



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de
Fin de Máster

La Incapacitación Judicial: repercusión del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad

A Incapacitación xudicial: repercusión do Anteprojecto de Lei que reforma a lexislación civil e procesal en materia de discapacidade

Judicial Incapacitation: impact of the Draft Law Reforming Civil and Procedural Disability Legislation

Alumna: Noemí Eiranova Ogando

Tutora: María E. Rovira Sueiro

Máster de Abogacía
Año 2020

Trabajo de Fin de Máster presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña para la obtención del Máster de Abogacía

ABREVIATURAS

AL	Anteproyecto de Ley
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
CRPD	Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
P.	Página
Pp.	Páginas
RIRPF	Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

RESUMEN

Resulta indispensable atender al entorno de nuestra época ya que ante el aumento de la esperanza de vida y el incremento de enfermedades que imposibilitan la actividad normal de la vida de una persona, es necesario el desarrollo de un marco jurídico que adapte medidas de protección a estas realidades latentes. A la vista de lo anterior, este trabajo se centra en la necesidad de modificar judicialmente la capacidad de obrar de una persona, es decir, en el procedimiento de incapacitación.

Al tratarse de una materia de complejidad terminológica, parece adecuado llevar a cabo un análisis de las similitudes y diferencias de diversos términos utilizados de forma indiscriminada para situaciones diferentes, definición que se desarrolla en el presente trabajo.

Asimismo, cabe conocer el entorno legal aplicable en este ámbito, así como las modificaciones que se pretenden llevar a cabo. Por ello, en este trabajo, se realiza una comparativa entre la legislación vigente y el nuevo Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, concretamente, en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ABSTRACT

It is essential to pay attention to the environment of our time since, in view of the increase in life expectancy, as well as the increase in diseases that make it impossible for a person to develop normally, it is necessary to develop a legal framework that adapts protective measures to these latent realities. In view of the above, this paper focuses on the need for a judicial change in a person's ability to act, i.e. in the procedure for incapacitation.

Since this is a matter of terminological complexity, it seems appropriate to carry out an analysis of the similarities and differences of various terms used indiscriminately for different situations, a definition that is developed in this work.

Likewise, it is necessary to know the legal environment applicable in this field, as well as the modifications that are intended to be carried out. Therefore, in this work, a comparison is made between the current legislation and the new Preliminary Draft Law reforming the civil and procedural legislation on disability, specifically in the Civil Code and the Civil Procedure Law.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	2
RESUMEN	4
ABSTRACT	5
INTRODUCCIÓN	7
1. MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD	8
1.1. La incapacitación.....	8
1.2. La “incapacitación”, la “minusvalía” y la “dependencia”	8
1.3. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006 y su incidencia en el Derecho Español.	13
2. LA INCAPACITACIÓN: SUS CAUSAS	15
3. EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN	18
3.1. Régimen jurídico actual.....	18
3.2. Sujetos.....	18
3.2.1. Legitimación activa	18
3.2.2. Legitimación pasiva.....	19
3.2.3. La intervención del Ministerio Fiscal	19
3.3. Objeto del procedimiento	20
3.4. Los regímenes de guarda	22
3.4.1. Ejemplo del intento de subsanación de la restricción previa de derechos: la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.....	26
3.5. Medidas en previsión de la incapacidad: los poderes preventivos y la autotutela	29
3.6. Competencia.....	30
4. LA REINTEGRACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR Y MODIFICACIÓN DE LA INCAPACITACIÓN	31
5. EL ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD....	33
5.1. Introducción.....	33
5.2. Incidencia del Anteproyecto en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil	34
5.2.1. Comparativa entre el Anteproyecto de Ley y el Código Civil	34
5.2.2. Comparativa entre el Anteproyecto de Ley y la Ley de Enjuiciamiento Civil..	37
5.3. Estudio del Informe del Consejo General del Poder Judicial	38
5.3.1. Novedades del Anteproyecto	38
5.3.2. Críticas del Informe del CGPJ al Anteproyecto	40
5.3.3. Figuras destacadas	41
5.3.4. Otras cuestiones	42
CONCLUSIONES	43
BIBLIOGRAFIA	46

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analiza la incapacitación como estado civil, es decir, como modificación de la capacidad de obrar de la persona mediante una sentencia judicial. De igual manera, ante la dificultad terminológica que se puede apreciar en esta materia, intentamos definir lo máximo posible los términos de “incapacitación”, “minusvalía, y “dependencia”, poniendo de relieve sus similitudes, pero también sus diferencias.

