

## CAPÍTULO SEGUNDO

# La reforma de la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica a la luz de la Convención de Nueva York

ALICIA BERNARDO SAN JOSÉ

Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONVENCION DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 1. *La discapacidad como cuestión de derechos humanos: del “modelo médico o rehabilitador” al “modelo social” de la discapacidad.* 2. *El derecho al “igual reconocimiento como persona ante la ley” del artículo 12 de la Convención.* III. LA (IN)COMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN JURÍDICO CIVIL Y PROCESAL ESPAÑOL DE LA INCAPACITACIÓN Y LA TUTELA CON EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCION. 1. *El sistema vigente en nuestro ordenamiento jurídico.* 2. *La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.* 3. *La posición del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a la vista de los informes presentados por España.* 4. *La necesidad de modificar el Derecho civil y procesal español para adaptarlo al artículo 12 de la Convención.* IV. EL PROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACION CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURIDICA. 1. *Breve referencia a la reforma del Código Civil.* 2. *La reforma de la legislación procesal.* 2.1. *Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* 2.1.1. *Los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.* 1º) *Ámbito de aplicación y competencia.* 2º) *Legitimación e intervención procesal.* 3º) *Certificación registral y personación del demandado.* 4º) *Pruebas preceptivas en primera y segunda instancia.* 5º) *Sentencia.* 6º) *Revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas.* 7º) *Medidas cautelares.* 2.1.2. *Otras modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil.* 2.2. *Modificación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.* 2.2.1 *El expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.* 1º) *Ámbito de aplicación, competencia, legitimación y postulación.* 2º) *Procedimiento.* 3º) *Auto y posterior revisión de las medidas judicialmente acordadas.* 2.2.2. *Otras modificaciones de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.* V. *NOTA BIBLIOGRÁFICA.*

## I. INTRODUCCIÓN

El 7 de julio de 2020, el Consejo de Ministros del Gobierno de España aprobó el “*Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*” (en lo sucesivo, de modo abreviado, el Proyecto de Ley o la Ley proyectada). Remitido al día siguiente al Congreso de los Diputados, la Mesa de la Cámara encomendó su aprobación con competencia legislativa plena a la Comisión de Justicia y ordenó su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales <sup>(1)</sup>, estableciendo un plazo de enmiendas de quince días hábiles <sup>(2)</sup>.

Como expresamente señala el Gobierno en la Exposición de Motivos que acompaña al presente Proyecto de Ley, con esta reforma se pretende “*dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006*”. Y, en particular, se trata de adaptar la normativa española a lo establecido en el artículo 12 de la Convención que, bajo el título “*Igual reconocimiento como persona ante la ley*”, proclama que “*las*

*personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*” (apdo. 2), y obliga a los Estados Partes a adoptar “*las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*” (apdo. 3).

La adaptación del ordenamiento jurídico español a lo establecido en el artículo 12 de la Convención pasa por erradicar de nuestra legislación la institución de la incapacitación o modificación de la capacidad de las personas con discapacidad y sustituirla por la adopción de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de obrar. Esto obliga, por un lado, a reformar el Código Civil, que hoy por hoy establece la declaración de incapacidad mediante sentencia judicial de aquellas personas que por enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico no puedan gobernarse por sí mismas (arts. 199 y 200 CC), y regula instituciones de guarda y protección legal de las personas judicialmente incapacitadas de carácter representativo, como es el caso de la tutela, que faculta al tutor para sustituir a la persona declarada incapaz en la toma de decisiones (arts. 222 y ss. CC); lo que no se compadece, en absoluto, con el paradigma de la discapacidad basado en los derechos humanos que acoge la Convención de Nueva York, que implica pasar del modelo de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas, respetando la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad en la toma de todas las decisiones que afecten a su persona o a sus bienes.

Por otro lado, la adaptación normativa a la Convención exige también la reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y, en particular, de los procesos sobre la capacidad de las personas (arts. 756 y ss. LEC), en los que, de conformidad con lo establecido en el Código Civil, cabe que la sentencia que ponga fin al proceso declare la incapacitación, total o parcial, del demandado y proceda al nombramiento de un tutor que, conforme al art. 267 CC, asuma la representación legal del incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación; procesos que necesariamente habrán de ser sustituidos por otros en los que no se excluya ni se limite judicialmente la capacidad de obrar de la persona con discapacidad, sino que se dirijan a proveerla de los apoyos que necesite para que pueda ejercer su capacidad de obrar en igualdad de condiciones con las demás.

La reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido apuntado, constituye el objeto principal del presente Proyecto de Ley. No obstante, el nuevo paradigma de la discapacidad obliga también a introducir reformas en otros textos legales, a saber: Ley del Notariado, Ley Hipotecaria, Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, Ley del Registro Civil y Ley de Jurisdicción Voluntaria. De entre todas, interesa destacar, ya desde esta introducción, la reforma de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, de la que se dará cuenta en este trabajo; reforma que obedece a la opción del prelegislador por la Jurisdicción Voluntaria como el marco adecuado para la provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad que lo precisen, reservando el proceso contencioso de adopción de medidas judiciales de apoyo de la Ley de Enjuiciamiento Civil solo para aquellos casos en los que alguna de las partes o interesados hubiese formulado oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria dirigido al efecto.

Pues bien, en el presente trabajo pretendo analizar, a la luz de la Convención Internacional de los Derechos sobre las Personas con Discapacidad, la proyectada reforma de la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y, en especial, los futuros procesos sobre adopción o provisión de medidas judiciales de apoyo. No obstante, para entender mejor la reforma procesal será preciso realizar primero un análisis, siquiera breve, de la reforma que el Proyecto de Ley introduce en el Código Civil, que sienta las bases del nuevo régimen jurídico civil de la discapacidad, *rectius*, de las personas con discapacidad, inspirado en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de las personas con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, puedan necesitar estas personas para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.

## II. LA CONVENCION DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON

## DISCAPACIDAD

Comoquiera que el propósito de la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica no es otro que impulsar definitivamente la adecuación de la normativa española a la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (en adelante, la Convención o CNY) (3), conviene empezar haciendo referencia a este importante instrumento jurídico internacional, el primer Tratado de Derechos Humanos aprobado en el seno de las Naciones Unidas que aborda de forma específica los derechos de las personas con discapacidad.

A diferencia de otros colectivos, como es el caso de las mujeres y los niños y las niñas, las personas con discapacidad, hasta la aprobación de la Convención, no contaban con un instrumento internacional jurídicamente vinculante para los Estados Partes ni con un órgano internacional que velase por la tutela efectiva de sus derechos humanos y libertades fundamentales de manera expresa. Aunque todos los tratados internacionales de derechos humanos comprenden, por su propia definición, a todos los seres humanos, y en ellos se reconoce y proclama expresamente que toda persona, “*sin distinción de ninguna índole*”, tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos (4), lo cierto es que en ellos, salvo en uno (5), no se contiene una mención expresa a las personas con discapacidad, a pesar de tratarse de un colectivo necesitado de protección especial. Sencillamente, hasta la Convención, las personas con discapacidad eran “invisibles” en el derecho internacional de los derechos humanos.

La Convención supuso un verdadero hito dentro del sistema de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Por primera vez, las Naciones Unidas aprueban un tratado internacional de derechos humanos cuyo propósito es precisamente “*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto a su dignidad inherente*” (art. 1 CNY).

La Convención fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en Nueva York (6), se abrió a la firma el 30 de marzo de 2007, y entró en vigor el 3 de mayo de 2008, fecha en la que se cumplían 30 días desde que había sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión, que era el plazo que establecía el art. 45.1 CNY para su entrada en vigor (7). A fecha de junio de 2020, la Convención ha sido ratificada por 182 países integrados en la Organización de las Naciones Unidas (8), entre los que se encuentran los 27 Estados miembros de la Unión Europea, así como la propia Unión que, de acuerdo con lo previsto en los arts. 43 y 44 CNY, en cuanto “organización regional de integración”, firmó la Convención el día de apertura para su firma, concluyéndose el procedimiento de ratificación el 23 de diciembre de 2010 (9), por lo que desde esa fecha la Convención forma parte del ordenamiento jurídico de la Unión. Se trata del primer tratado internacional de derechos humanos –y el único hasta la fecha– ratificado por la Unión Europea, lo que supone un paso decisivo para los aproximadamente 80 millones de ciudadanos europeos con discapacidad, que ven de este modo reconocidos y asegurados sus derechos internacionales. Con el acto de ratificación de la Convención, la Unión Europea se compromete a garantizar que toda la legislación, las políticas y los programas de la Unión cumplen los principios y postulados de la Convención (10).

Por lo que se refiere a nuestro país, la Convención fue firmada en Nueva York por el Plenipotenciario de España el 30 de marzo de 2007 –el primer día en que se abrió a la firma–, y ratificada mediante Instrumento de 23 de noviembre de 2007, que se publicó en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año, pasando desde esa fecha –hace ya más de doce años– a formar parte del ordenamiento jurídico español, con plena eficacia y aplicabilidad directa y con carácter vinculante, de conformidad con lo dispuesto en el art. 96.1 CE, el art. 1.5 CC, y los arts. 28, 29, 30 y 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, sin perjuicio de las necesarias reformas que deban introducirse para su adecuación al espíritu y al propio texto de la Convención.

La Convención va acompañada de un Protocolo Facultativo (el “*Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*”), por el que los Estados Partes reconocen la competencia del “Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (11) para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que afirmen ser víctimas de una violación de cualquiera de las disposiciones de la Convención (art. 1 del Protocolo) (12), así como para abrir una investigación en caso de recibir información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos recogidos en la Convención (arts. 6 y 7 del Protocolo). El Protocolo Facultativo complementa la Convención pero es independiente de ella, de modo que los Estados pueden: a) ratificar la Convención y el Protocolo –lo que hizo España– (13); b) ratificar solamente la Convención y no el Protocolo –como hizo la Unión Europea–, en cuyo caso el Comité no tendrá competencia ni para recibir comunicaciones ni para abrir una investigación; y c) ratificar la Convención y también el Protocolo, pero haciendo uso de la cláusula *optout* del art. 8 del Protocolo, por la que el Estado Parte declara que no reconoce la competencia del Comité establecida en los arts. 6 y 7 del Protocolo. Esta reserva implica que el Comité sí podrá recibir comunicaciones, pero no tendrá competencia para abrir una investigación en caso de recibir información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas de los derechos de la Convención por el Estado Parte que formuló la reserva (14).

## 1. LA DISCAPACIDAD COMO CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS: DEL “MODELO MÉDICO O REHABILITADOR” AL “MODELO SOCIAL” DE LA DISCAPACIDAD

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad supuso una auténtica revolución en la consideración y tratamiento de las personas con discapacidad, superándose definitivamente la perspectiva asistencial de la discapacidad para abordar una basada en los derechos humanos (15). Así, frente al tratamiento tradicional de la discapacidad en las legislaciones nacionales, basado en un modelo “médico o rehabilitador” en el que se concibe a las personas con discapacidad como personas enfermas que deben someterse a tratamiento para superar sus deficiencias y así poder adaptarse a la forma de vida existente en la sociedad, la Convención acoge el modelo “social”, en el que la discapacidad se considera una cuestión de derechos humanos y se contempla a las personas con discapacidad como auténticos *sujetos de derechos* en igualdad de condiciones con las demás personas, capaces de tomar decisiones y ser miembros activos de la sociedad, y no como meros *objetos* de caridad, tratamiento médico y protección social (16). Desde esta nueva perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos, con la que se aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal de las personas con discapacidad, la Convención reconoce expresamente que “*la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano*” [Preámbulo de la CNY, letra h)] (17).

Mientras que para el modelo médico las causas que originan la discapacidad son las *deficiencias personales o individuales*, para el modelo social, también llamado de “barreras sociales”, las causas son esencialmente *sociales*, por la manera en que está diseñada la sociedad. Este enfoque social considera que las barreras de la sociedad, como los obstáculos físicos y las actitudes negativas a que se enfrentan las personas con discapacidad, son los principales obstáculos para el pleno disfrute de los derechos humanos. Desde esta concepción social de la discapacidad se entiende que las dificultades que encuentran las personas con discapacidad para participar plenamente en la comunidad tienen su origen en las limitaciones de una sociedad diseñada desde un patrón de “normalidad” que desconsidera las necesidades de las personas con discapacidad, generando barreras que las excluyen y discriminan socialmente. Por ello, mientras que en el modelo médico las soluciones se centran en la “rehabilitación” o “normalización” de la persona con discapacidad, que debe superar las deficiencias –físicas, psíquicas o sensoriales– que padece para lograr su integración en la sociedad, en el modelo social, sin embargo, es la sociedad, y no la persona, la que debe “rehabilitarse” o “normalizarse”, diseñándose de modo que garantice la plena inclusión social de las personas con discapacidad.

La asunción por la Convención del modelo social de la discapacidad es cosa que no puede ser puesta en tela de juicio (18). El art. 1 CNY establece que las personas con discapacidad incluyen *“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”* (19). De esta forma, desde el primer precepto, la Convención deja claro que las deficiencias personales forman parte de la diversidad y la condición humanas, pero no determinan por sí solas la discapacidad, sino que esta es el resultado de la interacción de dos elementos: 1) las deficiencias personales; y 2) las barreras sociales que limitan o impiden que las personas con discapacidad gocen de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con las demás (20).

Hay que hacer notar también que el modelo social de la discapacidad basado en los derechos humanos que inspira filosóficamente la Convención implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas. Es decir, frente al sistema tradicional de sustitución de la voluntad en la toma de decisiones contemplado en la mayoría de las legislaciones nacionales –que innegablemente conlleva una disminución, cuando no una negación, de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad–, el modelo social apuesta decididamente por un sistema de apoyos como medio para complementar la capacidad natural.

Desde este enfoque social de la discapacidad, la Convención se erige sobre la base de los siguientes principios generales: a) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) la igualdad de oportunidades; f) la accesibilidad; g) la igualdad entre el hombre y la mujer; y h) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad (art. 3 CNY).

Para la plena efectividad de estos principios, el art. 4 CNY impone a los Estados Partes un conjunto de obligaciones que, en su enunciación general, consisten en el compromiso en *“asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad”*, y en particular –y en lo que ahora interesa– en el compromiso en *“adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención”* (art. 4.1a); *“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”* (art. 4.1b); *“tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad”* (art. 4.1c); *“abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella”* (art. 4.1d); y *“promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos”* (art. 4.1i). Y con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados parte se comprometen *“a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional”* (art. 4.2).

La Convención reconoce a las personas con discapacidad los siguientes derechos: igualdad y no discriminación (art. 5); accesibilidad (art. 9); derecho a la vida (art. 10); seguridad y protección en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 11); igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12); acceso a la justicia (art. 13); libertad y seguridad de la persona (art. 14); protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles (art. 15); protección contra la explotación, la violencia y el abuso (art. 16); integridad física y mental (art. 17); libertad de desplazamiento y nacionalidad (art. 18); derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la

comunidad (art. 19); movilidad personal (art. 20); libertad de expresión y de opinión y acceso a la información (art. 21); respeto de la privacidad (art. 22); respeto del hogar y de la familia (art. 23); educación (art. 24); salud (art. 25); trabajo y empleo (art. 27); nivel de vida adecuado y protección social (art. 28); participación en la vida política y pública (art. 29); y participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (art. 30).

Nótese que la Convención no reconoce derechos “nuevos” o “adicionales” a las personas con discapacidad, sino que su valor está en reafirmar los derechos humanos y libertades fundamentales ya reconocidos internacionalmente a todos los seres humanos y adaptarlos al contexto de la discapacidad, obligando a los Estados Partes a adoptar las medidas de toda índole que sean pertinentes para garantizar a las personas con discapacidad el pleno ejercicio de sus derechos sin discriminación por motivos de discapacidad, es decir, en igualdad de condiciones con las demás (21). Históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en algunas esferas, de manera discriminatoria, de muchos derechos fundamentales, como el derecho a la libertad, el derecho a casarse, el derecho al voto, etc. La Convención reafirma los derechos humanos de las personas con discapacidad e indica las esferas en las que es necesario introducir adaptaciones para que estas personas puedan ejercer en forma efectiva sus derechos, así como aquellas en las que se han vulnerado esos derechos y en las que debe reforzarse la protección de los mismos.

## 2. EL DERECHO AL “IGUAL RECONOCIMIENTO COMO PERSONA ANTE LA LEY” DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN

De entre todos los derechos humanos que la Convención reconoce expresamente a las personas con discapacidad, es preciso ahora destacar el derecho al “*igual reconocimiento como persona ante la ley*” que regula el art. 12, puesto que el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que constituye el objeto de este trabajo, pretende adaptar nuestra legislación interna a las disposiciones de esta norma.

El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley que proclama el art. 12 CNY es, sin duda, un derecho humano fundamental, indispensable para el ejercicio de otros derechos recogidos en la Convención (22). En esta línea, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha destacado “*el carácter central de este artículo en la estructura de la Convención y su valor instrumental para el disfrute de otros muchos derechos*” (23). No obstante, desde el principio, el art. 12 CNY se ha revelado como una de las disposiciones más complejas y polémicas de la Convención, el “*punctum ardens*” del Tratado (24).

