro del ámbito de competencias estatales “ex” artículo 149.1.1ª CE resulta un tanto compleja pues se trata de un cuerpo normativo dedicado a reformar un total de diecinueve leyes relacionadas con la discapacidad para ajustarlas al nuevo modelo social y a los principios generales de respeto a la dignidad inherente a la persona, a la autonomía individual, a la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e

inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana.

Únicamente y sin entrar en detalle en el análisis de lo reformado, pues se escaparía del contenido del presente, procedemos a relacionar las normas modificadas por la Ley 26/2011 con el objetivo de adecuar su contenido a la Convención Internacional. Son:

Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por el Real Decreto-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y transplante de órganos.

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

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

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre protección civil.

Ley 23/1998, de 7 de julio, de cooperación internacional para el desarrollo.

Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.

Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal.

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar.

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

En la tramitación parlamentaria de esta Ley se incorporó el texto de la Disposición Adicional 7ª [6] en lo tocante a la adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, una de las aspiraciones suscritas por el CERMI y que ansiaba la necesaria reforma sustantiva, la del Código Civil y procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil para los procesos de modificación de la capacidad civil de las personas.

Los resultados de la tramitación parlamentaria fueron diferir la reforma procesal y sustantiva a un momento posterior, pues la Ley 26/2011 no atajó el problema y así el tenor literal de su Disposición Adicional 7ª reza así:

“El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación de la normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma de decisiones de las personas con discapacidad que la precisen”.

Será al nuevo Gobierno de la Nación al que le compete acometer en el plazo dado en la citada Disposición Adicional 7ª de la Ley 36/2011 encargando un informe sobre el alcance y las propuestas de modificaciones legales pertinentes, que han de alcanzar como mínimo al Código Civil y a la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que tras su aprobación por el Consejo de Ministros se plasme en el correspondiente proyecto de ley a someter al obligado trámite parlamentario hasta lograr su aprobación por las Cortes Generales y su sanción y promulgación real, respetando los principios y el contenido imperativo del artículo 12 de la Convención Internacional.

De esta forma el propio Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en varias de sus observaciones ha recomendado al Estado español que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia en la toma de

decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad.

La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: análisis del artículo 12 de la Convención Internacional

Hemos de recordar que el Informe elaborado en los trabajos previos de preparación de la vigente Ley 26/2011, se planteo con gran acierto el impacto del tratado internacional que supone la Convención de Nueva York en varios campos del Derecho, fundamentalmente en áreas como la civil y la procesal en relación directa con tres de sus preceptos:

La igualdad en el reconocimiento como personas ante la Ley (artículo 12 de la Convención Internacional).

La igualdad de acceso a la justicia (artículo 13 de la Convención).

El respeto al hogar y la familia y la igualdad de trato en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia y la paternidad (artículo 23 de la Convención).

En atención a estos preceptos y a los principios inspiradores de la Convención el mentado Informe relacionaba los siguientes textos legales sobre los que provoca su impacto. A saber: el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Registro Civil, la Ley del Notariado y la Ley Hipotecaria, la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita e incluso el Código Penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Partiendo del derecho a la personalidad jurídica de todo ser humano y del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad el Informe abordaba el impacto de la Convención en la regulación de la capacidad jurídica de la siguiente forma:

“No obstante, es necesario adoptar al espíritu y también a la terminología de este texto internacional, la legislación sustantiva y procesal interpretada por la Jurisprudencia, a fin de garantizar que la modificación de la capacidad de obrar de las personas que no están en condiciones de gestionar por sí solas sus intereses sea la estrictamente necesaria para su adecuada protección y cumpla los requisitos de proporcionalidad y adecuación al fin perseguido. Igualmente, ha de insistirse en garantizar el respeto a los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad y, en particular, que las medidas de apoyo en la toma

de decisiones y protección establecidas en su beneficio se articulen tomando en consideración sus deseos y preferencias”.

Lógico corolario de lo hasta aquí esbozado nos dirige a estudiar un precepto esencial de la Convención, el artículo 12 y sobre todo su impacto en nuestro Derecho sustantivo, los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil en lo relativo a conceptos como la capacidad jurídica, la capacidad de obrar, las causas de incapacitación y como no, su impacto en las normas procesales, la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Capítulo II del Título I del Libro IV relativo a los procesos sobre capacidad de las personas (artículos 756 a 763).