Especial atención dispensa la evolución normativa que se ha producido en esta materia, destacando principalmente la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006, así como su incidencia en el Derecho Español, concretamente en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre otras.

Asimismo, se explica el desarrollo del procedimiento de incapacitación, incidiendo en las causas que dan lugar al inicio del mismo, los sujetos implicados, tanto desde el punto de vista del presunto incapacitado como de las demás personas legitimadas para iniciarlo. También se hace hincapié en el objeto del procedimiento, las posibles medidas a adoptar en previsión de la incapacidad como son fundamentalmente los poderes preventivos y la autotutela y, por último, el tribunal competente para ello. Igualmente, el presente trabajo se pronuncia respecto a que la sentencia de incapacitación no produce excepción de cosa juzgada con motivo de la posible modificación de la capacidad de obrar de la persona, ya sea por atenuación o desaparición de la causa que dio lugar a la misma o, por el contrario, por agravarse dicha circunstancia.

Resulta indispensable abordar dos cuestiones de gran actualidad: la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General y el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Ambas están rodeadas de gran controversia, que será objeto de análisis a lo largo de este trabajo a través de una comparativa entre la normativa vigente y las modificaciones que propone el Anteproyecto.

Finalmente, respecto a este último, es objeto de estudio el Informe del Consejo General del Poder Judicial relativo a esta materia, en el que se aborda pormenorizadamente las recomendaciones y críticas vertidas al respecto.

1. MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD

1.1. La incapacitación

La incapacitación es un estado civil caracterizado por modificar la capacidad de obrar de la persona. Se puede definir la capacidad de obrar como la abstracta idoneidad de la persona, determinada por los estados civiles, para producir, mediante sus actos, efectos jurídicos firmes en su propia esfera jurídica.

Desde una perspectiva jurídica, podríamos definir la incapacitación como la declaración judicial que acuerda la modificación de la capacidad de obrar de una persona, es decir, se trata de la sentencia judicial que, en atención a las circunstancias previstas en la ley, incide directamente en la eficacia o firmeza jurídica de los actos realizados por la persona incapaz. Una persona incapaz puede llevar a cabo una actuación que produzca efectos jurídicos, sin embargo, no tienen por qué ser firmes, así ocurre cuando no posee la capacidad de obrar requerida para dicho acto, pudiendo impugnarlo.

Se trata de un acto modificativo del estado civil de la persona. El hecho de que una persona sea incapaz no implica que no pueda ser titular de derechos y obligaciones, es decir, que no posea capacidad jurídica, la cual es inherente a la persona desde el nacimiento. Sin embargo, se requiere que posea capacidad de obrar para poder ejercitar esos derechos y obligaciones de los que es titular.

Como hemos adelantado, la capacidad jurídica es algo innato a la persona, sin embargo, la capacidad de obrar se tiene en potencia, se presume plena desde el momento en el que la persona alcanza la mayoría de edad. Precisamente, la presunción de capacidad del mayor de edad requiere de un proceso judicial para proceder a modificar la capacidad de obrar de la persona cuando esta tiene mermada su capacidad intelectual y volitiva. Mediante el proceso de incapacitación judicial lo que se restringe es precisamente esa capacidad de obrar, esa aptitud que posee la persona para realizar, constituir, modificar, o extinguir actos jurídicos firmes.

1.2. La “incapacitación”, la “minusvalía” y la “dependencia”

LASARTE afirma que una persona judicialmente incapacitada no es lo mismo que una persona con discapacidad, ya que el grado de minusvalía de ésta última no tiene por qué dar lugar a una declaración de incapacitación¹.

¹ Crf. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil I, Parte General y Derecho de la persona*. 21ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 243.

Debemos partir de la base de que los términos “incapacitación”, “minusvalía, y “dependencia” describen situaciones que tienen un común denominador: la necesidad de una especial protección o una especial atención, ya que en todos estos estados nos encontramos con personas que se caracterizan por poseer algún tipo de vulnerabilidad. Ello requiere que el ordenamiento jurídico les otorgue una especial protección, adecuada a sus circunstancias individuales.