El art. 12 CNY, bajo el título “*igual reconocimiento como persona ante la ley*” prescribe lo que sigue:

1. *Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*
2. *Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*
3. *Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*
4. *Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por*

*parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*

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

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a la vista de los informes iniciales presentados por distintos Estados Partes de conformidad con lo previsto en el art. 35 CNY, observó que había un malentendido general acerca del alcance de las obligaciones que para los Estados se derivan de los diversos componentes del art. 12 CNY. Habida cuenta de la importancia de este artículo, consideró imperativo ofrecer orientaciones adicionales en una observación general, la Observación General N° 1 (2014) (25). Desde entonces, cualquier interpretación que se haga del contenido normativo del art. 12 CNY y de las obligaciones que de él se derivan para los Estados Partes, debe ajustarse a lo establecido por el Comité en esta Observación. Pasemos, pues, a examinar los cinco apartados del art. 12 CNY bajo el prisma de la Observación General de Comité.

El apartado 1 del art. 12 CNY proclama que *“Las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”*. Con la reafirmación de este derecho, que ha sido universalmente afirmado en todos los instrumentos vinculantes de derechos humanos (26), se garantiza que las personas con discapacidad sean reconocidas como personas jurídicas ante la ley; personalidad jurídica que es condición *sine qua non* para el goce y ejercicio de otros muchos derechos establecidos en la Convención. La declaración de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad lleva consigo el reconocimiento de la aptitud o idoneidad para ser titulares de relaciones jurídicas, o, con otra expresión, de derechos y obligaciones. La personalidad jurídica, en tal sentido, es un atributo o cualidad esencial de la persona, reflejo de su dignidad. Que este derecho sea efectivo “en todas partes” significa, además, que no hay ninguna circunstancia, por excepcional que esta sea (por ejemplo, situaciones de emergencia pública o amenaza para la seguridad de un Estado), que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley, o que permita limitar ese derecho (27).

Tras el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, el apartado 2 del art. 12 CNY establece que *“Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”*. Esta disposición, aparentemente sencilla, en la que se reconoce expresamente que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, es, sin duda, la que más polémica ha generado (28). Desde el principio, se discutió sobre el significado del concepto de “capacidad jurídica” que emplea esta disposición, a saber: si la “capacidad jurídica” comprende exclusivamente la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones o también la aptitud o idoneidad para ejercitar derechos y asumir obligaciones. En otras palabras, y teniendo en cuenta que en muchos ordenamientos jurídicos de base latina –entre ellos, el español–, se distinguen tradicionalmente dos tipos de capacidad ante el Derecho, la “capacidad jurídica” y la “capacidad de obrar”, la cuestión a resolver es la de si el art. 12.2 CNY se refiere solo a la “capacidad jurídica”, también llamada “personalidad”, entendida como la aptitud genérica para ser titular de derechos y obligaciones, o también a la “capacidad de obrar”, consistente en la aptitud para actuar y ejercer los derechos y asumir las obligaciones. Sin duda, la cuestión no es baladí, puesto que si el concepto de “capacidad jurídica” del art. 12.2 CNY comprende también la denominada “capacidad de obrar”, necesariamente habrá que concluir que los Estados Partes cuyas legislaciones nacionales permiten despojar a la persona con discapacidad de toda su capacidad de obrar, o reducir o limitar la capacidad de obrar de una persona por motivo de su discapacidad,

como es el caso de la legislación española, están violando este postulado de la Convención (29).

Pues bien, sobre este particular, el Comité ha declarado tajantemente que el concepto de “capacidad jurídica” del apartado 2 del art. 12 CNY incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (a la que denomina “capacidad legal”), como la capacidad de ejercer esos derechos y obligaciones (a la que llama “legitimación para actuar”) (30). Así, según palabras textuales del Comité, *“la capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Como se señaló anteriormente, tiene dos facetas: la primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley (...). La segunda es la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley (...). La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano. Por consiguiente, para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse”* (31). Esta interpretación del art. 12 de la Convención abandona la tradicional diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con las personas con discapacidad, para promover la integración de las personas con discapacidad en todas las facetas de la vida social desde la perspectiva de que es la propia sociedad la que limita a la persona con discapacidad. Según dice el propio Comité, esta es la clave para que las personas con discapacidad tengan acceso a una participación verdadera en la sociedad.

Sentado lo anterior, y dejando ahora de lado la confusión por parte del Comité de los conceptos de capacidad y legitimación, tras la interpretación que del concepto de “capacidad jurídica” lleva a cabo el Comité, resulta indiscutible que el derecho a la capacidad jurídica que el art. 12.2 CNY reconoce a las personas con discapacidad no solo comprende la capacidad para ser titular de derechos sino también la capacidad para ejercerlos por sí mismas o capacidad de obrar (llamada impropia por el Comité “legitimación para actuar”). Desde esta concepción de la “capacidad jurídica”, el hecho de que una persona tenga una discapacidad no es un motivo legítimo para negarle la capacidad de obrar, que es el componente de la capacidad que frecuentemente se deniega o reduce en el caso de las personas con discapacidad, y rebajar su condición como persona. El art. 12 CNY no permite negar la capacidad jurídica (ninguna de sus dos facetas o dimensiones) de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione a las personas con discapacidad todos los apoyos que necesiten para que puedan ejercer plenamente su capacidad jurídica.

Por lo demás, en relación también con el apartado 2 del art. 12 CNY, el Comité destaca la importancia de diferenciar la “capacidad jurídica” de la “capacidad mental”. Mientras que la capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y de ejercerlos, la capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para tomar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales. El Comité observa que en la mayoría de los informes presentados por los Estados Partes se mezclan ambos conceptos, de modo que, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones a causa de una deficiencia psíquica o sensorial, se le priva de capacidad jurídica (en su faceta de capacidad de ejercicio o capacidad de obrar). Pues bien, según señala el Comité, este criterio funcional, consistente en evaluar la capacidad mental de una persona y denegarle la capacidad de obrar si la evaluación lo justifica, es incorrecto por dos motivos principales, a saber: *“a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley”* (32).

Tras el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, el apartado 3 del art. 12 CNY obliga a los Estados Partes a adoptar *“las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”*. Queda claro, pues, que los Estados Partes no deben negar a las personas con discapacidad la capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para

tomar decisiones que tengan efectos jurídicos. Nótese que, en puridad, con la expresión “*apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica*”, la Convención se está refiriendo claramente a la denominada “capacidad de obrar”, que es la que puede necesitar de apoyos para su ejercicio.

El “apoyo” necesario para el ejercicio de la capacidad jurídica es un término muy amplio que engloba actuaciones de distintos tipos e intensidades, debido a la diversidad de las personas con discapacidad, reconocida expresamente en la Convención (33). Así, por ejemplo, como señala el Comité, las personas con discapacidad pueden elegir a una o más personas de confianza que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses o la asistencia para comunicarse. El apoyo puede incluir también medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad, o puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias. También, para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás. Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo (34).

Por su parte, el apartado 4 del art. 12 CNY describe las salvaguardias con que debe contar un sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. Así, según establece esta disposición, los Estados Partes han de asegurar que en todas las medidas de apoyo 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 deben asegurar que las medidas de apoyo “*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*” (35).

Sobre estas salvaguardias, el Comité deja claro en su Observación General que “el interés superior” no es una salvaguardia que cumpla con el art. 12 en relación con los adultos, de modo que, cuando resulte imposible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”. El paradigma de “la voluntad y las preferencias” debe reemplazar al del “interés superior” para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás (36).

Finalmente, el apartado 5 del art. 12 CNY insta a los Estados Partes a adoptar medidas de apoyo para garantizar los derechos de las personas con discapacidad en materia económica y financiera, en condiciones de igualdad con los demás. Los Estados deben asegurar el derecho de estas personas “*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*”. Asimismo, les corresponde velar por que “*no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria*” (37).

Una vez fijado el contenido normativo del art. 12 CNY, el Comité recoge en su Observación General N° 1 (2014) las obligaciones que para los Estados Partes se derivan de los diversos componentes de este precepto. Al respecto, cabe destacar que los Estados Partes deben: 1) “*abstenerse de cualquier actuación que prive a las personas con discapacidad del derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley*”; 2) “*adoptar medidas para impedir que agentes no estatales y particulares interfieran en la capacidad de las personas con discapacidad de hacer efectivos sus derechos humanos, incluido el derecho a la capacidad jurídica*”; 3) “*impartir capacitación a las personas que reciben apoyo para que puedan decidir cuándo necesitan menos apoyo o cuándo ya no lo necesitan en el ejercicio de su capacidad jurídica*”; 4) “*dejar de negar la capacidad*

*jurídica cuando el propósito o efecto de esa negación sea una discriminación por motivos de discapacidad*"; y 5) *"examinar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad, y las preferencias de la persona"* (38). En relación con esta última obligación general, la de reemplazar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones (por ejemplo, la tutela) por otros que se basen en el apoyo, es muy importante señalar que para el Comité *"crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención"* (39).

Para terminar, el Comité recuerda que los derechos establecidos en el art. 12 CNY se aplican desde el momento de la ratificación y deben hacerse efectivos inmediatamente. La "efectividad progresiva" del art. 4.2 CNY no se aplica a las disposiciones del art. 12 CNY. Por consiguiente, tras la ratificación de la Convención, los Estados Partes deben comenzar inmediatamente a adoptar medidas para hacer realidad los derechos consagrados en este precepto (40).

### III. LA (IN)COMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN JURÍDICO CIVIL Y PROCESAL ESPAÑOL DE LA INCAPACITACIÓN Y LA TUTELA CON EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCION

Una vez expuesto el contenido normativo del art. 12 de la Convención de Nueva York, así como las obligaciones que para los Estados Partes se derivan del mismo de acuerdo con la Observación General N° 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, toca ahora pronunciarse sobre la (in)compatibilidad del régimen jurídico español –sustantivo y procesal– en materia de discapacidad con los principios y postulados de la Convención y, en particular, con el derecho a la capacidad jurídica que el art. 12 reconoce expresamente a las personas con discapacidad en las mismas condiciones que las demás.

Para poder dar una respuesta fundada a esta cuestión, haré primero un repaso de las notas esenciales que definen el sistema vigente en nuestro ordenamiento jurídico en materia de capacidad de la persona, incapacidad y tutela; luego, expondré la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre esta cuestión y, por último, daré a conocer la postura del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a la vista de los informes sobre la aplicación de la Convención presentados por España en virtud del art. 35 CNY. Todo esto, ya lo adelanto, para llegar a la conclusión de la inaplazable necesidad de reformar el Derecho civil y procesal español para adaptarlo al contenido del art. 12 de la Convención.

#### 1. EL SISTEMA VIGENTE EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

En nuestro país, los derechos y garantías de las personas con discapacidad vienen recogidos en la Constitución de 1978. El art. 14 CE proclama la *igualdad* de todos los españoles ante la ley, *"sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"* (41), y el art. 9.2 CE establece que *"corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"*. A su vez, el art. 10.1 CE, que abre el Título I *"De los derechos y deberes fundamentales"*, establece la *"dignidad de la persona"* como fundamento del orden político y de la paz social; y el art. 49 CE, dentro del Capítulo Tercero del Título I dedicado a los principios rectores de la política social y económica, refiriéndose expresamente a las personas con discapacidad, señala que *"los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada"*

que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos". De los citados preceptos constitucionales se llega a la conclusión de que todas las personas son titulares de los derechos fundamentales, por lo que nadie puede poner seriamente en duda que las personas con discapacidad poseen idénticos derechos fundamentales que el resto de sus conciudadanos. El problema no está, pues, en la *titularidad* de los derechos, sino en su *ejercicio*, es decir, en lo que en nuestro ordenamiento se conoce como "capacidad de obrar", puesto que esta "capacidad de ejercicio de los derechos" sí puede verse reducida o limitada judicialmente *por razones de discapacidad* en la medida en que sea necesario para la protección de la persona (42).

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídicoprivado se distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La *capacidad jurídica* es una cualidad esencial de la persona consistente en la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones, y coincide con la personalidad que, en nuestro Derecho, se adquiere con el nacimiento. El art. 29 CC establece que "*el nacimiento determina la personalidad*", y, según el art. 30 CC, "*la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*". Así, toda persona, por el hecho de serlo, tiene capacidad jurídica, es decir, es un ser capaz de derechos y obligaciones, y mantiene su capacidad jurídica inalterable, no sujeta a modificaciones o graduaciones, hasta que se muere, momento en que la personalidad civil se extingue ex art. 32 CC. La *capacidad de obrar*, en cambio, es la cualidad jurídica de la persona consistente en la aptitud o idoneidad para ejercer derechos y asumir obligaciones, o, en otros términos, para realizar eficazmente actos jurídicos. La capacidad de obrar puede ser plena o encontrarse limitada o restringida si la persona no puede realizar por sí misma con plena eficacia actos jurídicos (por ejemplo, por minoría de edad o por incapacitación). Se presume plena desde que la persona alcanza la mayoría de edad, momento que el art. 12 CE y el art. 315 CC fijan en los dieciocho años cumplidos. En esta línea, el art. 322 CC señala que "*el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código*". No obstante, esta presunción de plena capacidad de obrar del mayor de edad desaparece en caso de que un tribunal declare mediante sentencia su incapacitación ante la falta de aptitud de la persona para gobernarse por sí misma.

Tras la profunda reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, el Código Civil dedica el Título IX del Libro I a la regulación "*De la incapacitación*" (arts. 199 a 201) (43), y el Título X, a la "*De la tutela, la curatela y la guarda de menores o incapacitados*" (arts. 215 a 313). Los arts. 199 y 200 CC prevén la incapacitación o declaración de incapacidad, mediante sentencia judicial, de aquellas personas que no puedan gobernarse por sí mismas a causa de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico. Y el art. 201 CC contempla la posibilidad de incapacitar a los menores de edad cuando concurra en ellos causa de incapacitación ex art. 200 CC y se prevea razonablemente que dicha causa persistirá después de la mayoría de edad. Nótese que para incapacitar o limitar la capacidad de obrar de una persona es insuficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico, lo determinante es que tal enfermedad le impida gobernarse por sí misma, esto es, que por causa de la enfermedad que padece pueda concluirse que no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media.

Por su parte, los arts. 215 y ss. CC regulan las instituciones de guarda y protección de la persona y/o bienes de los menores o incapacitados (44). Según el art. 215 CC, "*la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1. La tutela. 2. La curatela. 3. El defensor judicial*". Y, según previene el art. 216 CC, "*Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*" (45).

Dejando aparte la situación de los menores y centrándonos en los incapacitados, cabe señalar que el Código Civil basa la guarda y protección de los incapacitados sobre dos cargos tuitivos o tutelares fundamentalmente: la *tutela* (arts. 222 a 285) y la *curatela* (arts. 286 a 298). Así, según el art. 222 CC, "*Estarán sujetos a tutela: 2º*

*Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido*". Y, según el art. 287 CC, "(...) *procede 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, por tanto, competencia del juez que declara la incapacidad la determinación de la institución tuitiva, tutela o curatela, a que haya de quedar sometido el incapacitado en función de su grado de discernimiento.

El tutor suplente a la propia persona del incapacitado con su actuación, puesto que es su representante legal, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley –los derechos personalísimos–, o de la sentencia de incapacitación –por ejemplo, el ejercicio del derecho de sufragio activo– (art. 267 CC). El tutor es, además, el administrador legal del patrimonio del tutelado y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia (art. 270 CC). El contenido de la tutela abarca, pues, tanto el cuidado y la atención personal como la administración patrimonial (arts. 269 y 270 CC).

El curador, sin embargo, no suplente a la persona del incapacitado y no puede actuar por él a modo de representante legal, ni tampoco administra su patrimonio. Su labor es asistencial y está limitada a los actos que el juez haya determinado en la sentencia de incapacitación. En esta línea, el art. 289 CC señala que "*la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido*". Y solo en el caso de que la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador "*se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial*" (art. 290 CC), enumerados en el art. 271 CC. Por lo demás, el Código Civil no circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que al amparo de lo previsto en el art. 289 CC podrían atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal del incapacitado, por ejemplo, para el seguimiento de su tratamiento médico. A esta idea responde la jurisprudencia, según la cual "*el curador no suplente la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial, o, en otro caso, ha de entenderse que se extiende a los mismos actos en que los tutores precisen previa autorización judicial, conforme dispone el art. 290, en relación al 271 y 272 todos ellos del Código Civil*" (46). En puridad, para distinguir cuándo procede constituir una institución tutelar u otra, tutela o curatela, "*hay que atender a si la sentencia de incapacitación atribuye al guardador legal la representación total o parcial del incapacitado, pues es esta la característica diferencial entre la tutela y la curatela. En el primer caso, aunque la representación tan sólo sea patrimonial, debe constituirse la tutela, aunque sus funciones serán las que se correspondan con la extensión de la incapacidad; mientras que en el segundo caso en que no se atribuye representación, procede constituir la curatela, con independencia de si las funciones asistenciales pertenecen a la esfera patrimonial o personal del incapacitado*" (47).

Otro de los cargos tutelares que establece el art. 215 CC es el *defensor judicial* (arts. 299 a 302 CC), cuyo nombramiento, según dispone el art. 299 CC, está previsto para que represente y ampare los intereses del incapacitado en alguno de los siguientes supuestos: 1) cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre el incapacitado y el tutor o curador; 2) cuando, por cualquier causa (por ejemplo, por enfermedad o fallecimiento), el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona para desempeñar el cargo; y 3) en todos los demás casos previstos en el Código. Asimismo, cuando una persona deba ser sometida a tutela o curatela, en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, el Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa. En tal caso, "*cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Secretario judicial podrá designar un defensor judicial que administre los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida*" (art. 299 bis CC).