No hemos de olvidar que al tratar el proceso de incorporación de la Convención en el derecho interno, las mayores discrepancias entre ésta y nuestro sistema jurídico se producen en el ámbito de la regulación de los derechos de la personalidad y capacidad jurídica y de obrar de las personas con discapacidad.

El artículo 12 de la Convención en lógica coherencia con los principios generales de no discriminación y de igualdad de oportunidades expresa cuanto sigue:

“Los Estados partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su capacidad jurídica.

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.

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 personas, 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.

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”.

El precepto, en efecto, obliga a revisar los sistemas legales vigentes en cinco puntos fundamentales que se pueden extraer de su contenido literal:

La consagración y reafirmación del derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas con discapacidad no deben recibir un trato discriminatorio por motivos de su discapacidad.

La afirmación de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de hombres y mujeres, en todos los aspectos de la vida.

El establecimiento de un sistema de apoyos para el ejercicio normalizado de la personalidad y la capacidad jurídica, como único admisible en lo sucesivo. La prestación de asistencia para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica parte del supuesto de la plena capacidad jurídica, incluso cuando la persona necesite asistencia para ejercerla.

La adopción de salvaguardas como garantía para un funcionamiento regular de los mecanismos de apoyo, basadas siempre en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona. Las salvaguardas han de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias, y han de estar sujetas al control de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Revisión de los ordenamientos nacionales que restringen la capacidad jurídica por razón de discapacidad.

Incidencia de la Convención en las situaciones de incapacitación

El artículo 12 de la Convención fue uno de los más polémicos en las negociaciones del Tratado, hasta el punto de poner en peligro la aprobación del

texto en las últimas sesiones, pues implica un cambio fundamental en la regulación de la capacidad legal de las personas con discapacidad, especialmente en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros, cuando la persona tiene limitaciones o restricciones para tomar decisiones propias.

La Convención consagra en su artículo 12 el igual reconocimiento como persona ante la Ley de las personas con discapacidad. Mediante esta norma los Estados reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho a que se reconozca su personalidad. Ésta es una cuestión sumamente importante, pues sus efectos se extienden y se proyectan a todos los campos de la capacidad jurídica y de obrar, entre las que no cabe establecer diferencia alguna, obligando a una profunda revisión de instituciones tan arraigadas como los complementos de la capacidad (tutela, curatela, guarda de hecho, prórroga de la patria potestad, etc.), los procesos de la hasta ahora llamada incapacidad judicial y otras figuras jurídicas, como el régimen de representación, el mandato, la capacidad de transmitir, de administrar, de testar, de donar, de ejercer el comercio, la capacidad para ejercer derechos y deberes de familia (matrimonio, paternidad, adopción), etc...

La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad es contraria a cualquier forma de intervención restrictiva o limitación de la capacidad, y orienta la legislación de los Estados partes a la regulación de apoyos y asistencias para que la completa capacidad sea una realidad, exigiendo la adopción de garantías o salvaguardas por parte de los Estados miembros que hagan posible esa asistencia, eviten situaciones de abuso e injusticias y permitan el acceso de las personas con discapacidad a derechos patrimoniales básicos en igualdad de condiciones con el resto de la población.

Ante tales nuevos principios y basándose en el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y de si el mismo implicaba también no sólo la titularidad de los derechos sino también su ejercicio, con gran expectación se esperaron los primeros pronunciamientos judiciales una vez entrada en vigor la Convención Internacional y con plenos efectos normativos en nuestro Ordenamiento Jurídico siendo incluso invocable ante los Tribunales de justicia.