Sin embargo, estamos hablando de realidades con ciertas particularidades. En unos casos la solución se obtendría acudiendo al mecanismo de la incapacitación mientras que, en otros, sólo sería preciso la supresión de ciertas barreras arquitectónicas que faciliten una libre movilidad en condiciones de igualdad (es decir, remover los obstáculos que le permita llevar su vida lo mejor posible) o la adaptación de la información a soportes accesibles.

En primer lugar, el término “incapacitación” consiste en un estado civil con el que se pretende la protección de personas que, por padecer enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, no pueden autogobernarse (art. 200 CC). El régimen jurídico lo encontramos en el Código Civil² y en la Ley de Enjuiciamiento Civil³, cuya aplicación conduce al estado civil de incapacitado, hoy en día se conoce como persona con la capacidad de obrar judicialmente modificada.

Por su parte, la “minusvalía” se refiere, fundamentalmente, a un reconocimiento administrativo de que una persona presenta unas facultades de integración reducidas debido a una deficiencia, generalmente permanente, en sus facultades físicas, psíquicas o sensoriales. De esta manera, la persona a la que se le reconoce un determinado grado de minusvalía goza de recursos y beneficios, por parte de los organismos públicos, orientados a mejorar o facilitar su situación (por ejemplo, adaptación al acceso a su vivienda, adaptación de su puesto de trabajo a sus condiciones físicas, gozar de exenciones fiscales...). Actualmente, este término ha sido sustituido por el término “discapacitado”. Así, por ejemplo, el artículo 72 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas⁴, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo considera que una persona con discapacidad es aquella a la que se le ha reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%⁵. Es importante destacar que, el mismo

² España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, 25 de julio de 1889, núm. 206, pp. 249 a 259.

³ España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 8 de enero de 2000, núm. 7, pp. 575 a 728.

⁴ España. Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero. Boletín Oficial del Estado, 31 de marzo de 2007, núm. 78, pp. 14097 a 14149.

⁵ 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, exige, en su artículo 2, un grado de minusvalía psíquica igual o superior al 33% o una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%.

artículo 72 del RIRPF establece que se tiene por acreditada la tenencia de un grado de minusvalía igual o superior al 65% cuando la persona discapacitada tenga su capacidad de obrar modificada judicialmente, aunque en realidad no alcance ese grado de discapacidad.

Respecto al concepto de “discapacidad”, podemos definirla como la merma de alguna facultad física o mental que imposibilita o dificulta el desarrollo normal de la actividad de una persona. Dependiendo de si afecta o no al autogobierno, puede dar lugar a una incapacitación o no. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas define a las personas con discapacidad como *“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”* (artículo 1, párrafo II). Asimismo, el propio Código Penal⁶, con la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, en su artículo 25, nos puede resultar útil para definir la discapacidad como *“[...]aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.[...] se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”*.

Finalmente, en lo que atañe al concepto de “dependencia”, tenemos que traer a colación la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención⁷, cuyo artículo 2 conceptúa la dependencia como *“el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”*.

La dependencia relaciona los conceptos de discapacidad y pérdida de autonomía, sin embargo, se trata, como ya hemos avanzado, de conceptos diferentes que pueden tener distintas consecuencias legales. Así, la discapacidad, al suponer la afectación de un grado de minusvalía psíquica o física, puede influir en el normal desenvolvimiento en la

⁶ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, pp. 33987 a 34058.

⁷ España. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Boletín Oficial del Estado, 15 de diciembre de 2006, núm. 299, pp. 44142 a 44156.

realización de actos y contratos jurídicos, al repercutir en el autogobierno de la persona; mientras que la dependencia supone una reducción, en principio, permanente de la autonomía personal, que no necesariamente supone merma alguna de la capacidad de autogobierno. Teniendo en cuenta lo anterior, podemos afirmar que muchas personas que sufren una discapacidad no tienen por qué ser dependientes, y muchas personas dependientes, aun con un alto grado de dependencia, no pueden ser incapacitadas.

Por consiguiente, ni el certificado de discapacidad ni la propia dependencia, por muy elevada que sea, suponen una modificación en el estado civil de la persona, pues el estado civil de incapacitado es un título complejo que requiere no sólo de una causa (art. 200 CC) sino también de una sentencia (art. 199 CC)⁸.