Para finalizar, los arts. 303, 304 y 306 CC (48) regulan de forma muy escueta la denominada *guarda de hecho*,

esto es, la que efectivamente ejerce quien no tiene ningún nombramiento tutelar ni ningún deber respecto de la persona a la que guarda. El Código Civil no ofrece un concepto de guarda ni de guardador de hecho, ni enumera tampoco las situaciones que comprende. Se limita a contemplar la guarda de hecho como una situación meramente provisional –hasta que se constituya la medida de protección adecuada–, que debe ser vigilada y controlada judicialmente en cuanto la autoridad judicial tenga conocimiento de su existencia (art. 303). Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del presunto incapaz no pueden ser impugnados si redundan en su utilidad (art. 304). Y, al igual que el tutor o curador, el guardador de hecho tiene derecho a ser indemnizado, con cargo a los bienes del tutelado, por los daños y perjuicios sufridos en el ejercicio de su función si no ha existido culpa por su parte (art. 306, que remite al art. 220) (49).

La regulación jurídicoprocesal de la (dis)capacidad está contenida fundamentalmente en el Capítulo II del Título I del Libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dedicado a “*los procesos sobre la capacidad de las personas*” (arts. 756 a 763). Dentro de estos procesos se distinguen dos tipos: los *procesos de incapacitación* y los *procesos de reintegración de la capacidad*. Los primeros tienen como objeto privar total o parcialmente de la capacidad de obrar a una persona en la que concurre una causa de incapacitación ex art. 200 CC, esto es, una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impide gobernarse por sí misma. La declaración judicial por la que se incapacita a una persona lleva como consecuencia inmediata el sometimiento de la misma a la tutela o curatela, según disponga la sentencia que declare la incapacitación. En esta línea, el art. 760.1 LEC establece que “*la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (...)*. Además, si en la demanda de incapacitación se hubiera solicitado expresamente el nombramiento de tutor o curador, la sentencia nombrará “*a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él*” (art. 760.2 LEC). Los segundos, esto es, los procesos de reintegración de la capacidad, regulados en el art. 761 LEC, tienen por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida en caso de que sobrevengan nuevas circunstancias que permitan al incapacitado recuperar total o parcialmente su capacidad de obrar.

Por su parte, la Ley 1/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria contiene la regulación de diversos expedientes que afectan a las personas con capacidad modificada judicialmente, a saber: a) expediente de habilitación para comparecer en juicio y de nombramiento de defensor judicial (arts. 27 a 32); b) expediente relativo a la tutela, la curatela y la guarda de hecho (arts. 43 a 52) (50); c) expediente de protección del patrimonio de las personas con discapacidad (arts. 56 a 58); d) expediente relativo a la autorización del consentimiento en materia de derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (arts. 59 y 60); e) expediente de autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente (arts. 61 a 66); y f) expediente para la adopción de medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (arts. 87 a 89) (51). Todos estos expedientes están atribuidos, por afectar al estado civil de las personas, a los órganos jurisdiccionales y, salvo uno, a los Jueces (52).

Hasta aquí, sucintamente, los rasgos fundamentales de nuestro sistema legal sobre la situación de las personas con discapacidad. Volviendo a la cuestión inicialmente planteada, la de la (in)compatibilidad de la regulación española con los mandatos de la Convención, existen básicamente dos respuestas. La primera, respaldada por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo desde 2009, afirma la compatibilidad de nuestro sistema jurídico con las previsiones de la Convención; la segunda, que cuenta a su favor con el apoyo del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entiende que nuestro sistema jurídico de incapacitación y tutela colisiona frontalmente con los postulados de la Convención y, en consecuencia, propugna la necesidad de reformar el Derecho español (53). Veamos, pues, con más detalle, cada una de estas dos posturas, de la mano del Tribunal Supremo y del Comité de la ONU.

## 2. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Desde la sentencia núm. 282/2009, de 29 de abril, la Sala Primera del Tribunal Supremo siempre ha manifestado que el régimen legal de incapacitación y tutela de nuestro Código Civil es plenamente constitucional y conforme a la Convención de Nueva York, siempre que se interprete como un sistema de protección de la persona afectada por una discapacidad y en función de sus necesidades e intereses. El valor de esta archiconocida sentencia del Tribunal Supremo en materia de capacidad de las personas está en establecer, por primera vez tras la entrada en vigor de la Convención, *“las reglas interpretativas que permitirán compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York, de 2006 y lo establecido en el Código Civil, a partir de la reforma de 1983”* (54).

En el recurso de casación que resuelve esta sentencia (55), el Ministerio Fiscal, quien solicitó la estimación del recurso, señala que *“el principal problema del recurso no es que se hayan o no cumplido los requisitos para la incapacitación de la demandada, sino ver si la interpretación de los artículos 199 y 200 CC son acordes con la Convención...”*. Tras recordar los principios de igualdad y no discriminación que proclama el art. 5 CNY, así como el derecho a la capacidad jurídica que el art. 12 CNY reconoce a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, el Ministerio Fiscal manifiesta 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”*; y añade que *“la figura sustitutiva y vigente más acorde en el derecho español sería la del 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 sea revisable por los tribunales”*. Asimismo, señala que, a la vista de la Convención, *“la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto la priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces”*.

Sin embargo, este planteamiento del Ministerio Fiscal no fue asumido por el Tribunal Supremo que, al contrario, entendió que la normativa española relativa a la incapacitación y la tutela –con su tradicional connotación representativa–, interpretada de conformidad con la Constitución y la Declaración Universal de Derechos Humanos, no es contraria a la Convención de Nueva York, siempre que se adopte como medida de protección de las personas incapaces. En esta línea, el Tribunal Supremo declara que *“una medida de protección como la incapacitación... solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona”*. Rechaza, además, que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el art. 5 CNY y en el art. 14 CE, al tratar de forma distinta a las personas que tienen capacidad para regir su persona y bienes y a aquellas otras que por sus condiciones físicas o psíquicas no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra *“en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código Civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad”*. En todo caso, para que exista compatibilidad con la Convención, el Tribunal Supremo exige que nuestra vigente legislación se interprete a la luz de lo señalado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 174/2002, de 9 octubre, en la que indicaba que: *“la incapacitación total sólo 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”*. Y propone una relectura del sistema de protección establecido en el Código Civil en los siguientes términos: *“1º) 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. Esta es la única posible interpretación del art. 200 CC y del art. 760.1 LEC. 2º) 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”.*

La doctrina de la STS núm. 282/2009, de 29 de abril, ha sido seguida tal cual, por otras posteriores, como pueden ser las SSTS núms. 504/2012, de 17 de julio, 617/2012, de 11 de octubre y 716/2015, de 17 de diciembre. No obstante, hay que reconocer que en otras sentencias, aunque el Tribunal Supremo sigue declarando la compatibilidad de la incapacitación con la Convención, siempre que se adopte como medida de protección de las personas incapaces, se aprecia una paulatina evolución favorable al nuevo paradigma del modelo social de la discapacidad que acoge la Convención de Nueva York. Así, no son pocos los casos en los que el Tribunal Supremo, a la luz de la Convención, ha tratado de interpretar los preceptos del Código Civil de forma flexible estableciendo graduaciones en la incapacitación y decantándose a favor de la curatela –que no supe la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza– como medio para respetar en lo posible la voluntad de la persona afectada y su dignidad reconocida en el art. 10 CE. Es el caso, entre otras, de las SSTS (Sala de lo Civil) núms. 421/2013, de 24 de junio; 337/2014, de 30 de junio; 544/2014, de 20 de octubre; 244/2015, de 13 de mayo; 600/2015, de 4 de noviembre; 298/2017, de 16 de mayo; 530/2017, de 27 de septiembre; 552/2017, de 11 de octubre; 597/2017, de 8 de noviembre; y 118/2018, de 6 de marzo <sup>(56)</sup>.

En efecto, para el Alto Tribunal, el juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación, que puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Como afirma el Tribunal Supremo en la sentencia núm. 341/2014, de 1 de julio, el resultado del juicio sobre la capacidad de una persona debe ser *“un traje a medida”*: *“para ello hay que conocer muy bien la situación de esa concreta 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 representación, para todas o para determinados 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”.*

### 3. LA POSICIÓN DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA VISTA DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR ESPAÑA

El 5 de mayo de 2010, España presentó al Comité el informe inicial sobre la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD/C/ESP/1), en virtud de lo establecido en el art. 35 de la Convención, siendo, por cierto, el primer Estado que presentó su informe.

Centrándonos solo en el art. 12 de la Convención, el Gobierno español declara el (casi) pleno cumplimiento por el Estado español de las obligaciones que para los Estados Partes se derivan de los diversos componentes de este precepto. Así, según su informe, *“hay que afirmar la plena compatibilidad de nuestro ordenamiento jurídico con las previsiones de los apartados 1 y 2 del artículo 12 de la Convención”*. La razón está en que, conforme a nuestro Código Civil, el nacimiento determina la personalidad (art. 29), siempre que se nazca con las condiciones señaladas en el art. 30, y toda persona física tiene capacidad jurídica desde su nacimiento. En consecuencia, las personas con discapacidad tienen reconocida personalidad jurídica e igual capacidad jurídica que las demás personas.

En cuanto a la obligación que impone el apartado 3 del art. 12 CNY, consistente en adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, el Gobierno manifiesta que en nuestra legislación esta obligación queda

cubierta por las instituciones de guarda y protección de la persona y/o bienes del incapacitado reguladas en los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil, a saber: la incapacitación, la tutela, la curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho. El Gobierno explica al Comité que la incapacitación, como instrumento mediante el cual se priva, total o parcialmente, a una persona física de su capacidad de obrar, solo puede declararse mediante sentencia en virtud de las causas establecidas en la ley (art. 199 CC), y que estas causas son las enfermedades y deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (art. 200 CC); y subraya que para incapacitar o limitar la capacidad de obrar de una persona es insuficiente que padezca enfermedad persistente de carácter físico o psíquico, lo determinante es la concurrencia del segundo requisito, es decir, que tal enfermedad impida a la persona gobernarse por sí misma.

Por otra parte, el Gobierno afirma que las salvaguardias de las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica exigidas en el apartado 4 del art. 12 CNY subyacen en nuestra legislación en los siguientes términos: 1) el *respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona* está recogido básicamente en el art. 268 CC, en cuanto obliga a los tutores a ejercer su cargo “*de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica*”; 2) la *inexistencia de conflicto de intereses* está prevenida, por un lado, en el art. 244.4 CC, al establecer que no pueden ser tutores “*los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración*”, y, por otro lado, en el art. 247 CC, que establece que “*serán removidos de la tutela los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados*”. Ambos preceptos son extensivos al curador y al defensor judicial. Además, el art. 299 CC prevé el nombramiento de un defensor judicial que represente y ampare los intereses del incapacitado “*cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador*”. Y, finalmente, el art. 221.2 CC prohíbe a quien desempeñe un cargo tutelar “*representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses*”; 3) la salvaguardia de *inexistencia de influencia indebida*, aunque no está recogida expresamente en la regulación vigente, puede considerarse implícita en el art. 268 CC, ya expuesto, y en el art. 216 CC, en cuanto exige que las funciones tutelares se ejerzan “*en beneficio del tutelado*” y “*bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*”; 4) la *proporcionalidad y adaptación a las circunstancias de la persona* queda garantizada por el art. 760.1 LEC, en la medida en que establece que “*la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado...*”. Asimismo, de conformidad con lo previsto en los arts. 267, 289 y 290 CC, la sentencia deberá especificar los actos que el incapacitado pueda realizar por sí solo y aquellos en los que necesita la intervención del tutor o la asistencia del curador; 5) en cuanto a la salvaguardia de *aplicación de las medidas en el plazo más corto posible y su revisión periódica por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial*, el Estado informa de que los arts. 756 a 768 LEC regulan el proceso sobre la capacidad de las personas y de que está prevista expresamente la posibilidad de que, tras la sentencia de incapacitación, si sobrevienen nuevas circunstancias, se inste un nuevo proceso para la reintegración de la capacidad o modificación del alcance de la incapacitación ya establecida (art. 761 LEC). No obstante, reconoce que en nuestra legislación no se contempla la revisión periódica ni de oficio de estas medidas; y 6) finalmente, el mandato de que *las salvaguardias sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas* está implícito en la exigencia de proporcionalidad de las medidas. No obstante todo lo anterior, el Gobierno informa de que para el cumplimiento completo del apartado 4 del art. 12 CNY, así como una mejor adaptación al espíritu y a la terminología de la Convención, se está trabajando en la redacción de un anteproyecto de ley que modificará la legislación civil y procesal en materia de capacidad de las personas (nótese que ya en 2010, fecha del informe inicial de España, se estaba trabajando en la reforma que ahora nos ocupa) (57).

Por último, en relación con las obligaciones que se derivan del apartado 5 del art. 12 CNY, el Gobierno pone en conocimiento del Comité las disposiciones contenidas en el Código Civil relativas a la capacidad de heredar y a

la capacidad de testar que pueden incidir en las personas con discapacidad (básicamente, los arts. 662, 663, 665, 744 y 996). En cuanto a la capacidad de suceder, nuestro Código Civil no prohíbe heredar a los incapacitados judicialmente. Ahora bien, la adquisición de una herencia exige que el heredero acepte la herencia, acto para el que el Código Civil sí exige la plena capacidad de obrar. Por ello, según el Código Civil, habrá que estar a lo que disponga la sentencia de incapacitación, y si no dispusiese lo contrario, se entenderá que permite al incapacitado aceptar la herencia con la asistencia del curador o, en su caso, al tutor como representante legal del incapacitado y administrador de su patrimonio. Y, en cuanto a la capacidad de testar, no todas las personas incapacitadas judicialmente tienen prohibido testar. Puede ocurrir que la sentencia haya establecido una prohibición al respecto o puede ocurrir que no diga nada, en cuyo caso se permitirá al incapacitado testar en las condiciones del artículo 665 CC, según el cual *“el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”*.

Pues bien, el Comité examinó el informe inicial de España en sus sesiones 56ª y 57ª, celebradas el 20 de septiembre de 2011, y aprobó las observaciones finales en su 62ª sesión, celebrada el 23 de septiembre de 2011 (CRPD/C/ESP/CO/1) (58). En sus observaciones finales, el Comité felicita al Estado español por los progresos hechos en muchos sectores relacionados con los derechos de las personas con discapacidad, en particular, por la aprobación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pero también expresa sus principales motivos de preocupación en relación con cada uno de los derechos de la Convención y formula recomendaciones al respecto. Así, en relación con el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12 CNY), *“el Comité observa que la Ley 26/2011 establece el plazo de un año desde su entrada en vigor para la presentación de un proyecto de ley que regule el alcance y la interpretación del artículo 12 de la Convención. Preocupa al Comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica”*. Y recomienda a España *“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 una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes”*.

Posteriormente, tal y como ya adelantábamos al examinar el art. 12 CNY, el Comité, a la vista de los informes iniciales de distintos Estados Partes examinados hasta la fecha –entre ellos, el español–, observó que no se había comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas, y aprobó la Observación general N° 1 (2014) con el objeto de poner claridad sobre el contenido normativo del art. 12 y el alcance exacto de las obligaciones generales que se derivan del mismo. El Comité observa que la capacidad jurídica que el apartado 2 del art. 12 CNY reconoce a las personas con discapacidad comprende tanto la capacidad de ser titular de derechos como la capacidad para ejercerlos (capacidad de obrar, en nuestro ordenamiento), de modo que los Estados Partes no deben negar a las personas con discapacidad ninguna de las dos dimensiones o facetas de la capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para que puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida. El Comité reafirma que el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica, que incluye la de obrar, ni ninguno de los derechos establecidos en el art. 12 CNY, e insta a los Estados Partes a que examinen de manera holística todas las esferas de su legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas. Los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela plena, la interdicción judicial y la tutela parcial, deben ser abolidos, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.

En esta misma línea, en las observaciones finales sobre el informe inicial de la Unión Europea

(CRPD/C/EU/1) (59), aprobadas en 2015, el Comité “*observa con profunda preocupación que en toda la Unión Europea hay un gran número de personas con discapacidad cuya plena capacidad jurídica está restringida*”, y “*recomienda que la Unión Europea adopte las medidas apropiadas para que todas las personas con discapacidad que se han visto privadas de su capacidad jurídica puedan ejercer todos los derechos consagrados en la legislación y los tratados de la Unión Europea, como el acceso a la justicia y el acceso a otros bienes y servicios, incluidos los servicios bancarios, el empleo y la atención de la salud, el derecho al voto y los derechos de los consumidores, de conformidad con la Convención, como se indica en su observación general núm. 1 (2014) sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley. El Comité también recomienda que la Unión Europea intensifique sus esfuerzos destinados a fomentar la investigación, la reunión de datos y el intercambio de buenas prácticas relativas al apoyo para la adopción de decisiones, en consulta con organizaciones que representan a las personas con discapacidad*”.

Finalmente, en 2019, en las observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España (CRPD/C/ESP/23) (60), el Comité manifiesta exactamente la misma preocupación que ya expresó en 2011 en relación con el informe inicial, y formula idéntica recomendación. Al Comité le inquieta “*que el Código Civil del Estado parte contemple la privación de la capacidad jurídica de la persona por motivo de discapacidad, y que mantenga la sustitución en la adopción de decisiones*”; y, recomienda, recordando su Observación General núm. 1 (2014), “*que el Estado parte derogue todas las disposiciones jurídicas discriminatorias, al objeto de abolir completamente los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, reconozca la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, e implante mecanismos para la adopción de decisiones con apoyos que respeten la dignidad, la autonomía, el deseo y las preferencias de las personas con discapacidad*”.