En este sentido la compatibilidad de la normativa civil sobre la capacidad jurídica, la capacidad de obrar y los procesos de incapacidad al abrigo de los postulados de la Convención fue analizada por la conocida Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 [9]. Tras el estudio del

Derecho comparado sobre los sistemas protectores, la Sentencia fundamenta una serie de reglas interpretativas de la legislación civil vigente en materia de incapacitación para conciliarla con los principios y predicamentos del artículo 12 de la Convención Internacional. El FJ 7º de la Sentencia citada hace una interpretación compatible del sistema civil español con la Convención de Nueva York trayendo además a colación una importante Sentencia del Tribunal Constitucional. El tenor de tal interpretación es el siguiente:

“La STC 174/2002, de 9 de octubre dice que <<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 artículo 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 la capacidad de obrar afecta a la dignidad de la personas y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (artículo 199 Cc), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente artículo 759 LECivil 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 la incapacitación (artículos 199 y 200 Cc), se erigen en las garantías esenciales del proceso de incapacitación. La incapacitación total solo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable>>.

De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone:

Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Ésta es la única posible interpretación del artículo 200 Cc y del artículo 760.1 LEC.

La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos

hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse, por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.

A pesar de dicha interpretación, el propio CERMI y las Observaciones del Comité están exigiendo una necesaria reforma sustantiva y procesal. Se demanda un cambio sustancial de la regulación pasando de la incapacitación a la modificación de la capacidad de obrar y del sistema legal de sustitución al sistema de apoyos.

La personalidad jurídica, la igualdad ante la ley y los ajustes razonables

La personalidad jurídica es el reconocimiento por el Derecho de la existencia y esencia de una persona, de su aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, titular activo y pasivo de relaciones jurídicas. Es, por tanto, un requisito previo necesario para la adquisición de derechos y deberes concretos. La personalidad jurídica es una cualidad jurídica que se adquiere al nacer y que debe prolongarse a lo largo de la vida de la persona. Por lo tanto, es el nacimiento de la persona lo único que podrá determinar la atribución y adquisición de la personalidad jurídica, y sólo la muerte la extinguirá.

La capacidad jurídica es la aptitud para poder ser titular de derechos y deberes. Si toda persona por el hecho de ser persona goza de personalidad jurídica, también cualquier persona, sin distinción alguna, ha de tener capacidad jurídica. Personalidad jurídica y capacidad jurídica constituyen un todo único y se unifican en la condición de persona, con independencia de cualquier circunstancia física, psíquica o sensorial que le pueda afectar y que pudiera ser determinante de cualquier tipo de discapacidad.

Pero también tenemos que tener en cuenta otro concepto, la capacidad de obrar, que es la aptitud para poder realizar actos jurídicos con plenos efectos. La capacidad jurídica es la misma para todas las personas, mientras que la capacidad de obrar puede variar en atención a las circunstancias que afecten a la persona.

De acuerdo con el artículo 12.3 de la Convención, los Estados quedan obligados a adoptar las medidas apropiadas para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, todo ello abonado por dos principios esenciales: la igualdad ante la ley,

la realización de los ajustes razonables en aras a la protección y defensa del interés superior de la persona discapacitada.

La proclamación del principio de igualdad ante la ley de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás unifica la capacidad jurídica y la capacidad de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona y a partir de aquí, proporcionando los mecanismos de apoyos adecuados garantiza a la persona con discapacidad, su plena capacidad de ejercicio para realizar cualquier acto o negocio jurídico.

Los ajustes razonables definidos por el artículo 2 de la Convención como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades públicas.

La capacidad jurídica y su ejercicio

La capacidad jurídica o de derecho considerada en abstracto, como atributo de la personalidad, reúne los caracteres de fundamental, una, indivisible, irreductible y esencialmente igual, siempre y para todos los hombres.

La capacidad de obrar o de ejercicio podemos definirla como la cualidad de la persona que determina, conforme a su estado, la eficacia jurídica de sus actos, y que puede verse afectada por circunstancias que la restrinjan o la modifiquen, como la declaración judicial de incapacidad.

La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad consagra el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Los apartados 3 y 4 del artículo 12 de la Convención recogen una importante novedad consistente en dar libertad a los Estados firmantes para adoptar un sistema de apoyo o ayuda personalizado para evitar situaciones injustas en el tráfico jurídico que impidan a las personas con discapacidad ejercer libremente su capacidad de obrar y establece un sistema de garantía o salvaguardia proporcionado a través de exámenes periódicos por parte de una autoridad, órgano judicial o incluso una fundación tutelar sometidos todos a la superior vigilancia del Ministerio Fiscal.