En todo caso, la protección de las personas que adolecen de algún tipo de discapacidad (incapacitadas judicialmente o no), ha sido objeto de especial atención, sobre todo a raíz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006⁹. Con ella, surge la necesidad de llevar a cabo una profunda reforma, ejemplo de esto sería la modificación en este ámbito de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria¹⁰; así como la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹¹.

Múltiples ejemplos de este tipo se empiezan a apreciar en las leyes citadas anteriormente pero, sin embargo, son muchas, como la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, las que todavía continúan utilizando los términos con connotaciones negativas que tanto queremos evitar.

En cualquier caso, la cuestión terminológica cuya importancia hemos intentado poner de manifiesto en las páginas anteriores, continúa siendo un proceso inconcluso ya que, a pesar de que se han llevado varias reformas (la mayoría del año 2015), todavía sigue siendo una materia pendiente, pues todavía existen normas en las que claramente se aprecia un uso, cuando menos, equívoco de las palabras.

Además de las medidas que hemos señalado encaminadas a la protección de las personas con discapacidad y compatibles entre todas ellas, nos encontramos con la posibilidad de constituir un Patrimonio Protegido para la satisfacción de las necesidades de sus titulares en virtud de lo previsto en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial

⁸ Según el artículo 4 de la Ley del Registro Civil 20/2011, de 21 de julio, es necesario que se inscriba en el Registro Civil la modificación de la capacidad de un sujeto.

⁹ Vid. infra. 1.3.

¹⁰ España. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Boletín Oficial del Estado, 3 de julio de 2015, núm. 158, pp. 54068 a 54201.

¹¹ España. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Boletín Oficial del Estado, 29 de julio de 2015, núm. 180, pp. 64544 a 64613.

de las personas con discapacidad¹². Precisamente, la diferente terminología supone un diferente estatus de la persona incapacitada y de la que adolece de una discapacidad, lo que es muy relevante a la hora de crear un Patrimonio Protegido¹³. Entre los requisitos para la constitución de este tipo de patrimonio no se exige ni que el beneficiario ni que el constituyente del patrimonio tengan la condición de incapacitado, sino que bastaría con que el eventual beneficiario tuviese una minusvalía. En definitiva, un Patrimonio Protegido puede constituirse a favor de una persona (ya sea por el propio interesado o por un tercero) que alcanza un cierto grado de discapacidad, lo que no supone que la misma carezca de autogobierno. Esto implica que pueden constituirse patrimonios a favor de personas que, a pesar de encontrarse discapacitadas (que no tienen por qué estar incapacitadas judicialmente), tienen su autogobierno intacto, pero también pueden constituirse patrimonios protegidos a favor de personas con el estado civil de personas incapacitadas.

Por cuanto, a tenor del artículo 2 de la ley 41/2003, serán beneficiarias de la protección patrimonial aquellas personas con discapacidad, cuya minusvalía psíquica sea igual o superior al 33% o cuya minusvalía física o sensorial sea igual o superior al 65 por ciento.

Como señalamos anteriormente, todas estas medidas de protección de las personas que poseen alguna discapacidad no tiene por qué ser excluyentes, todo lo contrario, muchas veces serán complementarias. Es más, incluso en determinadas ocasiones podríamos concluir que resulta compatible la combinación de todas ellas para la protección integral de la persona. Sin embargo, en otras, podría ser que no resultasen pertinentes ninguna de ellas o solo alguna de ella.

En definitiva, podemos constatar la existencia de normas cuya aplicación no es excluyente, así como que una misma realidad puede ser un supuesto de hecho que dé lugar a diferentes consecuencias jurídicas que, además, no tengamos que elegir por ser compatibles entre sí.

¹² Cfr. España. 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. Boletín Oficial del Estado, 19 de noviembre de 2003, núm. 277, pp. 40852 a 40863.

¹³ Cfr. LUCAS DURÁN, M., MARTÍN DÉGANO, I., *Los patrimonios protegidos de personas con discapacidad: régimen civil y tributario. Reflexiones al cumplirse diez años de su ley de aprobación*, Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2014, pp.11 – 13

1.3. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006¹⁴ y su incidencia en el Derecho Español.