#### 4. LA NECESIDAD DE MODIFICAR EL DERECHO CIVIL Y PROCESAL ESPAÑOL PARA ADAPTARLO AL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN

Desde la entrada en vigor de la Convención, el legislador español ha realizado esfuerzos importantes en la adaptación de la normativa interna a los principios y postulados de la Convención, en cumplimiento de la obligación que el art. 4 CNY impone a todos los Estados Partes de “*adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención*” (apdo. 1, letra a) (61). La reforma del ordenamiento jurídico se inició con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, llamada precisamente “de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, que modificó más de una decena de leyes de nuestro Derecho interno para acomodarlas a las directrices marcadas por la Convención, y con el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, que desarrolló la Ley 26/2011. El proceso de adaptación normativa continuó con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, dando así cumplimiento al mandato de la disposición final segunda de la Ley 26/2011 (62). A estas normas hay que sumar la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, para, entre otras cosas, adecuar sus normas al lenguaje de la Convención, sustituyendo lo términos “minusvalía” e “incapaces” por los de “discapacidad” y “persona con discapacidad necesitada de una especial protección”; la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones; la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1999, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación sin exclusiones de las personas con discapacidad en este tribunal; y, finalmente, la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

Sin dejar de encomiar este esfuerzo legislativo, hay que reconocer que, hasta el momento, España no había afrontado la reforma legislativa más importante, la adaptación de la legislación española a los requerimientos del

art. 12 de la Convención para hacer efectivo el reconocimiento de la personalidad y la capacidad jurídica – incluida la capacidad de obrar– de las personas con discapacidad. Ante este vacío, como ya hemos visto, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha tratado de interpretar los preceptos del Código Civil de forma flexible estableciendo graduaciones en la incapacidad y decantándose a favor de la curatela que, a diferencia de la tutela, no sustituye la voluntad del incapaz, sino que la complementa y refuerza. No obstante, las soluciones jurisprudenciales de “trajes a medida” (según la terminología de la STS núm. 341/2014, de 1 de julio) buscadas para adecuar la literalidad de la ley a las exigencias de la Convención han sido medidas transitorias y provisionales, en tanto que el legislador no procediera a la reforma legislativa de las instituciones civiles correspondientes. El propio Tribunal Supremo, en la ya comentada sentencia núm. 282/2009, reconocía que era necesaria una reforma expresa de la legislación civil y procesal al decir que “(...) *el Derecho español, en aplicación de lo establecido en el Art. 49 CE, ha tomado la iniciativa en la protección de este grupo de personas que por sus características personales pueden sufrir una serie de limitaciones en su integración social y ello se ha realizado tanto en el campo del Derecho civil, como en el ámbito del bienestar social. Cuál deba ser la forma de identificar la situación jurídica de estas personas no pertenece a este Tribunal decidirlo; será el poder legislativo quien va a tener que fijar las normas para su nominación, porque esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las instituciones de protección*” (63).

El legislador español, por su parte, también es consciente desde hace muchos años de la necesidad de abordar la reforma legislativa de adaptación al art. 12 de la Convención, por la que se sustituya el sistema jurídico actual, que permite privar de capacidad de obrar a las personas con discapacidad, lo que es claramente incompatible con la Convención, por un sistema en el que, sin privar ni modificar su capacidad de obrar, que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede negarse ni modificarse, se les proporcionen los apoyos que necesiten para que puedan ejercer su capacidad jurídica en igual de condiciones que las demás, capacitados o discapacitados. Ello lo confirma la Disposición adicional séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, que establecía que “*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 normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen*”. E incluso ya antes, la Disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo (64), preveía que “*el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006*”.

Sin embargo, ninguno de estos dos mandatos se cumplió en plazo. Y no ha sido hasta este año 2020 cuando el Gobierno ha aprobado el “*Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*”, para adecuar, por fin, la legislación española al contenido normativo del art. 12 CNY, culminándose así el proceso adaptativo del ordenamiento interno a los principios y postulados de la Convención.

#### **IV. EL PROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA**

Como ya indiqué en la introducción, el objeto principal de este capítulo lo constituye el análisis de *la reforma de*

*la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, a la luz del Proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros el pasado día 7 de julio. No obstante, al igual que para llegar hasta aquí ha sido necesario examinar, de un lado, la Convención de Nueva York –en particular, su art. 12– y, de otro, el sistema jurídico español vigente en materia de (in) capacidad y tutela, lo que nos ha permitido comprobar de primera mano la incompatibilidad de nuestro sistema con el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica –y de obrar– de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás del art. 12 CNY y defender desde estas páginas la ya innegable necesidad de reformar el Derecho civil y procesal español para adaptarlo a los principios y postulados de la Convención; de mismo modo, llegados a este punto, considero conveniente, antes de pasar a examinar la reforma procesal, hacer una referencia a la reforma que se proyecta de la legislación civil y, en particular, a las modificaciones esenciales que se introducen en el Libro I del Código Civil, pues en palabras del prelegislador, “la reforma que el artículo segundo introduce en el Código Civil (...) sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal” (Exposición de Motivos, apdo. III, párr. 1).*

## 1. BREVE REFERENCIA A LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

Dentro del Código Civil, la materia que nos ocupa se reubica en los Títulos XI y XIII del Libro I, lo que obliga a reordenar la materia de la minoría de edad, la mayoría de edad y la emancipación. Así, el Título IX, dedicado hasta el momento a la incapacitación, pasa a regular “*la tutela y la guarda de menores*”; el Título X, dedicado actualmente a la tutela, la curatela y la guarda de menores o incapacitados, se destina a regular “*la mayor edad y la emancipación*”; el Título XI, que regula ahora la mayor edad y emancipación, pasa a regular “*las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*”; el Título XII pasa de regular el Registro del estado civil a “*la asistencia en caso de prodigalidad*” (65); se introduce un nuevo Título XIII con “*Disposiciones comunes*”; y, por último, un nuevo Título XIV con el contenido del actual título XII (“*El Registro del estado civil*”).

Centrándonos exclusivamente en la materia que nos ocupa, el nuevo sistema civil de protección de las personas con discapacidad se caracteriza por: i) la supresión del estado civil de incapacitado; ii) la superación de las tradicionales diferencias entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con las personas con discapacidad; iii) la desaparición de la tutela, en la medida en que está asociada a la incapacitación total y a la sustitución y representación del incapaz; y iv) una nueva regulación de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, con la que se dota de una nueva configuración a la institución de la curatela.

La tutela, con su tradicional connotación representativa, queda reservada en exclusiva para los menores no emancipados en situación de desamparo o no sujetos a la patria potestad. Coherentemente, desaparecen también, además de la tutela, la patria potestad prorrogada de los hijos menores que hubieran sido incapacitados cuando llegasen a la mayoría de edad y la patria potestad rehabilitada de aquellos hijos mayores de edad que fueran incapacitados siendo solteros y viviendo en compañía de sus padres o de uno de ellos, figuras que prevé el vigente art. 171 CC. Como señala el prelegislador en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, se trata de “*figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la*

*mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera” (66).*

La idea central del nuevo sistema es la de “apoyo” a las personas con discapacidad para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica. A la regulación de este sistema de apoyo se dedica íntegramente el Título XI del Libro I del Código Civil (“*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*”). Nótese cómo el prelegislador español hace suyo el lenguaje del art. 12 CNY y distingue entre la “*capacidad jurídica*” y el “*ejercicio de la capacidad jurídica*”, siendo para este último para el que las personas con discapacidad pueden precisar de medidas de apoyo. Con estas medidas de asistencia y apoyo se pretende que las personas con discapacidad puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad. Las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales y ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. Quienes presten el apoyo habrán de actuar siempre atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que lo recibe y procurarán que pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. Solo en casos excepcionales, cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, las instituciones de apoyo podrán asumir funciones representativas; e incluso en ese caso, el representante habrá de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación, para lo que deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores (67).

Se prevén tres instituciones jurídicas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que lo precisen, a saber: *la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial*. La función de estas tres instituciones consistirá en atender, apoyar y asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias. La guarda de hecho es la efectivamente ejercida por una persona, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente. La curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado y su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial atendiendo a las concretas circunstancias de la persona con discapacidad y a sus necesidades de apoyo. Y el nombramiento de defensor judicial procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente, ya sea porque quien haya de prestar el apoyo no pueda hacerlo, ya sea porque exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.

Sin entrar en la regulación de cada una de las instituciones jurídicas de apoyo, tarea que creo preferible dejar a los especialistas del Derecho Civil que han consagrado su atención a la materia específica de la (dis) capacidad, solo me interesa destacar ahora las notas esenciales que definen el nuevo sistema civil de mecanismos de protección (denominados apoyos) de las personas con discapacidad. La nueva regulación otorga absoluta preferencia a las *medidas preventivas*, esto es, a las medidas de apoyo relativas a su persona o bienes que puede tomar el interesado en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, las cuales habrán de prevalecer una vez constatada la necesidad de apoyo. Dentro de las medidas preventivas de naturaleza voluntaria adquieren especial importancia “*los poderes y mandatos preventivos*”, así como la “*autocuratela*”. En esta línea, se prevé expresamente que, en previsión de una futura necesidad de apoyo, el interesado puede otorgar en escritura pública poder preventivo en favor de una persona de su confianza (68), o proponer el nombramiento de una persona determinada para el ejercicio de la función de curador y establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela. La preferencia de la autorregulación sobre la heterorregulación se pone explícitamente de manifiesto en el primero de los preceptos del Título XI dedicado a la discapacidad (art. 249), en el que se dice que “*solo en defecto o insuficiencia*” de las medidas de apoyo *voluntarias* procederán las *legales o judiciales*.

Entre las medidas de apoyo legales o judiciales, conviene destacar el reforzamiento de la *guarda de hecho*, que se convierte en una genuina institución jurídica de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica sin el

revestimiento de una investidura judicial formal, al dejar de ser una situación meramente provisional cuando se manifiesta suficiente y adecuada para la protección de los derechos de la persona con discapacidad. En palabras de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, *“La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea”*. Cuando se requiera al guardador de hecho que acredite la representación de la persona asistida, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial a través de un expediente de jurisdicción voluntaria *ad hoc*, sin que sea preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos.

Pero, sin duda, la figura central del nuevo sistema de apoyos es la *curatela*, cuya finalidad es primordialmente asistencial. La curatela se erige como la institución jurídica de apoyo adecuada para los casos en los que no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad, es decir, medidas de autogobierno, como los poderes y mandatos preventivos, la guarda de hecho y el defensor judicial. La autoridad judicial determinará de manera precisa los actos para los que la persona requiera la intervención del curador, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo. El curador asistirá a la persona que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias; procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones; y fomentará las aptitudes de la persona a la que preste apoyo para que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro. Solo de manera excepcional, en los casos en los que sea preciso, podrán atribuirse al curador funciones representativas, lo que convierte al curador en ese caso en un cuasitutor y a la persona afectada prácticamente en un incapacitado aun sin suprimir su capacidad ni desconocer su posible voluntad, deseos y preferencias y respetando su personalidad. El juez deberá fijar de manera precisa los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad, sin que en ningún caso la sentencia pueda incluir la mera prohibición de derechos. La resolución que constituya la curatela establecerá las medidas de control oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida, sujetando dicha resolución a revisiones periódicas.

Por lo demás, el nuevo Título XIII (*“Disposiciones comunes”*) establece que las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares, medidas de apoyo a personas con discapacidad y asistencia al pródigo habrán de inscribirse en el Registro Civil. Además, cuando las resoluciones judiciales afecten a las facultades de administración y disposición de bienes inmuebles, se inscribirán en el Registro de la Propiedad de conformidad con la legislación registral. Las demandas correspondientes podrán ser objeto de anotación preventiva.

Pues bien, sentado todo lo anterior, cabe afirmar que el nuevo sistema civil que propugna la Ley proyectada se adecua al contenido normativo del art. 12 de la Convención y a la interpretación que del mismo ha realizado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Se cumple así, por tanto, el propósito de la presente reforma anunciado al inicio de la Exposición de motivos del Proyecto de Ley. El prelegislador español, por fin, ha comprendido que, cuando se trata de personas con discapacidad, ya no es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, por cuanto esa distinción no se compadece bien con el reconocimiento de su plena personalidad jurídica, con el respeto de la dignidad inherente a la misma y con el respeto del principio de igualdad en el ejercicio de los derechos sin discriminación por razón de la discapacidad. En esta línea, la nueva regulación, siguiendo los postulados del art. 12 de la Convención, solo habla de “capacidad jurídica” y de “ejercicio de la capacidad jurídica” de las personas con discapacidad; reconoce que las personas con discapacidad tienen plena “capacidad jurídica”, entendida no solo como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones sino también para el ejercicio de dichos derechos y obligaciones; prevé una serie de medidas de apoyo para asistir a las personas con discapacidad que lo precisen en el ejercicio de su capacidad jurídica; y establece salvaguardias adecuadas y proporcionadas para garantizar

el funcionamiento regular de las medidas de apoyo.

Una reforma tan profunda como esta hace que muchas otras instituciones civiles se vean afectadas. Así, son muchas las normas jurídicas que en toda la extensión del Código Civil requieren su adaptación a la nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: normas de Derecho internacional privado; de adquisición de la nacionalidad española; nulidad, separación y divorcio; filiación y patria potestad; posesión; derecho de sucesiones; obligaciones y contratos; régimen económico matrimonial; la capacidad para comprar y vender; arrendamiento; sociedad; mandato; depósito; transacciones; y obligaciones que nacen de culpa o negligencia. Asimismo, la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha obligado también al prelegislador a introducir modificaciones en otras leyes sustantivas al margen del Código Civil, como son la Ley del Notariado; la Ley Hipotecaria; la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; y la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil (69).

## 2. LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL

Una vez expuesto el nuevo régimen jurídicoprivado de protección de las personas con discapacidad que propugna el Proyecto de Ley, resulta más que evidente la necesidad de extender la reforma al ámbito procesal. Es preciso reformar la legislación procesal para adaptarla al nuevo sistema civil y así completar la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico al contenido normativo del art. 12 de la Convención de Nueva York. El abandono de la declaración judicial de incapacidad, incompatible con el pleno reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica –y de obrar– de las personas con discapacidad, y su sustitución por un sistema de medidas judiciales de apoyo para asistir a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, obliga a reemplazar los tradicionales procesos de incapacitación o modificación de la capacidad de obrar por otros dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad; procesos que, en palabras del prelegislador, *“solo puede conducir (se está refiriendo al procedimiento de provisión de apoyos) a una resolución que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni, muchos menos, a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos”*.

Por lo que atañe a la reforma procesal en esta materia, lo más significativo es la opción del prelegislador español por la Jurisdicción Voluntaria, siguiendo la estela ya marcada por las legislaciones de varios países europeos. En efecto, la norma proyectada opta por que la provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se lleve a cabo, como regla, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, regulado expresamente en un nuevo Capítulo III bis (art. 42 bis) que se incorpora al Título I de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, de modo que solamente se acuda al proceso contencioso de adopción de medidas judiciales de apoyo regulado en la LEC (arts. 756 y ss.) cuando alguno de los interesados formule oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria. La opción por el cauce de la jurisdicción voluntaria ha sido avalada por los órganos consultivos que han emitido informe o dictamen sobre el Anteproyecto de Ley, tales como el Consejo Fiscal (70), el Consejo Económico y Social (71) y el Consejo de Estado (72). El objetivo de esta novedad es, según se dice en la memoria de análisis de impacto normativo que acompaña al Anteproyecto, proporcionar una mayor agilidad en la adopción de la resolución judicial que se requiera, facilitar que las personas con discapacidad puedan expresar sus preferencias e intervenir activamente de una forma más efectiva, y hacer que la autoridad judicial solo interese la información precisa, de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad.

Sobre esta opción, es de justicia reconocer que fue BANACLOCHE PALAO (s.e.u.o.) el primero que planteó la Jurisdicción Voluntaria como alternativa al proceso contradictorio de incapacitación cuando no existe controversia entre las partes. En su opinión, en estos casos –que son la mayoría– un expediente de jurisdicción

voluntaria resultaría más adecuado para constituir una incapacitación que la fórmula vigente consistente en configurar el proceso de incapacitación como un juicio contencioso en todo caso, y ello sin merma de garantías ni para el presunto incapaz ni para sus familiares. Y no solo apostó decididamente por la jurisdicción voluntaria sino que, además, realizó una concreta propuesta de regulación del nuevo expediente que habría de ser incorporado como un nuevo Capítulo del Título II de la LJV; propuesta de regulación sobre competencia, legitimación, postulación y procedimiento que es, en esencia, la que ahora recoge el Proyecto de Ley en el nuevo expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (73).

Así las cosas, la Ley proyectada introduce modificaciones importantes tanto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil como en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. En la Ley de Enjuiciamiento Civil se sustituyen los actuales “procesos sobre la capacidad de las personas” (arts. 756 a 763) por los “procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad y sobre declaración de prodigalidad”, y se aprovecha para introducir en la regulación de estos nuevos procesos algunas modificaciones dirigidas a solucionar algunos problemas que se han detectado en la práctica forense y que dan lugar a interpretaciones diferentes entre los tribunales. En la Ley de Jurisdicción Voluntaria se introduce un nuevo expediente “de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad” (art. 42 bis), además de otro “de declaración de prodigalidad” (art. 42 ter), y se realizan las modificaciones necesarias en otros expedientes en materia de personas y de familia para evitar discrepancias.