El concepto de capacidad jurídica que utiliza el artículo 12 de la Convención es más amplio que la simple capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, pues abarca también la capacidad de ejercer derechos o asumir obligaciones. En definitiva, la “capacidad jurídica” de la Convención engloba tanto la de goce como la de ejercicio. El mencionado artículo 12.2 no establece distinción alguna entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

La Convención es contraria al sistema tradicional de sustitución en la toma de decisiones que implica la incapacitación en la mayoría de las legislaciones internas y aboga por un nuevo sistema, basado en el modelo social en el que está inspirada la Convención, de apoyo en la toma de decisiones, que impida la anulación o disminución de la capacidad jurídica. Aún queda lo más difícil, que es construir los mecanismos nacionales para implementar este nuevo modelo, cuestión que queda a la imaginación, creatividad e ingenio de los Estados.

Pero esto plantea cuestiones legales de distinta índole, pues existen normas internacionales que son contrarias al nuevo sistema de apoyos que propone la Convención. El conflicto debe resolverse en todo caso a favor de la Convención, al ser una *lex posterior* y en virtud del artículo 10.2º CE, según el cual el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano.

Todo ello junto con el principio de superior protección de las personas con discapacidad el artículo 12 de la Convención pretende que su protección se vertebré a través del mencionado apoyo y asistencia y no, por el mero hecho de que concurra la discapacidad proceder a la incapacitación, mediante la sustitución o anulación de la persona afectada.

Tengamos en cuenta que la superior protección de las personas discapacitadas requiere conjugar en la regulación del nuevo sistema dos principios esenciales en la Convención, a saber: el primero, el de la intervención mínima y el segundo, el de favorecer su autogobierno.

Sistemas de protección de las personas con discapacidad

Situación normativa actual: procesos de incapacitación versus procesos de modificación de la capacidad

La LECivil dentro del Libro IV “De los procesos especiales” en el Título I Capítulo II hallamos el iter procesal de los llamados desde el año 2000 “Procesos sobre la capacidad de las personas” (artículos 756 a 763). En este procesos se desarrollan las normas sustantivas en las que semánticamente aparecen las

palabras “incapacitación”, “incapacitados” o “persona incapaz”. Términos que entran ya en una primera lectura en contradicción con el espíritu y la letra de la Convención Internacional donde se proscribe la supresión o pérdida de la capacidad jurídica (incluida la de obrar) de las personas con discapacidad.

Al abordar la situación actual de los todavía referidos “procesos de incapacitación” nos acercamos a una realidad objetiva según los datos ofrecidos por el CGPJ [10] en torno al 95 % de las demandas de incapacitación terminan con una sentencia de incapacitación plena, para todos los actos y tal vez para siempre, pues son muy pocos los procesos iniciados para la rehabilitación de la capacidad de obrar.

A renglón seguido nos asalta una duda: ¿el 95 % de las personas declaradas plenamente incapacitadas por sentencia judicial firme son plena y totalmente incapaces de obrar?

Pues bien, en nuestro Derecho Civil sustantivo hemos de ir a dos Títulos del Libro I del Cc., en los que se siguen utilizando expresiones contrarias a la Convención tales como incapacitación o incapacitados. Son:

Título IX “De la incapacitación” (artículos 199 a 201) [11].

Título X “ De la tutela, de la curatela y la guarda de los menores o incapacitados” (artículos 215 a 304) [12].

En la actualidad y con la normativa sustantiva y procesal reseñada el juicio de incapacidad tiene como objeto “petitum” determinar si una persona en menor o en mayor grado es inhábil para regir su persona y sus bienes, y en consecuencia y de acuerdo con el grado de inhabilidad declarar su incapacidad legal para realizar determinados actos.

Con los procesos judiciales de incapacitación en la normativa española actualmente en vigor se pretende proteger a la persona que no se encuentra en condiciones de decidir por sí misma, pues queda demostrado en la prueba del juicio que es incapaz de hecho, determinando además desde que se dicta la Sentencia que no puede realizar todos los actos, o determinados actos (incapacitación total o parcial), los cuales si se celebran en un momento posterior a la resolución judicial de incapacitación, serán nulos de pleno Derecho.