Los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos escasamente contenían referencias a las personas con discapacidad, lo que provocaba una gran discriminación hacia estas personas. Posteriormente, surge en el ámbito internacional el tema de la protección de este tipo de personas, pero no será hasta la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental¹⁵, en 1971, cuando aparece el primer texto relativo a los derechos de las personas con discapacidad. A pesar de constar de 7 derechos básicos relacionados con la prevención y rehabilitación, y no con una integración social propiamente dicha, tiene una importancia práctica muy escasa, así como la presencia de conceptos confusos e indefinidos.

Posteriormente, en el año 1975, nos encontramos con la Declaración de los Derechos de los Impedidos de 9 de diciembre¹⁶, en la que se nos proporciona un concepto de “impedido” y donde aparece, por primera vez, el respeto a la dignidad humana y a los mismos derechos civiles y políticos que a los demás seres humanos, observando un pequeño avance respecto a la declaración anterior.

Se deja de percibir que la discapacidad se trata de una característica más de la persona que la imposibilita al desarrollo de una vida común, sino que se trata de un problema que no puede suponer limitación alguna a la persona que la sufre. Esto implica que la exclusión que sufre la persona con discapacidad se debe a la propia sociedad y no a la propia limitación. La percepción social ha ido evolucionado con los años, observando un interés por una adecuada regulación para la protección de este colectivo, consagrándose con la aprobación en el marco de las Naciones Unidas el primer Tratado Internacional sobre derechos humanos¹⁷.

En la actualidad, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por las Naciones Unidas en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por España el 30 de marzo de 2007¹⁸, supone un marco de referencia fundamental, junto con la Constitución Española, para la protección de las personas con discapacidad, que permite proteger y garantizar el pleno goce de los derechos y de la

¹⁴ Cfr. España. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Boletín Oficial del Estado, 21 abril 2008, núm. 96, pp. 20648 a 20659.

¹⁵ Fue proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2856 (XXVI) de 20 de diciembre 1971.

¹⁶ Fue proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución A/RES/3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975.

¹⁷ Cfr. CAZORLA GONZALEZ-SERRANO, M.C., LASARTE ÁLVAREZ, C., *La nueva posición del tutor en la legislación y en la realidad actual*. Pamplona: Ed. Thomson Reuters, 2014, pp. 196-202.

¹⁸ Se publicó en el BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008. La referencia bibliográfica es: España. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Boletín Oficial del Estado, 21 abril 2008, núm. 96, pp. 20648 a 20659.

dignidad de las personas con algún grado de discapacidad, entendiéndolos como iguales ante la ley. La primera ley en España en la que se recoge de manera expresa el contenido de la Convención es 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 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 y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Sin embargo, la que tuvo mayor calado fue la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, siendo a partir de ese momento cuando se fueron sucediendo nuevas leyes modificadoras de gran trascendencia¹⁹.

En todo caso, gracias a la Convención se consolida la idea de que a toda persona, independientemente del grado de discapacidad que posea, debe reconocérsele los mismos derechos y libertades que a cualquier otra.

En tal sentido, el artículo 1 establece que la finalidad de la Convención es, concretamente, “*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en **condiciones de igualdad** de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*”, definiendo a las personas con discapacidad como aquellas que presenten algún tipo de “*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*”. Podemos observar que, ya en su primer artículo, se repite en dos ocasiones el término “igualdad de condiciones”, lo que implica la necesidad de tratar por igual a las personas con algún tipo de deficiencia (independientemente del grado o de que carezcan o no de autogobierno) removiendo para ello los obstáculos que puedan existir. Asimismo, el artículo 3 destaca “*el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas*”.

La Convención contiene 8 principios generales que son de obligado cumplimiento:

1. El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
2. La no discriminación;
3. La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
4. El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana;
5. La igualdad de oportunidades;
6. La accesibilidad;
7. La igualdad entre el hombre y la mujer;

¹⁹ Cfr. GARCÍA ALGUACIL, M.J., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Colección Familia y Derecho, 2016, p. 24.

8. El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Entrando en la materia que nos interesa, la Convención de Naciones Unidas defiende un igual reconocimiento como persona ante la ley. En su artículo 12.1 establece que “[...] *las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica*”, lo que implica que tienen derecho a que se les reconozca la aptitud que les permite ser sujeto de derechos y obligaciones, algo que ya estaba implícito en el artículo 10 de la CE²⁰, lo cual obliga a remover los obstáculos que impidan la igualdad de las personas ante la ley, así como facilitar información a través de medios accesibles.