## 2.1. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil

### 2.1.1. Los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad

El Proyecto de Ley introduce algunas modificaciones en las “disposiciones generales” aplicables a los procesos sobre capacidad, filiación matrimonio y menores (arts. 748 a 755 LEC). La mayoría de ellas son meros cambios terminológicos con el fin de sustituir los términos “incapacitados” y “procesos sobre capacidad” por los de “personas con discapacidad” y “procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad” (74). No obstante, interesa ahora destacar dos modificaciones de mayor calado. La primera es la introducida en el apartado 1 del art. 749 LEC en relación con la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre estado civil. Mientras que, según la redacción actual del precepto, el Ministerio Fiscal, que será siempre parte, “*velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada*”, con la nueva redacción se dice que el Ministerio Fiscal “*velará a lo largo de todo el procedimiento por la salvaguarda de la voluntad, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos, así como por el interés superior del menor*”. Esta modificación, que puede pasar desapercibida, es, sin embargo, importante, pues revela que el prelegislador español ha superado la concepción paternalista que subyace en la expresión “interés superior de la persona afectada” y ha entendido que el principio del “interés superior” no es una salvaguarda que cumpla con el art. 12.4 de la Convención de Nueva York en relación con los adultos; y que el paradigma de la “voluntad y las preferencias” debe reemplazar al del “interés superior” para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás, tal y como declaró el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (75). La segunda modificación que interesa destacar afecta al art. 755 LEC que regula el acceso de las sentencias dictadas en estos procesos a Registros públicos. Mientras que el precepto hoy vigente solo contempla expresamente la comunicación de oficio de estas sentencias a los Registros civiles, el texto que se propone extiende la comunicación “*al Registro de la Propiedad, cuando afecten a las facultades de administración y disposición de bienes inmuebles, y a los Registros de lo Mercantil o de Bienes Muebles cuando resulte procedente*”.

Entrando ya en los hasta ahora denominados “procesos sobre capacidad de las personas” (76), la Ley proyectada modifica la rúbrica del Capítulo II del Título I del Libro IV de la LEC, comprensivo de los arts. 756 a 763, que pasa a ser “*De los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con*

*discapacidad y sobre declaración de prodigalidad*" (77), e introduce modificaciones en todos los artículos de este Capítulo, salvo en el art. 763 que regula el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Sin entrar en el análisis de las modificaciones de carácter formal y de orden terminológico, y de aquellas de carácter estrictamente técnico, merecen especial consideración las siguientes:

### 1º) *Ámbito de aplicación y competencia*

El art. 756 LEC, hasta ahora dedicado a regular la competencia para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad, pasa a regular el *ámbito de aplicación* de los nuevos procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad y sobre declaración de prodigalidad y la *competencia* para conocer de las respectivas demandas.

En cuanto al *ámbito de aplicación*, el apartado 1 del art. 756 LEC establece que *"en los supuestos en los que, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de curador y se haya formulado oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto, la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este Capítulo"*. Dos son, por tanto, los requisitos que han de concurrir para poder acudir a los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad que regula la LEC: 1º) que proceda el nombramiento de curador, de acuerdo con el Código Civil; y 2º) que se haya formulado oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto. El primer requisito excluye del ámbito de aplicación de estos procesos cualesquiera medidas de apoyo distintas de la curatela, y el segundo responde a la decisión del prelegislador, ya comentada, de que la provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se lleve a cabo, de ordinario, mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, y que solo se acuda al proceso contencioso de la LEC en caso de que se haya formulado oposición en aquel.

Aun estando de acuerdo con la opción del prelegislador por la jurisdicción voluntaria como el cauce más adecuado para determinar las medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad cuando no existe oposición, me parece, sin embargo, excesiva la exigencia de tener que pasar por un procedimiento de jurisdicción voluntaria incluso cuando exista contradicción desde el principio, a la espera de que alguno de los interesados formule la augurada oposición, para solo después poder acudir al proceso contencioso de la LEC. Piénsese en aquellos casos en que la contradicción se puede acreditar desde el principio, por ejemplo, porque los hijos de la persona afectada están enfrentados entre sí y discrepan en cuanto a la necesidad de la constitución de la curatela para su progenitor o cuando es la propia persona afectada la que niega la necesidad de los apoyos que otros reclaman para él. En mi opinión, si se acreditase con la demanda la existencia de contradicción entre las partes debería poder tramitarse directamente el proceso contencioso, sin necesidad de pasar previamente por un expediente de jurisdicción voluntaria predestinado desde el principio al fracaso debido a la (pre)existencia de oposición entre las partes. Con el texto proyectado, sin embargo, aun cuando la contradicción quede acreditada con la demanda, el tribunal deberá inadmitirla por inadecuación de procedimiento al no haberse incoado previamente el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria (78).

En cuanto a la *competencia* para conocer de estas demandas, el apartado 3 del art. 756 LEC se la atribuye a *"el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la solicitud y, en su caso, el que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria"*. Esta norma de competencia, tal y como está redactada, no se compece bien con el ámbito de aplicación de estos procesos, puesto que de la locución adverbial *"en su caso"* podría deducirse que no siempre el proceso contencioso ha de venir precedido de un expediente de jurisdicción voluntaria. En efecto, podría entenderse que existen dos normas de competencia distintas en función de que el proceso contencioso haya estado precedido o no por un expediente de jurisdicción voluntaria. En el primer caso, la competencia –funcional– correspondería al Juzgado de Primera Instancia que conoció del previo expediente y, en el segundo, la competencia –objetiva y territorial– vendría atribuida al Juzgado de Primera Instancia del lugar de residencia de la persona con discapacidad. Sin embargo, no creo que esta interpretación sea correcta si, como expresamente dice el apartado 1 del art. 756 LEC, solo es posible

acudir al proceso contencioso previo paso por el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria en el que se haya formulado oposición. Antes bien, creo que el prelegislador lo que ha querido con esta norma, aunque con una redacción un tanto desafortunada, es dejar clara la prevalencia de la competencia territorial sobre la funcional, de modo que si entre el previo expediente frustrado de jurisdicción voluntaria –que se habrá seguido necesariamente ante el Juzgado del lugar de residencia del afectado, de acuerdo con el nuevo art. 42 bis a) 2 LJV– y la incoación del proceso contencioso posterior se hubiese producido un cambio de la residencia habitual de la persona con discapacidad, la competencia para conocer del proceso corresponderá al Juzgado del lugar de la nueva residencia. En otras palabras, el Juzgado que conoció del expediente de jurisdicción voluntaria será también competente para conocer del proceso contencioso, siempre que la persona con discapacidad permanezca residiendo en la misma circunscripción. En caso contrario, la competencia corresponderá al Juzgado de la nueva residencia. En esta línea, el ordinal 5º del art. 52.1 LEC sobre competencia territorial en casos especiales establece que *“en los juicios en que se ejerciten acciones relativas a las medidas judiciales de apoyo de personas con discapacidad o que tengan por objeto la declaración de prodigalidad, será competente el tribunal del lugar de residencia de la persona afectada”*.

Sentado lo anterior, y para evitar confusiones, desde estas páginas se formula una propuesta de modificación del apartado 2 del art. 756 LEC con la redacción siguiente: *“Será competente para conocer de las demandas sobre la adopción de las medidas de apoyo a personas con discapacidad y sobre declaración de prodigalidad el Juez que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria dirigido al efecto, salvo cuando se hubiese producido un cambio de la residencia habitual de la persona a la que se refiera la solicitud, en cuyo caso la competencia corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del lugar de la nueva residencia”*.

Por lo demás, la atribución de competencia al Juez del lugar de residencia de la persona con discapacidad para la que se solicitan los apoyos no supone ninguna novedad; esta es, precisamente, la norma de competencia que rige en los actuales procesos de incapacitación (arts. 52.1.5º y 756 LEC). Se considera que el órgano jurisdiccional geográficamente próximo a la residencia de la persona a la que se refiere la solicitud es el mejor situado para decidir sobre la adopción de las medidas de apoyo solicitadas. En esta elección se mezclan consideraciones de dos tipos: por un lado, la cercanía del tribunal a la fuente de la prueba, lo que facilita las cosas, por ejemplo, a la hora de practicar la preceptiva “entrevista” del juez con la persona con discapacidad; y, por otro lado, de protección de los intereses de la persona con discapacidad, en términos de evitar que tenga que desplazarse fuera del lugar en el que reside; lo que, además, posibilita el acceso efectivo de la persona con discapacidad a la Justicia, de conformidad con el art. 13 de la Convención de Nueva York.

Sí constituye, en cambio, una novedad la previsión contenida en el apartado 4 del art. 756 LEC, según el cual, *“si antes de la celebración de la vista se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a la que se refiera el proceso, se remitirán las actuaciones al Juzgado correspondiente en el estado en que se hallen”*. Con buen criterio, el prelegislador ha entendido que, cuando la persona afectada traslada su residencia de un lugar a otro mientras se encuentra pendiente el proceso de provisión de apoyos, la competencia debe seguirle con el fin de mantener el criterio de la proximidad y así proteger a la persona con discapacidad. Por ello, se prevé expresamente la remisión de actuaciones al Juzgado del lugar de la nueva residencia. El único requisito que se impone es temporal: que aún no se haya celebrado la vista y, por tanto, todavía no se haya practicado prueba; una vez practicas las pruebas, el traslado de la competencia al juzgado del lugar de la nueva residencia perdería todo su sentido. Se trata de una excepción a la regla de la *perpetuatio iurisdictionis* del art. 411 LEC que responde a la más reciente orientación jurisprudencial [vid. AATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 26 de febrero, 11 de junio y 22 de octubre de 2019] (79).

## 2º) Legitimación e intervención procesal

El art. 757 LEC, ahora dedicado exclusivamente a regular la legitimación, se modifica para, entre otras cosas, incluir una norma específica de *intervención* en los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, y de ahí la nueva rúbrica de este precepto: *“Legitimación e intervención procesal”*.

La legitimación activa para instar el proceso de provisión de apoyos se atribuye a las mismas personas que hoy pueden promover el proceso de incapacitación, a saber: la propia persona con discapacidad y sus familiares más allegados –cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, ascendientes, descendientes y hermanos– (apdo. 1). A ellos se añade el Ministerio Fiscal, que deberá promover el proceso cuando no existan las personas mencionadas o estas no hubieran presentado la correspondiente demanda (apdo. 2). La única novedad en materia de legitimación activa consiste en privar de legitimación al cónyuge separado (legalmente o de hecho). Actualmente, el art. 757 LEC reconoce legitimación para promover la declaración de incapacidad al “cónyuge del presunto incapaz”, sin más, por lo que los tribunales, siguiendo la línea marcada desde hace largo tiempo por el Tribunal Supremo, vienen reconociendo legitimación también al cónyuge separado de hecho o legalmente, pues la separación no hace perder la condición de cónyuge; sin embargo, el nuevo art. 757 LEC, a mi juicio con buen criterio, solo atribuye legitimación al cónyuge “no separado de hecho o legalmente”, pues no parece que el cónyuge separado sea persona idónea para promover el proceso de provisión de apoyos, sin perjuicio de su facultad, como la de cualquier persona, para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos determinantes de la necesidad de apoyo respecto de su cónyuge – del que está separado–, para que sea el Fiscal quien, en su caso, inste el procedimiento de adopción de las medidas judiciales de apoyo (80).

Se suprimen del art. 757 LEC los actuales apartados 3 y 4. El primero, faculta a cualquier sujeto para denunciar la situación de incapacidad de una persona al Ministerio Fiscal para que sea este el que, en su caso, promueva la incapacitación; facultad que se convierte en deber para las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conozcan a una persona en quien concurra una causa de incapacitación. El segundo, restringe la legitimación activa para promover la incapacitación de menores de edad, atribuyéndosela en exclusiva a quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (padres o tutores). Realmente, la facultad de cualquier persona para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes, no ya de la incapacitación, sino de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo no ha desaparecido en la nueva regulación; simplemente, se ha sacado esta disposición del art. 757 LEC y se ha incorporado en el art. 42 bis a) LJV, puesto que, tras la reforma, lo que habrá de hacer el Ministerio Fiscal en estos casos será promover el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria. Y, en cuanto a la legitimación para promover el proceso de provisión de apoyos respecto de menores, habrá que estar a lo dispuesto en el nuevo art. 252 CC, según el cual *“cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán en todo caso dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias”*. Nótese que esta norma confiere la legitimación activa no solo a padres y tutores, sino también al propio menor afectado (que deberá tener al menos 16 años) y al Ministerio Fiscal.

Sin duda, las dos modificaciones más importantes que se introducen en el art. 757 LEC son las que se recogen en los apartados 4 y 5 del texto proyectado, con las que el prelegislador da respuesta a situaciones que estaban originando prácticas diversas en los tribunales. El apartado 4 dice que *“cuando con la demanda se solicite el inicio del procedimiento de provisión de apoyos, las medidas de apoyo correspondientes y un curador determinado, se le dará a este traslado de aquella a fin de que pueda alegar lo que considere conveniente sobre dicha cuestión”*. Se prevé, pues, la presentación de alegaciones por parte de quien en la demanda haya sido propuesto como curador para asistir a la persona con discapacidad, lo que posibilita contar con más datos acerca de su disponibilidad e idoneidad para el adecuado desempeño de su función. Es posible que para la persona propuesta como curador en la demanda el ejercicio de la curatela resulte excesivamente gravoso o entrañe grave dificultad (por ejemplo, por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales), por lo que resulta conveniente oírle antes de proceder a su nombramiento, y así evitar que alegue causa de excusa por estos motivos una vez ya nombrado, de acuerdo con el nuevo art. 279 CC.

Por su parte, el apartado 5 incluye una norma específica de intervención voluntaria adhesiva en los procesos sobre adopción de medidas judiciales de apoyo ya iniciados, según la cual *“las personas legitimadas para instar el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo o que acrediten un interés legítimo podrán intervenir a su costa en el ya iniciado, con los efectos previstos en el artículo 13”*. Esta norma de intervención procesal debe valorarse muy positivamente. Con ella se pretende evitar, tal y como se reconoce en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley (apartado V) *“que se generen situaciones de desigualdad entre los familiares de la persona afectada, como sucedía con anterioridad, donde unos podían actuar con plenitud en el proceso dada su condición de parte y otros, en cambio, solo podían ser oídos en fase de prueba”*. En efecto, actualmente, en los procesos de incapacitación, donde la salvaguarda del interés superior de la persona afectada está garantizada con la intervención del Ministerio Fiscal, la mayoría de los juzgados son reacios a admitir la intervención procesal de familiares del presunto incapaz distintos del promotor o promotores del proceso al amparo de la disposición general de intervención procesal del art. 13 LEC (81). De ahí que, mientras que los familiares demandantes pueden actuar con plenitud de derechos, dada su condición o estatus de partes procesales, los demás familiares quedan relegados al trámite de audiencia a los parientes del presunto incapaz, como simples sujetos o fuentes de prueba. Esta nueva norma, sin embargo, autoriza expresamente la intervención de terceros en estos procesos, con los efectos del art. 13 LEC, y no solo de aquellos sujetos a los que la Ley legitima para promover el proceso y que, por las razones que sean, no lo hicieron, sino también de aquellos otros que no estando legitimados conforme a la Ley para instar el proceso de provisión de apoyos acrediten, sin embargo, la existencia de un interés legítimo (familiar, moral o, incluso, institucional, diría yo) (82). Admitida la intervención del tercero, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte a todos los efectos y podrá formular las alegaciones que considere necesarias y que no hubiera efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores ex art. 13 LEC.

### 3º) Certificación registral y personación del demandado

El art. 758 LEC, ahora dedicado solamente a regular la personación del demandado, se modifica para incluir en él una disposición específica relativa a la necesidad de recabar certificación registral sobre eventuales medidas de apoyo inscritas, con el fin de respetar la voluntad de la persona afectada. Así, el art. 758 LEC pasa a tener un primer apartado con la siguiente redacción: *“Admitida la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia recabará certificación del Registro Civil y demás Registros Públicos sobre las medidas de protección inscritas”*. Recuérdese que, según lo establecido, en los proyectados arts. 249 y 253 CC, solo en defecto o por insuficiencia de medidas de apoyo voluntarias puede el juez adoptar otras supletorias o complementarias.

En cuanto a la personación del demandado, se mantiene, aunque con una nueva redacción, el contenido esencial del actual art. 758 LEC. El nuevo apartado 2 de este precepto dice así: *“Una vez notificada la demanda por medio de remisión o entrega, o por edictos cuando la persona afectada no hubiera podido ser notificado personalmente, si transcurrido el plazo previsto para la contestación a la demanda la persona interesada no compareciera ante el Juzgado con su propia defensa y representación, el Letrado de la Administración de Justicia procederá a designarle un defensor judicial, a no ser que ya estuviese nombrado o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal por no ser el promotor del procedimiento. A continuación, se le dará a este un nuevo plazo de veinte días para que conteste a la demanda si lo considera procedente”*. Y continúa diciendo en párrafo aparte: *“En la medida en que, por las circunstancias del caso, resulte posible, el Letrado de la Administración de Justicia llevará a cabo las actuaciones necesarias para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del procedimiento”*. Con esta norma se evita la declaración de rebeldía procesal de la persona con discapacidad que ha sido demandada y se garantiza que exista alguien que defienda en el proceso los intereses de la persona que precise de medidas de apoyo, ya sea su propio Abogado y Procurador, ya sea un defensor judicial o el Ministerio Fiscal. No obstante, comparto la opinión manifestada por el Consejo Fiscal en su informe al Anteproyecto de Ley, de que el defensor judicial debería comparecer con Abogado y Procurador para evitar lo que en la práctica sucede en los juicios verbales en los que el Ministerio Fiscal actúa como demandante: comparece el defensor judicial, nombrado como establece la Ley de Jurisdicción Voluntaria entre familiares y allegados y lo hace sin postulación profesional, con la

indefensión que ello puede producir a la persona con discapacidad. Además, como enseguida se verá, la necesaria actuación del defensor judicial por medio de Abogado y Procurador sí está prevista, en cambio, en el art. 42 bis a) 4 LJV para el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo, lo que parece indicar que la omisión del art. 758.2 LEC en este sentido no es más que un mero lapsus del prelegislador. Por lo demás, aunque este precepto garantice la defensa de la persona con discapacidad, tampoco puede dejar de advertirse acerca de la necesidad de que la persona con discapacidad demandada comparezca personalmente en el procedimiento por cuanto con él han de entenderse los trámites de la entrevista, de las audiencias preceptivas y de la emisión de los informes facultativos y aquellos que fueren pertinentes, tal y como señaló el CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley (83).