Del mismo modo y de forma correlativa, una vez que se ha declarado dicha incapacidad, y que por lo tanto, se ha retirado el poder de decidir por sí misma

que cualquier persona tiene (privación de la capacidad de obrar); tal declaración judicial lleva aparejada el nombramiento de un representante legal que supla esa restricción o la supresión judicial del autogobierno de la personas, de suerte que pase a actuar en nombre del incapacitado y siempre en beneficio de éste.

Este es nuestro sistema actual, considerando que la entrada en vigor de la vigente LECivil introdujo como novedad en los artículos 759.2 y 760.2 de nombrar ya en la sentencia de incapacitación la institución tutelar que suple la falta total o parcial de la capacidad de obrar de la persona.

En esta línea el Código Civil, en sus artículos 215, 222, 286 y 287 prevé la graduación de la incapacidad como total o parcial de manera proporcional a la inhabilitación detectada.

De esta forma se declara judicialmente la incapacidad total de la persona por considerar que su enfermedad o deficiencia es persistente y le impide absolutamente en su esfera personal y también en la patrimonial gobernarse por sí misma y conlleva la pérdida total de su capacidad de obrar siendo sustituida su voluntad por la del cargo tutelar, esto es, su tutor o sus padres mediante la rehabilitación o la prórroga de la patria potestad.

La incapacidad parcial de la persona se contrae generalmente a la esfera patrimonial extendiéndose en determinadas ocasiones al ámbito personal tal y como puede ser el tratamiento médico, la toma de medicación o la decisión de aspectos transcendentales en la vida. Con la incapacidad parcial la institución tutelar en nuestro Ordenamiento Jurídico es la curatela de tal suerte que el curador asiste a la persona para aquellos actos que no pueda realizar por sí sola, esto es, se requiere la concurrencia de ambos (del incapacitado parcialmente y el curador).

Expuesto someramente el sistema español basado en la privación total o parcial de la capacidad de obrar, en la clásica distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar y en la sustitución de la voluntad del incapacitado judicialmente en virtud de una sentencia judicial firme, en un proceso contradictorio con todas las garantías y con la presencia del Ministerio Fiscal, puede provocar varias fricciones con los principios de la Convención Internacional de Nueva York y más todavía con el tan traído y expuesto artículo 12 del referido Tratado Internacional.

Análisis de las instituciones tutelares al amparo de la Convención de Nueva York

Discapacidad y tutela.

La declaración judicial por la que se declara la incapacitación de la persona implica la privación de la capacidad de obrar y la protección de la persona por una de las instituciones tutelares reconocidas en nuestro Derecho Civil. A saber y según el artículo 225 Cc.:

“La guarda y la protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará en los casos que proceda mediante: 1º. La tutela. 2º. La curatela. 3º. El defensor judicial”.

A estas instituciones tutelares lógicamente hemos de añadir la patria potestad prorrogada o rehabilitada y el guardador de hecho.

¿Es compatible la tutela que, implica una sustitución de la voluntad de la persona declarada incapaz por la del tutor, con el artículo 12 de la Convención Internacional?

La tutela constituye el paradigma de sustitución de la voluntad y por ello difícilmente asumible como mecanismo de protección por los imperativos del artículo 12 de la Convención. La tutela institucional [13] procede, según el artículo 222 CC, respecto de los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido, y son funciones del tutor representar al menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí sólo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación.

En la tutela la voluntad de la persona declarada judicialmente incapaz queda sustituida por la voluntad del tutor, de tal modo que la declaración de la voluntad negocial, el contenido del negocio jurídico y la propia decisión de llevarlo a cabo son de la esfera privada del tutor, se entiende que inspirado en la protección del superior interés de la persona a quien representa.

De esta guisa nuestro actual sistema civil y procesal resultando que la incapacitación sólo se gradúa en total y parcial conlleva que más del 95 % de las sentencias de incapacidad son de la total y por ende, la institución protectora es la tutela implicando una anulación de la voluntad del discapacitado que es sustituida por la del tutor. La privación de la capacidad de obrar es contraria a la Convención como lo es la designación del tutor que opera en representación de la persona discapacitada y por lo tanto, sustituyendo su capacidad.