Sin perjuicio de que la Convención supuso un nuevo impulso a la protección de las personas con discapacidad, se trataba de una preocupación que ya estaba presente en nuestro ordenamiento jurídico, como demuestran las modificaciones que se produjeron a raíz de la reforma operada por la ya mencionada 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 que, como su propio nombre indica, no sólo modificó determinados preceptos de nuestro Código Civil y de la LEC relativos al procedimiento de incapacitación, sino que también introdujo en el Código Civil la figura de la autotutela y los poderes preventivos²¹, los cuales veremos más adelante.

2. LA INCAPACITACIÓN: SUS CAUSAS

El artículo 199 del Código Civil determina que “[*n*]adie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”, por lo tanto, no se puede restringir la capacidad de obrar si no es por medio de una sentencia que, tras haberse tramitado el oportuno procedimiento judicial, cumpla los requisitos exigidos.

Para determinar las causas que pueden dar lugar a una incapacitación, el artículo 200 del Código Civil establece que “[*s*]on causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona

²⁰ Cfr. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424.

²¹ Cfr. PACHECO JIMÉNEZ, M.N., DE LA VEGA ÁVILA, M., MORCILLO MORENO, J., PERALES CASAJUANA, L.A., DE VICENTE MARTÍNEZ, R., GÓMEZ PALOMO, C., FAJARDO MARTÍNEZ, C.M., ÁLVAREZ GARCÍA, H., QUIJADA GONZÁLEZ, C., GIL PÉREZ, M.E., *Discapacidad intelectual y Capacidad de Obrar*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2019, p. 42.

governarse por sí misma". En definitiva, para la incapacitación son necesarios tres requisitos²²:

1. La existencia de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico. Se entiende que este tipo de enfermedad se refiere a deficiencias mentales o trastornos intelectuales congénitos, demencias o deficiencias intelectuales adquiridas, trastornos mentales como el esquizofrénico, el delirante, el bipolar o el caso de una depresión de carácter mayor²³.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia defienden la postura de que, a pesar de la existencia de una causa física, debe existir siempre un reflejo psíquico. La STS núm. 967/1994, de 31 de octubre²⁴, consolida esta percepción, ya que considera probado que la demandada poseía conciencia suficiente para gobernarse, a pesar de sufrir dificultades ambulatorias. Por lo tanto, a pesar de que la ley contempla la incapacidad por deficiencias físicas para determinados actos (como que un ciego no puede otorgar testamento cerrado), no se pueden considerar causas de incapacitación las enfermedades que no afecten al autogobierno. Esto no implica que la presencia de deficiencias de carácter físico no pueda afectar al autogobierno de una persona, al contrario, este tipo de deficiencias, en ocasiones, pueden afectar a la capacidad de gobernarse por sí mismo, siendo ésta la causa determinante a la incapacidad judicial.

El Tribunal Supremo, muy acertadamente, hace una distinción entre “valerse por sí mismo” y “autogobernarse”. Por norma general, el hecho de padecer una deficiencia física no tiene por qué afectar al autogobierno de una persona. Sin embargo, hay supuestos en los que esa mera deficiencia de carácter físico puede afectar al autogobierno, como lo supondría antiguamente una persona sordomuda, a la que no podía instruirse ni educarse. El tener una deficiencia física no supone la falta de autogobierno, pero tampoco presume la existencia del mismo, es decir, la persona debe poseer una idoneidad psicológica. Por este motivo, el Tribunal Supremo insiste en la diferencia entre los dos conceptos anteriores (“valerse por sí mismo” y “autogobierno”).

2. El carácter persistente de la enfermedad. Se exige que se trate de una enfermedad que se prolongue en el tiempo, ya que se pretende evitar los procesos de incapacitación en meros trastornos mentales transitorios, así como en la pérdida de la capacidad de autogobierno en situaciones puntuales (por ejemplo,

²² Cfr. MORENO QUESADA, B., BUSTOS VALDIVIA, I., TRUJILLO CALZADO, M.I., BUSTOS VALDIVIA, C., *Derecho civil de la persona y de la familia para estudios de Trabajo Social*. 4ª edición. Granada: Ed. Comares, 2006, pp. 80-81.