#### 4º) Pruebas preceptivas en primera y segunda instancia

Se modifica la rúbrica del art 759 LEC que pasa de ser “*pruebas y audiencias preceptivas en los procesos de incapacitación*” a “*pruebas preceptivas en primera y segunda instancia*” y se reordena el nuevo texto. La Ley proyectada mantiene en esencia las especialidades probatorias propias de los actuales procesos de incapacitación. El apartado 1 del art. 759 LEC prevé que el tribunal, además de las pruebas que soliciten las partes o acuerde el tribunal de oficio ex art. 752 LEC, practicará tres pruebas: 1ª) la entrevista con la persona con discapacidad, que sustituye al actual examen por el juez del presunto incapaz; 2ª) la audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable y a los parientes más próximos de la persona con discapacidad; y 3ª) la emisión de un dictamen pericial realizado por un perito designado por el tribunal, sin el cual no podrá decidir sobre las medidas que deben adoptarse. En este primer apartado, además de usarse un lenguaje más adecuado y respetuoso con las personas con discapacidad, de modo que ya no se habla de “examinar” a la persona con discapacidad sino de “entrevistarse” con ella, la reforma consiste básicamente en incluir expresamente al cónyuge *no separado de hecho o legalmente* o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable entre las personas a la que el tribunal preceptivamente dará audiencia (84), y en establecer que para la emisión del dictamen pericial el tribunal contará con profesionales especializados de los ámbitos jurídico, social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso. Sobre este particular, el prelegislador declara en la Exposición de Motivos que “*el proceso debe alejarse del esquema tradicional para pasar a orientarse hacia un sistema de colaboración interprofesional o ‘de mesa redonda’, con profesionales especializados de los ámbitos jurídico, asistencial y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso*” (apdo. V).

Pero, sin duda, la novedad más importante en materia probatoria está en el nuevo apartado 2 del art. 759 LEC, según el cual “*en los casos en que la demanda haya sido presentada por la propia persona con discapacidad, el Tribunal podrá, previa solicitud de esta y de forma excepcional, no practicar las audiencias preceptivas, si así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad*”. Esta previsión tiene en cuenta que, en algunos casos, las audiencias preceptivas a los parientes pueden invadir la privacidad de la persona con discapacidad, al dar a conocer a su familia datos que prefiere mantener reservados. No obstante, hay que celebrar que esta posibilidad de prescindir de las audiencias preceptivas se haya concebido con carácter excepcional, tal y como sugirió el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de Ley, tras la debida ponderación del derecho a la intimidad de la persona afectada y el derecho a la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos, en garantía de la cual se configura el trámite de audiencia.

Por su parte, el apartado 3 del proyectado art. 759 LEC –que se corresponde con el actual apartado 2– establece que, en caso de que en la demanda no se hubiese propuesto un curador determinado, el tribunal oír sobre esta cuestión a la persona con discapacidad, salvo que no sea posible conocer su voluntad y preferencias, a su cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, a sus parientes más próximos y a las demás personas que considere oportuno. No obstante, el tribunal podrá prescindir de estas audiencias preceptivas en los mismos términos que en el supuesto anterior. Finalmente, el apartado 4 regula la prueba en segunda instancia en el mismo sentido que lo hace el actual apartado 3: “*si la sentencia que decida sobre las medidas de apoyo es apelada, se ordenará de oficio en la*

*segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo*"; ello porque la intermediación en estos procesos es especialmente importante para facilitar el acierto de las resoluciones.

## 5º) Sentencia

Se modifica también el art. 760 LEC relativo al contenido de la sentencia. El apartado 1 del nuevo art. 760 LEC establece que *“las medidas que adopte el juez en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en los artículos 268 y siguientes del Código Civil”*. Este precepto, a diferencia del vigente art. 760 LEC que establece expresamente cuál ha de ser el contenido de la sentencia que declare la incapacitación, remite el contenido de la sentencia –que en ningún caso ya declarará la incapacitación– a lo establecido en las normas del Código Civil que regulan la curatela, *“al considerarse una cuestión más de derecho sustantivo que procesal”*, según dice el propio prelegislador en la Exposición de Motivos (apdo. V). De acuerdo con lo previsto en los arts. 268 y ss. CC, la sentencia constitutiva de la curatela procederá al nombramiento del curador y determinará de manera precisa los actos para los que la persona requiera la intervención del curador, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo. Excepcionalmente, solo en los casos en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, el tribunal fijará en la sentencia los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad, pero sin que en ningún caso la sentencia pueda incluir la mera prohibición de derechos. Asimismo, el tribunal podrá establecer en la sentencia que constituya la curatela –o en otra resolución posterior– las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, y para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida, así como fijar un plazo determinado para la revisión de las medidas de apoyo contenidas en la sentencia.

## 6º) Revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas

El art. 761 LEC experimenta una profunda reforma. Dedicado hasta ahora a regular el proceso de reintegración total o parcial de la capacidad de la obrar, pasa a regular el proceso de *“revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas”*. Según el apartado 1 del nuevo precepto, *“las medidas contenidas en la sentencia dictada serán revisadas en el plazo en que en ella se disponga y, en todo caso, en el plazo máximo de tres años, debiendo seguirse los trámites previstos a tal efecto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria”*. En esta misma línea, el nuevo art. 268 CC establece que *“las medidas de apoyo adoptadas serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años y, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas”*. La revisión periódica de oficio de las medidas de apoyo adoptadas en la sentencia, con vistas a su posible modificación o supresión, es una de las novedades de la nueva regulación que hay que celebrar. Con esta reforma, nuestra legislación se adapta, por fin, a lo previsto en el art. 12.4 de la Convención de Nueva York que establece la revisión periódica de las medidas adoptadas como una de las salvaguardias esenciales con que debe contar un sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. No obstante, no se puede dejar de reconocer que esta revisión trianual de oficio va a suponer una importante carga adicional para jueces y fiscales, por lo que quizás debería ampliarse el plazo de tres años, teniendo en cuenta, además, la amplia legitimación que se concede para promover en cualquier momento la revisión de las medidas.

En cuanto al procedimiento de revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas, el prelegislador opta, de nuevo, por un expediente de jurisdicción voluntaria *ad hoc*, regulado en el nuevo art. 42 bis c) de la LJV, de modo que solo se podrá instar el correspondiente proceso contencioso en caso de que alguno de los interesados haya formulado oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria. El proceso contencioso de revisión de medidas se tramitará conforme a lo previsto en la LEC para el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo, pudiendo promoverlo, además de las personas mencionadas en el art. 757.1 LEC, el curador de la persona afectada.

El Proyecto de Ley extiende la necesidad de revisión judicial de las medidas a las acordadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley para adaptarlas a esta. Así, según dispone la Disposición transitoria cuarta, las personas con capacidad modificada judicialmente, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento la revisión judicial de las medidas que se hubiesen adoptado con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley para adaptarlas a esta. En todo caso, los tutores o curadores, con la primera presentación del informe y rendición de cuentas anual posterior a la entrada en vigor de esta Ley, solicitarán la revisión judicial de la situación actual de las personas a su cargo, para adaptarla a la presente Ley. El Juez deberá efectuar dicha revisión en un plazo máximo de dos años desde que tuvo lugar la solicitud. En el caso de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, la revisión se efectuará en el plazo máximo de dos años desde la entrada en vigor de la presente Ley.

## 7º) Medidas cautelares

El art. 762 LEC relativo a la adopción de medidas cautelares apenas sufre modificaciones, dejando a salvo los necesarios ajustes en su redacción para adaptarlo a los nuevos procesos de provisión de apoyos. Así, el apartado 1 del precepto proyectado dispone que *“cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, adoptará de oficio las que estime necesarias para la adecuada protección de aquella o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria”*. Y el apartado 2 dice que *“el Ministerio Fiscal podrá también, en las mismas circunstancias, solicitar del Tribunal la inmediata adopción de las medidas de apoyo a que se refiere el apartado anterior. Tales medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento”*. Por su parte, el apartado 4, que se corresponde con el actual apartado 3, prevé que las medidas cautelares, *“siempre que la urgencia de la situación no lo impida”*, se acuerden previa audiencia de la persona con discapacidad, de acuerdo con lo previsto en los arts. 734, 735 y 736 LEC (85).

### 2.1.2. Otras modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Al margen de las modificaciones introducidas en los arts. 756 a 762 LEC que regulan los nuevos procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, el Proyecto de Ley modifica también otros preceptos de la LEC. Básicamente, estas otras modificaciones afectan a los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad, a los procesos matrimoniales en los que haya hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, y al procedimiento de división judicial de la herencia. La mayoría de estas modificaciones son meros ajustes terminológicos, pero otras revisten más importancia. Entre estas, merecen destacarse las siguientes:

Se introduce un nuevo art. 7 bis con la rúbrica *“ajustes para las personas con discapacidad”*, para garantizar la participación en el proceso de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad. Con este fin, se prevé que en los procesos que tengan como parte a personas con discapacidad se realicen, a petición de cualquiera de las partes, del Ministerio Fiscal o de oficio por el Tribunal, las adaptaciones y flexibilizaciones que resulten necesarias en materia cognitiva o sensorial (86).

En los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad se modifica el art. 765.1 LEC en lo que se refiere al ejercicio de las acciones de determinación o de impugnación de la filiación que correspondan al hijo con discapacidad que precise apoyo. Según la nueva redacción de este precepto, si se tratase de persona con discapacidad con medidas judiciales de apoyo que exijan la actuación de curador para su ejercicio, dichas acciones podrán ser ejercitadas por el curador o por el Ministerio Fiscal, indistintamente.

En los procesos matrimoniales se modifica la regla 4ª del art. 770 LEC para establecer como medio de prueba en el proceso contencioso la audiencia de los hijos mayores de edad con discapacidad, cuando se discuta el uso

de la vivienda familiar y la estén usando. Asimismo, se introduce en este precepto una nueva regla 8ª, según la cual, “*en los procesos matrimoniales en los que existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas judiciales de apoyo a una persona con discapacidad*”.

Por lo demás, cabe señalar que en algunas de estas otras modificaciones de la LEC se observa claramente la voluntad de sustituir el principio del “interés superior”, que queda reservado para los menores, por el de la “voluntad y las preferencias” de la persona con discapacidad. Como ya se ha expuesto en varias ocasiones en este trabajo, la salvaguardia del “interés superior”, válida para niños o menores, debe reemplazarse por “el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” cuando de adultos con discapacidad se trata.

## 2.2. Modificación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria

Como ya adelantábamos, la reforma de la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica alcanza también a la Ley de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV). La modificación más importante de esta Ley consiste en la incorporación de dos nuevos Capítulos en el Título II, a saber: un Capítulo III bis, dedicado a regular “*el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad*” (art. 42 bis), y un Capítulo III ter dedicado al “*expediente de declaración de prodigalidad*” (art. 42 ter) (87). También se modifican algunos artículos de otros expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas y de familia, aunque, a decir verdad, la mayoría de estas modificaciones son meros cambios terminológicos para sustituir los términos “*personas con capacidad modificada judicialmente*” por “*personas con discapacidad*”.

### 2.2.1. El expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad

Como es bien sabido a estas alturas, la adición de un nuevo “*expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad*” en la LJV (art. 42 bis) responde a la opción legislativa de que, como regla general, las medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad se adopten en el marco de la jurisdicción voluntaria, pudiendo acudir a la jurisdicción contenciosa a tal efecto solo en caso de que alguno de los interesados formule oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria.

#### 1º) Ámbito de aplicación, competencia, legitimación y postulación

El apartado a) del nuevo art. 42 bis LJV se encarga de regular cuatro cuestiones básicas del presente expediente: ámbito de aplicación, tribunal competente, legitimación activa y postulación. En cuanto al *ámbito de aplicación*, este expediente ha de seguirse cuando, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de un curador como medida judicial de apoyo a una persona con discapacidad (apdo. 1).

La *competencia* –objetiva y territorial– se atribuye al “*Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad*”, siendo ambas de carácter no dispositivo, pues el art. 2.2 LJV prohíbe la sumisión –tanto expresa como tácita– respecto de la competencia territorial en materia de jurisdicción voluntaria. Al igual que en el proceso contencioso, en el expediente también se prevé expresamente, como excepción a la regla de la *perpetuatio iurisdictionis* del art. 411 LEC, que si antes de la celebración de la comparecencia se produjese un cambio de residencia habitual de la persona a la que se refiera el expediente, el juzgado que esté conociendo del mismo deberá remitir las actuaciones en el estado en que se hallen al del lugar de la nueva residencia (apdo. 2).

Por lo que se refiere a la *legitimación activa*, en cuanto promoción del expediente, corresponde al “*Ministerio*

*Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes y hermanos*". Los demás sujetos (otros parientes, amigos, vecinos, etc.) están facultados para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo, para que este promueva el presente expediente, pero no están legitimados para promoverlo por sí mismos. Esta facultad se convierte en deber para las autoridades y funcionarios públicos cuando, por razón de sus cargos, conozcan la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona (apdo. 3).

En cuanto a la *postulación*, la persona con discapacidad podrá actuar con su propio Abogado y Procurador, pero si no fuera previsible que proceda a realizar por sí misma tal designación, con la solicitud se pedirá que se le nombre un defensor judicial, quien actuará por medio de Abogado y Procurador (apdo. 4). Nótese que la intervención de Abogado y Procurador en este expediente solo se exige expresamente para la defensa y representación de la persona con discapacidad, por lo que, de acuerdo con la norma general en materia de postulación (art. 3 LJV), que remite a las normas reguladoras de cada expediente, habrá que entender que para el solicitante y los interesados no es preceptiva la actuación de estos profesionales, sin perjuicio de que si lo desean podrán actuar asistidas o representadas por Abogado y Procurador, respectivamente.

El art. 42 bis a) LJV termina señalando que, siempre que sea posible, el Letrado de la Administración de Justicia realizará las actuaciones que sean necesarias para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad, y los trámites de este expediente (apdo. 5).

## 2º) Procedimiento

El apartado b) del art. 42 bis LJV regula el procedimiento. El procedimiento que debe seguirse es el común a todos los expedientes de jurisdicción voluntaria. Se inicia mediante solicitud, que debe cumplir los requisitos de contenido del art. 14 LJV, a la que se deben acompañar los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de las medidas de apoyo que se solicitan, así como un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos jurídico, social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resultan idóneas en el caso. Asimismo, en la solicitud se propondrán las pruebas que se consideren pertinentes practicar en la comparecencia (apdo. 1). Admitida la solicitud, el Letrado de la Administración de Justicia convocará a la comparecencia ante el Juez al Ministerio Fiscal, a la persona con discapacidad y, en su caso, a su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes o hermanos. Los interesados podrán proponer en el plazo de cinco días desde la recepción de la citación aquellas pruebas que consideren necesario practicar en la comparecencia. También, se recabará certificación del Registro Civil y demás Registros públicos sobre las medidas de protección inscritas, y el Juez podrá ordenar antes de la comparecencia un dictamen pericial si lo considera necesario atendiendo a las circunstancias del caso (apdo. 2). Posteriormente, en la comparecencia se practicarán las pruebas que hubiesen sido propuestas y acordadas y, en todo caso, se oirá a las personas que hayan comparecido y manifiesten su voluntad de ser oídas, y el Juez se entrevistará con la persona con discapacidad (apdo. 3).

Si la persona con discapacidad, el Ministerio Fiscal o alguno de los interesados formula oposición a la adopción de las medidas de apoyo solicitadas se pondrá fin al expediente, sin perjuicio de que el Juez pueda adoptar cautelarmente las medidas de apoyo personales o patrimoniales que estime convenientes; medidas que podrán mantenerse por un plazo máximo de 30 días, siempre que antes no se haya incoado un proceso contencioso de adopción de medidas judiciales de apoyo (apdo. 4) <sup>(88)</sup>. Nótese que, mientras que la regla en el procedimiento genérico en materia de jurisdicción voluntaria es que la oposición formulada por alguno de los interesados no impide la tramitación del expediente hasta que sea resuelto (art. 17.3 LJV), para el que ahora nos ocupa la Ley establece justo lo contrario, que la oposición de cualquier interesado pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria, pudiéndose entonces –y solo entonces– acudir al proceso contencioso de la LEC. Por último, el apartado 4 *in fine* establece que no se entenderá formulada oposición si esta se refiere exclusivamente al nombramiento como curador de una persona determinada. Con esta última previsión, el prelegislador intenta

evitar la huida al proceso contencioso cuando no existe oposición entre las partes en cuanto a la necesidad de la constitución de la curatela sino solo en cuanto a la designación de la persona concreta que se propone como curador. En estos casos, el prelegislador apuesta por la continuación del expediente, se supone que con la confianza en que, tras la discusión y decisión del asunto, no hará falta posteriormente en la mayoría de las ocasiones tramitar un proceso declarativo contencioso (aunque pueda hacerse).