Esta institución de protección de la persona requiere por ende, la previa declaración judicial de incapacitación; de ello resulta que la persona con discapacidad que requiera el apoyo o asistencia que preconiza la Convención como medio para el ejercicio de su capacidad jurídica, necesariamente ha de verse previamente privado de ella.

En la práctica cuando una persona discapacitada no incapacitada judicialmente pretende concluir un negocio jurídico para el que necesitaría de apoyo y esta situación es detectada por un operador jurídico (un abogado y/o un notario), la única salida que se ofrece es que para valerse de dicha asistencia sea previamente incapacitado. Por lo que, en vez de recibir asistencia y apoyo para el ejercicio de su capacidad, se ve privado de esa misma capacidad que se pretende asistir y apoyar.

En conclusión la tutela tal y como está configurada en nuestro Ordenamiento jurídico civil choca frontalmente con las llamadas medidas de asistencia y apoyo que pretende el artículo 12 de la Convención dado que se trata de una institución en la que la protección de la persona discapacitada se funda en la sustitución de su iniciativa como titular de los derechos e intereses en juego, de su sustitución en la emisión y perfeccionamiento del negocio jurídico y de su sustitución en la negociación del acto jurídico de que se trate.

Además con la tutela queda reflejada la sustitución de la persona con carácter general para todos los ámbitos jurídicos, personales o patrimoniales, con la sola excepción de los de carácter personalísimo.

Esta institución por consiguiente choca en esencia con la búsqueda de apoyos y asistencias a las que hace referencia la Convención y repugna el propio espíritu de ésta en la que garantiza la plena capacidad jurídica (incluida la de obrar) de las personas con discapacidad.

Por ello y pese a la interpretación dada por la Sentencia de la Sala 1ª del TS de 29 de abril de 2009 y mientras no se proceda a la reforma de las instituciones tutelativas de protección a las personas con discapacidad que no conlleven la previa declaración de incapacitación, hemos de entender reservada la tutela para aquellas tomas de decisión en que no sea posible conocer la voluntad de la persona con discapacidad en relación con los actos que le afecten, limitándola a actos concretos, a situaciones concretas, y no a una incapacitación generalizada y universal como ocurre en cerca del 95 % de las sentencias dictadas en materia de la capacidad de las personas.

Discapacidad y curatela.

De acuerdo con el artículo 287 Cc, procederá la curatela para “las personas a quienes la sentencia de incapacitación o en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento”. Es un mecanismo de protección de la persona mediante la “asistencia”, y por ende, más acorde con el espíritu y la letra del artículo 12 de la Convención Internacional al referirse a medidas de apoyo o asistencia. Y así tiene por objeto según el artículo 289 Cc, “la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido”.

No obstante, en la práctica esta figura se muestra escasa, primero porque la mayor parte de las sentencias de incapacitación son de privación total de la capacidad de obrar y por lo tanto con nombramiento de tutor y segundo porque se utiliza para aquellos supuestos en que la sentencia de incapacitación limita la sustitución del incapacitado a determinados ámbitos de interés, generalmente sólo patrimoniales.

Por ello y de lege ferenda la curatela ha de constituir un mecanismo básico para articular las medidas de apoyo a fin de que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar: graduable, flexible y abierto en función de las necesidades concretas de la persona con discapacidad y las circunstancias de cada caso, potenciando su intervención de modo similar a la autotutela y a los poderes preventivos.

Se trata a la luz de la Convención de huir de la generalidad y de la perpetuidad y en definitiva buscar para la persona discapacitada las medidas de apoyo o asistencia necesarias, esto es, no sólo “un traje a medida”, sino también la confección de tantos trajes a medida como fueran necesarios para cada caso puntual en el tiempo.

Todo ello bajo la salvaguarda de la autoridad judicial y la superior vigilancia del Ministerio Fiscal, cuya actuación deberá enmarcarse en nuevo cauce procesal que posibilite la asunción y la configuración del procedimiento como tendente no únicamente a privar a la persona con discapacidad de la capacidad que la convención le reconoce expresamente, sino a su asistencia y apoyo.