²³ Cfr. PACHECO JIMÉNEZ, M.N., DE LA VEGA ÁVILA, M., MORCILLO MORENO, J., PERALES CASAJUANA, L.A., DE VICENTE MARTÍNEZ, R., GÓMEZ PALOMO, C., FAJARDO MARTÍNEZ, C.M., ÁLVAREZ GARCÍA, H., QUIJADA GONZÁLEZ, C., GIL PÉREZ, M.E., *op. Cit.*, p. 47.

²⁴ Cfr. España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 967/1994, de 31 de octubre (RJ 1994/8004).

postoperatorios, estado de embriaguez ...). De hecho, el propio artículo 761.1 de la LEC contempla el reintegro de la capacidad al establecer que *“La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”*.

La STS de 10 de febrero de 1986²⁵ sienta la doctrina por la cual se considera que las enfermedades mentales crónicas y de carácter cíclico pueden tener también el carácter persistente exigido por el art. 200 CC sin considerar un obstáculo que la situación de incapacidad no sea constante, sino esporádica. Por ello, es necesario atender a la frecuencia e intensidad de las crisis que sufre el sujeto de la enfermedad para graduar así los límites y el régimen de guarda de la incapacitación y el grado de autogobierno personal.

3. La enfermedad o deficiencia debe impedir a la persona autogobernarse. La persona no debe poseer capacidad de discernimiento. Se incluye cualquier tipo de demencia, deficiencia mental o trastornos físicos que impidan la comunicación, siendo indiferente el motivo de la causa (sea por enfermedad, vejez, acto voluntario del presunto incapaz...)

Como hemos explicado en el apartado anterior y al comienzo de este, el padecer alguna de las deficiencias citadas anteriormente, no implica que una persona sea incapacitada, lo que realmente da lugar a esta circunstancia es la imposibilidad de autogobernarse.

En atención al grado de autogobierno que posea el incapaz, nos encontraremos con dos grados de incapacitación: total, cuando la persona carezca de capacidad intelectual y volitiva (en cuyo caso se le somete a tutela y se nombra un tutor); y, parcial, cuando hay un cierto grado de discernimiento, es decir, la persona presenta capacidad intelectual y volitiva (en cuyo caso se le somete a la llamada curatela y se nombra un curador). A mayor grado de autogobierno, se establecerá un régimen de guarda de menor intensidad; mientras que, a menor grado de autogobierno, se aplicará una mayor intensidad en el régimen de guarda.

²⁵Cfr. España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia de 10 de febrero de 1986 (RJ 1986\520).

3. EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN

3.1. Régimen jurídico actual

Teniendo en cuenta la Constitución Española y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por las Naciones Unidas en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, sin perjuicio de otras normas²⁶ que procedan en tanto en cuanto regulan el régimen jurídico de las personas con discapacidad, las principales normas a la hora de llevar a cabo un procedimiento de incapacitación son el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.2. Sujetos

Las personas implicadas en el proceso de incapacitación, sin perjuicio de referirnos a ellas más adelante, son tanto el presunto incapaz (que puede actuar con legitimación activa o pasiva) como las personas que incoan el procedimiento, entre los que nos encontramos a familiares (cónyuge o la persona que se encuentre en una situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes y hermanos del incapaz), al Ministerio Fiscal y a personas que, por su profesión u oficio, tengan que ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial.

3.2.1. Legitimación activa

El artículo 757.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la legitimación activa corresponde a:

- a) “El presunto incapaz
- b) El cónyuge o la persona que se encuentra en una situación de hecho asimilable.
- c) Los descendientes.
- d) Los ascendientes.
- e) Los hermanos del presunto incapaz”.

Se introduce una novedad con la reforma de la Ley 41/2003 al reconocer al propio incapaz la posibilidad de iniciar él mismo el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, así como a la pareja de hecho como persona legitimada activamente para instar la incapacitación y equipararla al cónyuge en este supuesto.

²⁶ Algunas de las normas que resultan de aplicación son: Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad; Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención; Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; etc.

Asimismo, se prevé en el artículo 757.2 LEC el supuesto de que, si no existiesen las personas anteriores o, de existir, no iniciasen la solicitud de incapacitación, el Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación.