### 3º) Auto y posterior revisión de las medidas judicialmente acordadas

El apartado c) del art. 42 bis LJV regula el contenido de la resolución que pone fin al expediente y el proceso de revisión de las medidas judicialmente acordadas. Según este artículo, el auto que ponga fin al expediente determinará las concretas medidas que se adopten en apoyo de la persona con discapacidad, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 268 y ss. CC. Estas medidas serán objeto de revisión periódica de oficio en el plazo que se indique el auto y, en todo caso, en el plazo máximo de tres años. No obstante, antes del plazo previsto, cualquiera de las personas legitimadas para promover el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo –las mencionadas en el art. 42 bis a) LJV–, así como el curador de la persona precisada de apoyo, podrá solicitar la revisión de las medidas (apdo.).

La competencia –funcional– para conocer del expediente de revisión corresponde al mismo Juzgado que adoptó las medidas, siempre que la persona con discapacidad continúe residiendo en la misma circunscripción. En caso contrario, la competencia –objetiva y territorial– corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del lugar de la nueva residencia, quien habrá de pedir un testimonio completo del expediente al Juzgado que dictó las medidas, que lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud (apdo. 2). De nuevo, ahora en relación con el proceso de revisión, el prelegislador deja claro que la competencia territorial en favor del Juzgado del lugar de residencia de la persona con discapacidad prevalece sobre la competencia funcional en aquellos casos en que se haya producido un traslado de la residencia.

En relación con la prueba en este expediente de revisión, se prevé que el Juez recabe un dictamen pericial si lo estima conveniente, se entreviste con la persona con discapacidad afectada y ordene las demás actuaciones que considere necesarias. Del resultado de las mismas se dará traslado a la persona con discapacidad, al curador, al Ministerio Fiscal y a los interesados personados en el expediente previo, para que, en el plazo de diez días, aleguen lo que consideren pertinente y aporten la prueba que estimen oportuna. Si alguno de ellos formulara oposición, se pondrá fin al expediente y se podrá instar la revisión de las medidas conforme a lo previsto en la LEC (apdo. 3). Practicada la prueba, el Juez dictará auto con el contenido que proceda en función de las circunstancias concurrentes (apdo. 4).

#### 2.2.2. Otras modificaciones de la Ley de Jurisdicción Voluntaria

Además de las necesarias adaptaciones terminológicas para sustituir la expresión “*persona con capacidad modificada judicialmente*” por “*persona con discapacidad*”, lo que obliga a modificar un número importante de preceptos que regulan los diversos expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas y familia, interesa destacar las siguientes otras modificaciones:

Se modifica el art. 44 LJV, relativo al *ámbito de aplicación del expediente para el nombramiento de tutor* (reservado con la reforma para el menor) o *curador* (para la persona con discapacidad), para establecer que el expediente al que se refiere el art. 45 LJV “*solamente será aplicable a la curatela cuando, tras la tramitación de un proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a una persona con discapacidad, sea procedente el nombramiento de un nuevo curador, en sustitución de otro removido o fallecido*”. Nótese que, aun cuando esta norma menciona expresamente el “proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo”, que es el nombre reservado específicamente al proceso contencioso, en realidad, lo está utilizando en sentido genérico; a lo que se refiere es a que el expediente para el nombramiento de un “nuevo” curador del art. 45 LJV no es el procedimiento adecuado cuando se trata del nombramiento de curador por primera vez, pues en ese

caso habrá que acudir necesariamente al “expediente de provisión de medidas de judiciales de apoyo” del art. 42 bis LJV y, en su caso, es decir, en caso de oposición, al proceso contencioso de adopción de medidas judiciales de apoyo de los arts. 756 y ss. LEC.

Se modifica el art. 51 LJV que regula la *rendición de cuentas del tutor o curador*. Mientras que el precepto vigente prevé la celebración de una comparecencia en todo caso, con la reforma esta comparecencia solo tendrá lugar cuando algún interesado lo solicite, con lo que se evita la proliferación de vistas que en la mayoría de las ocasiones carecen de sentido ante la ausencia de complejidad y oposición a las cuentas presentadas. Se permite, además, que el tribunal ordene de oficio, a costa del patrimonio del tutelado o asistido, una prueba pericial contable o de auditoría si en el informe se describieran operaciones complejas o que requieran una justificación técnica.

Se añade un nuevo art. 51 bis LJV para regular la *extinción de los poderes preventivos*. De acuerdo con este nuevo precepto, cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán solicitar la extinción de los poderes preventivos otorgados por la persona con discapacidad, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas en el art. 278 CC para la remoción del curador. Admitida la solicitud, el Letrado de la Administración de Justicia citará a una comparecencia al solicitante, al apoderado, a la persona con discapacidad y al Ministerio Fiscal. Si alguno de ellos formulara oposición, el expediente se hará contencioso y el Letrado citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto en el juicio verbal.

Se introduce un nuevo apartado 3 en el art. 52 LJV en materia de *guarda de hecho* por el que se establece el deber del guardador de hecho de solicitar autorización judicial para la realización de aquellos actos que requieran acreditar la representación, así como para prestar consentimiento en los actos que impliquen actos de trascendencia personal, a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, de conformidad con lo establecido en el nuevo art. 263 CC. En estos casos, el Juez, antes de tomar una decisión, entrevistará a la persona con discapacidad, podrá solicitar un informe pericial para acreditar la situación en que la persona se encuentra y podrá citar a la comparecencia a cuantas personas considere necesario oír.

Se modifica el apartado 3 del art. 62 LJV sobre *postulación* en el expediente de autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con discapacidad. Mientras que el precepto vigente exige la intervención de Abogado y Procurador siempre que el valor del acto para el que se inste el expediente supere los 6.000 euros, tras la reforma, la intervención de estos profesionales ya no será preceptiva en todos los casos en que la cuantía de la operación supere los 6.000 euros, sino solo cuando así resulte necesario por razones de complejidad de la operación o por la existencia de intereses contrapuestos. Con esta novedad, a mi juicio, acertada, se evita que la persona con discapacidad incurra en gastos de defensa y representación técnicas no suficientemente justificados.

## V. NOTA BIBLIOGRÁFICA

ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (Dir.<sup>a</sup>) y ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. (Coord.<sup>a</sup>), *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

BANACLOCHE PALAO, J., *Los expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria*, 2ª ed., Ed. La Ley, Madrid, 2020.

– “Algunas reflexiones sobre los procesos de incapacitación: cuestiones controvertidas y posible retorno a la Jurisdicción Voluntaria”, *Derecho, Justicia, Universidad, Liber Amicorum* de Andrés de la Oliva Santos (Coords. DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J.), vol. I, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 243274.

- BARIFFI, F.J., *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2014.
- CAMPO IZQUIERDO, A.L., “Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *Actualidad Civil*, N° 9, septiembre 2020.
- CAMPOY CERVERA, I., *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Ediciones Laborum, Murcia, 2017.
- CUENCA GÓMEZ, P., “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, *Derechos y Libertades*, Núm. 24, Época II, enero 2011, pp. 221257.
- “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR*, Núm. 10 (2012), pp. 6194.
- CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos sobre capacidad de las personas*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- DE ASÍS ROIG, R. (Dir.), *La aplicación de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la Unión Europea y en los países que la forman. Especial referencia al empleo, la educación y la accesibilidad*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2017.
- DE PABLO CONTRERAS, P., “Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, coord. YZQUIERDO TOLSADA, Ed. Dykinson, Madrid, Vol. 3, 2009, pp. 555590.
- FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., “Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, n° 23, 2011, pp. 5381.
- GARCÍA CANTERO, G., “Reflexiones sobre la mejor regulación jurídicoprivada de la discapacidad”, *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (Coord.ª DE SALAS MURILLO), Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 4156.
- GARCÍA PONS, A., *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención internacional de 13 de diciembre de 2006*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.
- LECIÑENA IBARRA, A., “Alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación *ex voluntate* y figuras tuitivas de apoyo”, *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (Coords. GARCÍARIPOLL MONTIJANO, y LECIÑENA IBARRA), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 131182.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (Coord.ª DE SALAS MURILLO), Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1540.
- PALACIOS RIZZO, 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, Madrid, 2008.

PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> A., “Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad”, *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad*, (Coords. GARCÍARIPOLL MONTIJANO, y LECIÑENA IBARRA), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 183231.

– “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (Coord.ª DE SALAS MURILLO), Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 211264.

– “La incidencia de las reformas del año 2015 en la protección de las personas con discapacidad”, *Protección jurídica de las personas con discapacidad* (Coords. SERRANO GARCÍA y CANDAU PÉREZ), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 225316.

PEREÑA VICENTE, M., “La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica”, *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad* (Dir. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ), Ed. La Ley, Madrid, 193205.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., “La Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 23, enero-diciembre 2009, pp. 335368.

– “Sentencia de 29 de abril de 2009: Incapacitación judicial. Interpretación de los artículos 199 y 200 del Código Civil y demás legislación vigente en materia de incapacitación a efectos de acreditar su adecuación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 82, 2010, pp. 317350.

ROCA TRÍAS, E., “Discapacidad y protección de Derechos fundamentales”, *Protección jurídica de las personas con discapacidad* (Coords. SERRANO GARCÍA y CANDAU PÉREZ), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 1534.

---

1. BOCG, Sección Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, Núm. 271, de 17 de julio de 2020 (Núm. expte. 121/000027).

2. El plazo de enmiendas a la totalidad finalizó el pasado día 17 de septiembre, pero el de enmiendas parciales al articulado se ha ampliado, por segunda de vez, hasta el próximo 30 de septiembre, de momento.

3. Para hacer referencia a esta Convención suele utilizarse la sigla CNY por Convención de Nueva York, lugar en el que se aprobó, o CRPD por su sigla en inglés (Convention on the Rights of Persons with Disabilities).

4. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 proclama en su art. 2 que “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Y el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

5. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 es la única que dedica una disposición específica, el art. 23, al “niño mental o físicamente impedido”, en atención a sus necesidades especiales.

6. Resolución 60/232 de la Asamblea General de la ONU; A/61/611, de 6 de diciembre de 2006.

7. Sobre los antecedentes inmediatos de la Convención, así como sobre su largo proceso de elaboración, en el que tuvieron un destacado papel las organizaciones institucionales, gubernamentales y no gubernamentales, de personas con discapacidad y sus familias, vid. PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Ediciones

Cinca, Madrid, 2008, pp. 236251.

8. [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/OHCHR\\_Map\\_CRPD.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/OHCHR_Map_CRPD.pdf)

9. Vid. Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (2010/48/CE), DOUE, L 23/35, 27.1.2010. No obstante, hay que advertir que la Unión Europea, en virtud del art. 46 CNY, formuló una reserva en relación con el artículo 27, apartado 1, de la Convención, relativo al derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en los siguientes términos: “La Comunidad Europea declara que, en virtud del Derecho comunitario (y en particular de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación), los Estados miembros pueden, en su caso, formular sus propias reservas en relación con el artículo 27, apartado 1, de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la medida en que el artículo 3, apartado 4, de dicha Directiva del Consejo confiere a los Estados miembros el derecho de excluir del ámbito de aplicación de esa misma Directiva la no discriminación por motivos de discapacidad en el ámbito de las fuerzas armadas. Por ello, la Comunidad declara que su adhesión a la Convención se entiende sin perjuicio del Derecho antes mencionado que en virtud del derecho comunitario se confiere a los Estados miembros” (Anexo III de la presente Decisión).

10. Sobre la aplicación de la Convención en la Unión Europea, vid. DE ASÍS ROIG, R. (Dir.) *La aplicación de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la Unión Europea y en los países que la forman. Especial referencia al empleo, la educación y la accesibilidad*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2017.

11. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRDP, por sus siglas en inglés) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención por los Estados Partes. Estos deben presentarle informes exhaustivos sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones derivadas de la Convención y sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años, contado a partir de la entrada en vigor de la Convención en el Estado Parte (arts. 34, 35 y 36 CNY).

12. De acuerdo con lo previsto en los arts. 3, 4 y 5 del Protocolo Facultativo, el Comité, tras haber recibido una comunicación, la pondrá en conocimiento del Estado Parte, de forma confidencial, para que, en el plazo de seis meses, presente por escrito las explicaciones o declaraciones en las que aclare la cuestión y, en su caso, indique las medidas correctivas que hubiere adoptado al respecto. El Comité, antes de llegar a una conclusión sobre el fondo, podrá solicitar al Estado Parte interesado que adopte las medidas provisionales que sean necesarias para evitar daños irreparables a la víctima de la supuesta violación, sin que ello implique juicio alguno sobre la admisibilidad o sobre el fondo de la comunicación. Una vez examinada la comunicación, el Comité hará llegar sus sugerencias y recomendaciones, si las hubiere, al Estado Parte interesado y al comunicante.

13. España ratificó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad mediante Instrumento de 23 de noviembre de 2007, que fue publicado en el BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008, y entró en vigor, al mismo tiempo que la Convención, el 3 de mayo de 2008.

14. En relación con las funciones de control ejercidas por el Comité, GARCÍA PONS, A., distingue entre lo que él llama un “control blando” de las obligaciones de los Estados Partes en la Convención, el previsto en los arts. 3, 4 y 5 del Protocolo, y un “control duro”, el regulado en los art. 6 y 7, para el caso de que el Comité reciba información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte (cfr. *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención internacional de 13 de diciembre de 2006*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, pp. 3839). Siguiendo a este autor, por tanto, podemos decir que la utilización de la cláusula *optout* del art. 8 del Protocolo por un Estado Parte supone su rechazo al control más fuerte o “control duro” por el Comité.

15. Sobre la incorporación de los derechos de las personas con discapacidad en el modelo de los derechos humanos, vid. CAMPOY CERVERA, I., *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pp. 2745.

16. Los diferentes modelos de tratamiento de la discapacidad –el modelo de prescindencia, el modelo médico o rehabilitador y el modelo social– desde la antigüedad clásica hasta la actualidad pueden verse en BARRIFFI, F.J., *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2014. pp. 4250. También en PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, cit., pp. 37 a 101.

17. A los fines de la Convención, “*por ‘discriminación por motivos de discapacidad’ se entenderá 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 igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables*”. Y “*por ‘ajustes razonables’ se entenderán 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 las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*” (art. 2 CNY).

18. Sobre la plasmación del modelo social en la Convención, vid. PALAZIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, cit., pp. 204 y ss.

19. Paradójicamente, el art. 2 CNY, dedicado a definir algunos conceptos a los fines de la Convención, no contiene una definición de “las personas con discapacidad”, sino que es el art. 1 CNY el que, tras proclamar cuál es el propósito de la Convención, especifica qué personas quedan incluidas en “las personas con discapacidad” a los efectos de la Convención.

20. Ya en el Preámbulo de la Convención, letra e), los Estados Partes reconocen 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 el entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.

21. En el “Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad” (A/HRC/4/75, 17 de enero de 2007), se señala claramente que: “*La Convención no crea ningún derecho nuevo; más bien aclara las obligaciones de los Estados en relación con los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales ya existentes*” (párr. 19).

22. El reconocimiento de la capacidad jurídica está vinculado de manera indisoluble con el disfrute de otros muchos derechos humanos establecidos en la Convención, entre ellos los siguientes: el derecho de acceso a la justicia (art. 13); el derecho a no ser internado contra su voluntad en una institución de salud mental (art. 14); el derecho al respeto de la integridad física y mental (art. 17); el derecho a la libertad de desplazamiento y a la nacionalidad (art. 18); el derecho a elegir dónde y con quién vivir (art. 19); el derecho a la libertad de expresión (art. 21); el derecho a casarse y fundar una familia (art. 23); el derecho a dar su consentimiento para el tratamiento médico (art. 25); y el derecho a votar y a presentarse como candidato en las elecciones (art. 29).

23. Vid. “Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” A/HRC/10/48 de 26 de enero de 2009, párr. 43.

24. Así lo califica GARCÍA CANTERO, G., “Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico privada de la discapacidad”, *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (Coord.ª DE SALAS MURILLO), Ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 43.

25. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Distr. General, 19 de mayo de 2014. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º periodo de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación general N° 1 (2014).

26. Así, por ejemplo, el art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclaman que “*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*”.

27. Aunque la Convención no prohíbe expresamente suspender el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley en situaciones excepcionales, esta prohibición existe en la medida en que así lo establece expresamente el art. 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues, según lo previsto en el art. 3.4 CNY, las disposiciones de la Convención no derogan las normas de derecho internacional en vigor [cfr. Observación General N° 1 (2014), párr. 5].

28. El art. 12.2 CNY fue una de las disposiciones que generó mayor polémica durante la negociación de la Convención. Sobre las discusiones acerca del art. 12, vid. PALAZIOS RIZZO, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, cit.,

pp. 454467.

29. Un magnífico estudio sobre el art. 12 de la Convención y su impacto en el Ordenamiento jurídico español puede verse en CUENCA GÓMEZ, P., “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, *Derechos y Libertades*, Número 24, Época II, enero 2011, pp. 221257.