Además y de lege ferenda deberían potenciarse cauces adecuados para que la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad, en la medida de

sus posibilidades tuvieran su reflejo en la constitución y funcionamiento de las medidas de apoyo o asistencia, como los mencionados poderes preventivos y autotutela, a través de los cuales, y sin necesidad de intervención judicial, dichos apoyos pudieran establecerse por la propia persona afectada como mecanismos de apoyo voluntario.

Además medie o no resolución judicial declarativa de la medida de apoyo para un determinado acto o negocio jurídico, sería necesario con el fin de dotar de máxima seguridad jurídica a los negocios celebrados por personas con discapacidad, de la intervención de una autoridad pública que vele en el tráfico extrajudicial, de una valoración adecuada de su discapacidad, de la inexistencia de vicios en la formación de la voluntad, de la adecuación a la legalidad y de la protección de los derechos de las personas más vulnerables. Aquí entraría en juego el papel de la institución notarial configurándose el Notario como un auténtico “ombudsman-social” [14], pues han de extremar el celo profesional en el juicio de capacidad presente en todo documento notarial.

Discapacidades no incapacitantes: la protección de patrimonios y la guarda de hecho.

Son muchas las discapacidades no incapacitantes por lo que la doctrina más reciente propugne un gran protagonismo de la guarda de hecho y de los patrimonios protegidos.

La regulación de la guarda de hecho en nuestro Derecho Civil es prácticamente testimonial casi cercana al cuasi contrato de la gestión de negocio ajeno sin mandato. No obstante, es de gran eficacia en la protección de los patrimonios de las personas con discapacidad pero con una discapacidad no incapacitante.

Su virtualidad quedaría reducida a actos y negocios celebrados en representación de otra persona como su guardador de hecho y siempre que no sean perjudiciales para la persona discapacitada.

Desde el punto de vista legal la figura del guardador de hecho va adquiriendo un gran protagonismo por ejemplo a la hora de constituir un patrimonio protegido o a la hora de solicitar las ayudas de la ley de dependencia.

En la constitución de los patrimonios protegidos de conformidad con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre especial función desempeñan las autoridades

notariales en el momento de formalizarlos. Y así la referida norma legal los conceptúa como la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y además la norma establece los medios adecuados para garantizarla afección de tales bienes y derechos, así como de sus frutos, productos y rendimientos a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.

A modo de conclusiones

A la luz del artículo 12 de la Convención al referirse a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad provoca un gran impacto en la concepción clásica de nuestro Derecho Civil. A tal efecto entendemos que debe desterrarse la regla de acuerdo con la cual, la incapacitación priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y de obrar conforme a sus preferencias, siendo sustituido por un tutor.

La figura sustitutiva y vigente más acorde en el Derecho español sería el curador, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función de las necesidades del caso y de las circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias, para actos concretos y su apoyo a los actos que se le marquen sean revisables por los tribunales.

La declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto le priva de la capacidad de obrar y le discrimina respecto de las personas capaces.

La discapacidad es un proceso en permanente evolución, de ahí la propia definición del artículo 1 de la Convención, “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 los demás”. Es por lo tanto, un concepto mínimo, abierto dado que el Preámbulo de la Convención reconoce que, “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones”; al tiempo que reafirma “la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación.

Este carácter dinámico de la discapacidad resulta esencial a la hora de interpretar las disposiciones relativas a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y a la determinación de los apoyos que requieran para ejercer en plenitud su capacidad de obrar. Con esta nueva definición se persigue asegurar desde una perspectiva múltiple, una clasificación del funcionamiento y de la discapacidad como un proceso en permanente evolución.

La Convención adopta un modelo social de la discapacidad que sustituye al modelo médico o rehabilitador. La configuración tradicional de la incapacitación desde el modelo médico implica una limitación excesiva e incluso absoluta “privación” de la capacidad de obrar, en aquellas personas que con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal o patrimonial, suponiendo en la práctica un modelo de sustitución en la toma de decisiones. Sin embargo la Convención tanto en su Preámbulo como en sus disposiciones articuladas, adopta el modelo social y principio de no discriminación, por lo que colisiona con la figura tradicional de la incapacitación como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a que el legislativo reforma el CC y la LEC para instaurar una nueva herramienta basada en el sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o el negocio a realizar.