30. Cfr. Observación General N° 1 (2014), párr. 13.

31. Observación General N° 1 (2014), párr. 14.

32. Observación General N° 1 (2014), párrs. 13 y 15.

33. Preámbulo de la Convención, letra i).

34. Cfr. Observación General N° 1 (2014), párrs. 17 y 18.

35. Según el párr. 21 de la Observación General N° 1 (2014), “*Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación*”.

36. Observación General N° 1 (2014), párr. 21.

37. De la misma manera que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer no permite utilizar el género como base para discriminar a la mujer en el ámbito financiero (art. 13, letra b), el art. 12.5 CNY tampoco permite en este mismo ámbito la discriminación por motivos de discapacidad.

38. Observación General N° 1 (2014), párrs. 24 a 27.

39. Observación General N° 1 (2014), párr. 28.

40. Observación General N° 1 (2014), párr. 30.

41. Aunque entre los motivos por los que el art. 14 CE prohíbe la discriminación no se encuentra expresamente la discapacidad, la cláusula genérica con la que se cierra este precepto, que prohíbe la discriminación “*por cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”, ha permitido que el Tribunal Constitucional considere la discapacidad como una causa real de discriminación, por vulnerar la dignidad humana (STC 269/1994, de 3 de octubre, F.J. 4).

42. Vid., por todas, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 282/2009, de 29 de abril: “... *la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio*” (F. J. quinto). Vid., también, ROCA TRÍAS, E., “Discapacidad y protección de Derechos fundamentales”, *Protección jurídica de las personas con discapacidad* (Coords. SERRANO GARCÍA y CANDAU PÉREZ), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp.1534.

43. Los arts. 202 a 214 CC, incluido, fueron derogados por la Disposición derogatoria única 2.1º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

44. Sobre las instituciones de guarda y protección de los incapacitados, vid. CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y Procesos sobre Capacidad de las personas*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 235270.

45. Aunque el art. 216 CC habla de “*funciones tutelares*” y de “*tutelado*”, hay que entender que se refiere a cualquier cargo tutelar y a la persona sometida a cualquier cargo tutelar, no solo a la tutela.

46. STS (Sala Primera) núm. 995/1991, de 31 de diciembre. Vid., también, SSTS (Sala Primera) núm. 298/2017, de 16 de mayo y núm. 530/2017, de 27 de septiembre.

47. STS (Sala Primera, Sección 1ª) núm. 341/2014, de 1 de julio.

48. El art. 305 y los arts. 307 a 313 CC fueron dejados sin contenido por el art. 1 y el art. 3, respectivamente, de la Ley 13/1983, de 24 de octubre de Reforma del Código Civil en materia de tutela.

49. Vid. PARRA LUCÁN, Mª A., “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* (Coord.ª DE SALAS MURILLO), Ed. Dykinson,

Madrid, 2013, pp. 211264.

50. Se tramitará este expediente de jurisdicción voluntaria para la constitución de la tutela y de la curatela siempre que dicha constitución no se solicite en un proceso judicial para modificar la capacidad de una persona (art. 44 LJV).

51. Un estudio monográfico del régimen jurídicoprocesal de la Jurisdicción Voluntaria en España puede verse en BANACLOCHE PALAO, J., *Los expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria*, 2ª ed., Ed. La Ley, Madrid, 2020. En concreto, en relación con los mencionados expedientes relativos a las personas con capacidad modificada judicialmente, vid., pp. 147 y ss. Vid. también PARRA LUCÁN, Mª A., “La incidencia de las reformas del año 2015 en la protección de las personas con discapacidad”, *Protección jurídica de las personas con discapacidad* (Coords. SERRANO GARCÍA y CANDAU PÉREZ), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 225 a 270.

52. El art. 28.1 LJV atribuye la competencia para el conocimiento del expediente de habilitación para comparecer en juicio y de nombramiento de defensor judicial a los Letrados de la Administración de Justicia.

53. Sobre estas dos posturas, vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, (Coord.ª DE SALAS MURILLO), Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1540.

54. Esta sentencia del Tribunal Supremo ha sido objeto de comentario, entre otros, por DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, Coord. YZQUIERDO TOLSADA, Ed. Dykinson, Madrid, Vol. 3, 2009, pp. 555590, y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., “Sentencia de 29 de abril de 2009: Incapacitación judicial. Interpretación de los artículos 199 y 200 del Código Civil y demás legislación vigente en materia de incapacitación a efectos de acreditar su adecuación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 82, 2010, pp. 317350.

55. Se trata del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 20/03/2006 por la Audiencia Provincial de Salamanca que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 09/07/2002 por el Juzgado de Primera Instancia n° 3 de Salamanca, por la que se declara a la demandada “*incapaz de modo absoluto para regir su persona y administrar sus bienes, así como para el ejercicio del derecho de sufragio*”, y, en consecuencia, se nombra *tutor de su persona* a dos de sus hijas, quienes ejercerán la tutela conjunta y solidariamente, y *tutor de sus bienes* a otra persona.

56. Sobre la aplicación del art. 12 de la Convención por los tribunales de justicia españoles, vid. CAMPOY CERVERA, *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, cit., pp. 113146.

57. En efecto, por Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010, 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, impulsasen las reformas comprometidas en tal Acuerdo, fruto del cual fue el Proyecto de Ley de adaptación normativa a la Convención, aprobado el 17 de diciembre de 2010, que fue seguido del borrador del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de apoyo a menores y de personas con capacidad modificada judicialmente, en el que se sentaron las bases del actual Proyecto de Ley: se adoptaba con carácter general el modelo de medidas de apoyo, manteniendo el sistema de representación y sustitución con carácter subsidiario y residual.

58. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sexto período de sesiones (19 a 23 de septiembre de 2011). CRPD/C/ESP/CO/1, Distr. general, 19 de octubre de 2011.

59. El Comité examinó el informe inicial de la Unión Europea (CRPD/C/EU/1) en sus sesiones 220ª y 221ª, celebradas los días 27 y 28 de agosto de 2015, respectivamente, y aprobó las observaciones finales en su 229ª sesión, celebrada el 3 de septiembre de 2015 (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/EU/ CO/1. Distr. general, 2 de octubre de 2015).

60. El Comité examinó los informes periódicos segundo y tercero combinados de España (CRPD/C/ESP/23) en sus

sesiones 445 y 446, celebradas el 18 y el 19 de marzo de 2019, respectivamente, y aprobó las observaciones finales en su sesión 463, celebrada el 29 de marzo de 2019 (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/ESP/CO/23. Distr. general, 9 de abril de 2019).

61. Incluso antes de la adaptación obligada de la normativa española a la Convención, el legislador español ya había iniciado la transición del modelo médico o rehabilitador al modelo social de la discapacidad con la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. La evolución seguida desde la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, que constituyó el primer desarrollo legal de las previsiones de nuestra Constitución en este ámbito y que fue elaborada conforme al modelo médico o rehabilitador, hasta la Ley 51/2003, en la que ya se percibe claramente el modelo social de la discapacidad, puede verse en CAMPOY CERVERA, I., *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, cit., pp. 7175.

62. Este Texto Refundido deroga cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la misma y, en particular, por integrarse en dicho texto refundido, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

63. Como señala GARCÍA CANTERO, G., “el Pleno de la Sala 1ª, en términos taurinos, *hace un quite* al Poder legislativo, al afirmar que *esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las instituciones de protección*” (“Reflexiones sobre la mejor regulación jurídicoprivada de la discapacidad”, *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, cit., p. 50).

64. Se trata de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.

65. El prelegislador ha optado por regular expresamente la asistencia en caso de prodigalidad en el Código Civil al margen de la discapacidad, en Título aparte, “*por tratarse de una situación absolutamente ajena a ella*”, tal y como explica en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley (apdo. III). No obstante, como después se verá, esta regulación separada no se mantiene del todo en el ámbito procesal. Mientras que en la Ley de Jurisdicción Voluntaria sí se regulan por separado dos expedientes distintos, uno para la provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad y otro para la declaración de prodigalidad, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo y los de declaración de prodigalidad se regulan “juntos y revueltos” en el mismo Capítulo. Hubiera sido preferible, a mi juicio, mantener esta separación también en la LEC.

66. De acuerdo con lo dispuesto en la Disposición transitoria segunda del presente Proyecto de Ley, quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se proceda a su revisión, que deberá efectuarse en el plazo máximo de dos años desde la entrada en vigor de la presente ley, de conformidad con lo establecido en la Disposición transitoria cuarta.

67. Cfr. las “Disposiciones generales” aplicables a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 249 CC).

68. Sobre la figura de los poderes preventivos, vid., entre otros, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., “Las reformas del Derecho español en materia de autotutela y de poderes preventivos”, *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad* (Dir. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ), Ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 92135. En esta misma obra, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., “Los poderes preventivos en el Derecho español: luces y sombras”, pp. 249283. Vid., también, PARRA LUCÁN, Mª A., “Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad”, *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (Coords. GARCÍARIPOLL MONTIJANO y LECIÑENA IBARRA), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 205225; y, en esta misma obra, LECIÑENA IBARRA, A., “*Alternativas a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación ex voluntate y figuras tuitivas de apoyo*”, pp. 138157.

69. La reforma de estas otras Leyes sustantivas, al igual que la de las instituciones civiles mencionadas reguladas a lo largo del Código Civil, queda fuera del ámbito del presente trabajo.

70. El informe del Consejo Fiscal se mostró favorable a contemplar el cauce de la jurisdicción voluntaria por los siguientes motivos: la Propuesta de 2012 ya había optado por la jurisdicción voluntaria para esta materia, salvo que hubiera oposición o cuando la complejidad del procedimiento hiciera aconsejable el contradictorio; la pretensión procesal ya no tiene la misma potencialidad intrusiva en los derechos del discapacitado, pues ya no se trata de dar cauce a una pretensión de incapacidad con la consiguiente modificación sustancial de la capacidad de obrar; y en varios países de nuestro entorno (Alemania, Austria, Francia, Italia y Portugal) se había optado ya por la jurisdicción voluntaria (Informe aprobado 18 de octubre de 2018).

71. El informe del Consejo Económico y Social también consideró que *“el cauce más adecuado para determinar las medidas de apoyo sería un procedimiento de jurisdicción voluntaria, en el que se considere de manera esencial la aportación de la propia persona, facilitando que pueda expresar sus preferencias e interviniendo activamente, y donde la autoridad judicial interese la información precisa (más allá del informe médico forense), ajustándose siempre a los principios de necesidad y proporcionalidad”* (Informe aprobado en sesión ordinaria del Pleno de 24 de octubre de 2018).

72. El Consejo de Estado, a la vista de los informes del Consejo Fiscal y del Consejo económico y Social, también consideró que *“la previsión de la jurisdicción voluntaria para la tramitación del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad es coherente con el espíritu de la Convención y con la naturaleza de las medidas que, en los casos en los que no hay oposición, se imponen a las personas con discapacidad sometidas a curatela, debiéndose reservar el procedimiento contradictorio para aquellos casos en los que haya oposición por las personas legitimadas”* (Dictamen aprobado por el Pleno del Consejo de Estado el 11 de abril de 2019).

73. Vid. BANACLOCHE PALAO, J., “Algunas reflexiones sobre los procesos de incapacitación: cuestiones controvertidas y posible retorno a la Jurisdicción Voluntaria”, *Derecho, Justicia, Universidad, Liber Amicorum* de Andrés de la Oliva Santos (Coords. DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J.), vol. I, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 269-274.

74. En este sentido se modifica la rúbrica del Título I del Libro IV que pasa a ser *“De los procesos de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores”*, el ordinal 1º del art. 748, los apdos. 1 y 2 del art. 749, el ordinal 1º del art. 751.2 y el apdo. 3 del art. 753, todos ellos de la LEC.

75. En este sentido se pronunció expresamente el Comité en la Observación general N° 1 (2014): *“cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del ‘interés superior’ debe sustituirse por la ‘mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias’.* *Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4”* (párr. 21).

76. Los procesos sobre capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento (Disposición transitoria quinta).

77. Tal y como venimos haciendo, centraremos nuestra atención exclusivamente en los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, dejando al margen los de declaración de prodigalidad, no sin antes reiterar nuestra opinión de que hubiera sido preferible regular por separado estos dos procesos, tal y como hace la Ley de Jurisdicción Voluntaria con los dos correspondientes expedientes.

78. Aunque según lo previsto en el art. 254 LEC en relación con el tratamiento procesal de la inadecuación de procedimiento, no procedería la inadmisión de la demanda, sino “dar al asunto la tramitación que corresponda”, creo que en estos casos, dadas las diferencias de contenido que existen entre la “demanda” del proceso contencioso y la “solicitud” del expediente de jurisdicción voluntaria, resulta preferible inadmitir la demanda a trámite y que el demandante presente la correspondiente solicitud con los requisitos previstos en la LJV.

79. En este mismo sentido, vid., también, AATS (Sala Primera, Sección 1ª), de 17 de abril, 3 de julio y 11 de septiembre de 2012; 11 de enero, 14 de junio, 6 de septiembre y 22 de noviembre de 2011; 13 de abril, 22 de junio y 14 de septiembre de 2010; 8 de septiembre de 2009; y 13 de junio y 4 de noviembre de 2008.

80. El Consejo Económico y Social, en su dictamen sobre el Anteproyecto de Ley, se manifestó a favor de que se reconociera de manera expresa la legitimación activa para instar el proceso de provisión de apoyos a las entidades de atención a personas con discapacidad, pues son estas las que, a menudo, disponen de mayor información acerca de las necesidades de la persona a la que proporcionan apoyos y servicios, pero, al menos de momento, el texto proyectado no

recoge esta recomendación. En este mismo sentido se ha manifestado CAMPO IZQUIERDO, A.L., quien se lamenta de que entre los legitimados para iniciar estos procesos no se incluya “a las entidades, asociaciones, fundaciones etc., que teniendo entre sus objetivos y fines el trabajo y ayuda a las personas con discapacidad, tengan una relación estrecha con el propio interesado o sus familiares. De esta forma, al tener estas entidades la experiencia y debido asesoramiento, ayudarían y facilitarían a la persona con discapacidad y su entorno familiar, a llevar a cabo estos trámites judiciales, y evitar posibles remordimientos de conciencia, que se suelen tener por iniciarlos, al no comprender realmente la entidad y el objetivo de los mismos” (“Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *Actualidad Civil*, N° 9, septiembre 2020, p. 20). En mi opinión, sin embargo, no resulta necesaria la ampliación de la legitimación activa a tales entidades, toda vez que la salvaguarda de los intereses de la persona afectada ya está garantizada en estos procesos con la figura del Ministerio Fiscal.

81. Excepcionalmente, la SAP de Jaén (Sección 3ª) núm. 13/2005, de 25 de enero, reconoce expresamente la posibilidad de intervención de terceros en estos procesos al amparo del art. 13 LEC: “(...) *la especial naturaleza del procedimiento que nos ocupa, lleva implícita la interpretación estricta de sus preceptos. Así, la personación que en su día se llevó a cabo de D. Emilio, sobrino de la presunta incapaz, no debía haberse admitido, porque su legitimación no era factible, ni en el lado activo, ni en el pasivo de la relación jurídica procesal. Podría haberse dado la intervención procesal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si hubiera acreditado tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito, debiendo el Juzgado haber resuelto, previa Audiencia de las partes personadas, en el plazo correspondiente*”.

82. Creo que al amparo de esta nueva norma podría admitirse la intervención en el proceso ya iniciado de aquellas entidades de atención a las personas con discapacidad que acrediten interés legítimo por su relación estrecha con la persona afectada o sus familiares, para las que, como acabamos de ver, algunos incluso reclaman que se les atribuya legitimación para promover el proceso.

83. Cfr. Informe aprobado por Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 29 de noviembre de 2018.

84. La novedad no está en incluir expresamente al cónyuge en el trámite de audiencia, pues actualmente ya está incluido en el trámite de audiencia a “los *parientes* más próximos del presunto incapaz”, porque “pariente”, dicho de una persona respecto de otra, es la que tiene relación de parentesco con ella y, según la definición de la RAE, “parentesco” es el “vínculo por consanguinidad, afinidad, adopción, *matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a esta*”. La novedad está, de nuevo, en limitar la audiencia solo al cónyuge “*no separado de hecho o legalmente*”.

85. El actual apdo. 3 del art. 762 LEC no alude expresamente a la posibilidad de que el Juez acuerde las medidas cautelares sin oír a la persona con discapacidad si concurren razones de “urgencia”. Se limita a decir que, “como regla”, se adoptarán previa audiencia de la persona afectada. No obstante, la expresión “como regla” contempla la posibilidad de excepciones por razones de urgencia *ex art. 733 LEC*.

86. Recuérdesse que la Convención de Nueva York establece que la no discriminación incluye el “derecho a obtener ajustes razonables en el ejercicio de la capacidad jurídica” (art. 5.3), derecho que es independiente y complementario del derecho a recibir apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica; y que por “ajustes razonables” se entenderán 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 las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (art. 2). Y el art. 13 CNY, por su parte, sobre “acceso a la justicia” exige que los Estados Partes aseguren “que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas, como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”.

87. Como venimos haciendo hasta ahora, centraremos nuestra atención en el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo, dejando fuera de este trabajo el de declaración de prodigalidad.

88. De acuerdo con el art. 17.3 LJV, si alguno de los interesados fuera a formular oposición, deberá hacerlo en los cinco días siguientes a su citación, es decir, por escrito y de forma anticipada a la comparecencia. Una crítica a este modo formalizado y solemne de oposición, contrario al espíritu y la filosofía de la jurisdicción voluntaria, puede leerse en BANACLOCHE PALAO, J., *Los expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria*, cit., pp. 9899.