Los Estados deben adoptar las medidas normativas oportunas para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Estas personas al abrigo del artículo 12 de la Convención tienen derecho en todas las partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, poseyendo capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y para conseguir dicha igualdad, se han de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar el acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de la discapacidad.

La Convención unifica la capacidad jurídica y la capacidad de obrar en un todo, como sucede con cualquier persona y a partir de la necesaria “igualdad”, proporcionándole los mecanismos de apoyos adecuados, asegura a la persona con discapacidad, su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe el instrumento de la “modificación” si afecta a la discapacidad afecta a la anulación de la capacidad de obrar.

La Convención propugna el cambio del modelo de sustitución en la toma de decisiones por el nuevo modelo de apoyo o asistencia en la toma de decisiones, aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno de cada Estado parte.

El artículo 12 supone un desafío para nuestro sistema civil pues no solo afecta a los conceptos tradicionales de capacidad jurídica y capacidad de obrar sino que incide de ello en el proceso especial de capacidad de las personas incorporando el modelo de apoyos que se enfrenta directamente al sistema de tutela.

La implantación de la Convención exige soluciones frente a determinadas situaciones en las que no es posible conocer la voluntad de la persona (pensemos discapacidad intelectual grave, o una enfermedad neurodegenerativa grave) y en las cuales es necesario tomar una decisión en nombre de ésta. Mientras no se adapte el sistema civil español la curatela interpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad parecen la respuesta más idónea. La curatela ofrece al juez un mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. Además la curatela ofrece un marco graduable y abierto en función de las necesidades y circunstancias de apoyo en la toma de decisiones. Se trata de hacer un traje a medida para cada persona y de hacer los trajes a medida que le hagan falta.

La eliminación de las instituciones sustitutivas de la capacidad de obrar y la adopción del nuevo sistema de apoyos requieren necesariamente una profunda reforma legislativa.

A las reformas sustantivas que afectarán al Código Civil se han de sumar las que han de quedar reflejadas en el Título I del Libro IV de la LEC pues requieren procesales de lo que vendrá a llamarse “proceso de modificación de la capacidad de las personas”. La regulación de este proceso especial al amparo del artículo 10 CE y de la Convención Internacional partirá de las siguientes premisas:

El respeto a la dignidad inherente de la personas, por lo que toda restricción de la capacidad de obrar ha de ser interpretada de forma restrictiva.

La discapacidad sólo puede ser causa de modificación de la capacidad de obrar, si impide a la persona autogobernarse.

La ineptitud para el autogobierno es circunstancial en el sentido de que, para su determinación habría que ponderar lo que hace ordinariamente la persona con discapacidad, lo que necesita hacer y lo que no puede hacer por sí misma.

En las áreas en las que no puede hacer o procurarse por sí mismo, ésta será el área de falta de autogobierno que ha de ser completada por la figura de apoyo o asistencia.

Deben arbitrarse medidas de asistencia y apoyo que tengan carácter puntual.

Las medidas de asistencia y apoyo han de ser flexibles e incluso de carácter mixto, esto es, que junto a las actuaciones o negocios con trascendencia jurídica en los que podría ser necesaria y estar justificada la representación de la persona protegida, pudieran darse otros en los que la protección se arbitrara mediante una medida de apoyo o incluso, sin necesidad de asistencia.

En el diseño de las medidas de apoyo se ha de procurar siempre que sea posible la intervención de la persona afectada para potencia su autonomía de la voluntad.

La decisión judicial de una medida de apoyo ha de diseñarse con un criterio finalista o funcional, partiendo no de la intensidad de la discapacidad de la persona sino para qué actos de trascendencia jurídica se solicita el apoyo.

Hacia un nuevo modelo de procesos judiciales de “modificación” de la capacidad de las personas. Distinción entre la causa y el motivo del proceso especial.

Garantizar la accesibilidad de las personas discapacitadas a las actuaciones jurisdiccionales.

En definitiva la Convención impone un reto al Legislador, a los operadores jurídico y al tejido social. El reto es: realizar un fuerte esfuerzo de creatividad para establecer normativamente las nuevas instituciones de protección de las personas con discapacidad, basadas en otros valores, principios y conceptos y contemplando en todo momento su dignidad y sus derechos humanos.