El derecho español no contempla que la actuación para iniciar el proceso de incapacitación sea pública, de igual modo que el Juez tampoco puede promover de oficio el procedimiento si no hay un interesado que presente inicialmente una demanda de incapacitación. Por ello, ante la necesidad de proteger los intereses de las personas con capacidad de actuación limitada, el legislador consolida una serie de mecanismos que permiten que “[c]ualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación”. Asimismo, el artículo 757.3 LEC contempla un supuesto en el que las autoridades y funcionarios públicos deberán de informar al Ministerio Fiscal cuando, con motivo de su labor y de su cargo, tengan conocimiento de la existencia de una posible causa de incapacitación de un tercero. Esto no implica que el Ministerio Fiscal, previo estudio del presunto incapaz, deba instar dicho procedimiento, ya que debe valorar si concurren o no las causas necesarias para incapacitar a una persona.

No obstante, se contemplan una excepción: el procedimiento de incapacitación de menores de edad. El artículo 757.4 LEC establece que la incapacitación en el supuesto de menores de edad sólo puede ser iniciada por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

Por su parte, el Juez en ningún momento puede iniciar de oficio el procedimiento de incapacitación ya que, en todo caso, deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (artículos 757.3 y 762.1 de la LEC).

3.2.2. Legitimación pasiva

Por su parte, la legitimación pasiva le corresponde al presunto incapaz, que podrá comparecer en el proceso en su propia defensa o representación. Si no lo hiciese, será defendido por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido el promotor.

Sin embargo, el artículo 758 de la LEC, tras la reforma de la Ley 41/2003, consolida la posibilidad de que el proceso se inicie por petición del presunto incapaz. El presunto incapaz se encuentra legitimado porque, mientras no se dicte una sentencia que declare dicha situación, se encuentra en pleno ejercicio de su capacidad de obrar, debiéndole permitir personarse y actuar como parte en el proceso. En este supuesto será el Ministerio Fiscal el que ocupe la posición de demandado.

3.2.3. La intervención del Ministerio Fiscal

Recordamos que el Ministerio Fiscal está legitimado para iniciar el procedimiento de incapacitación no sólo en el supuesto de inexistencia de familiares, sino también en el caso de que éstos no lo hubieran solicitado.

También, el artículo 757.3 LEC contempla la vía por la que el Ministerio Fiscal podrá conocer la existencia de una posible causa de incapacitación de una persona por medio de la información facilitada por las autoridades y funcionarios públicos que conozcan de dicha situación por razón de su cargo.

Asimismo, se le atribuyen varias funciones al Ministerio Fiscal en estos procesos. La regla general que se establece en el artículo 749 de la LEC consiste en velar durante todo el proceso de incapacitación por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada. Para ello, el Ministerio Fiscal siempre será parte en el proceso, a pesar de no ser él el que lo promueva ni tampoco deba asumir la defensa del presunto incapaz. Sin embargo, existen otros supuestos fuera de la regla anterior en los que también debe ser preceptiva su actuación: en los supuestos en los que es el Ministerio Fiscal el que promueve la incapacitación (artículos 757.3 de la LEC), así como en el momento en el que tenga que actuar como defensor del presunto incapaz²⁷.

3.3. Objeto del procedimiento

La incapacitación se regula en el Título IX del Libro Primero (denominado “De las personas”) del Código Civil (en sus arts. 199 a 201 CC) y en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (bajo la rúbrica “De los procesos especiales”), concretamente en su Título I (“De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores”) en el Capítulo II (“De los procesos sobre la capacidad de las personas”) en el que se contienen los artículos 756 hasta el 763 LEC.

El procedimiento de incapacitación sigue los trámites del juicio verbal y, en virtud del artículo 753 de la LEC, “*el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días*”, tratándose de una contestación escrita.

Asimismo, el artículo 749.1 de la LEC establece que “[e]n los procesos sobre la capacidad de las personas, [...] será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes” debiendo salvaguardar el interés de la persona afectada durante todo el proceso. Es decir, en el procedimiento de incapacitación siempre es parte el Ministerio

²⁷ Cfr. CONTRERAS, P.P. (coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCAN, M.A., *Curso de derecho civil (I). Derecho de la persona*, Vol. II. Fuenlabrada (Madrid): Ed. Edisofer S.L., 2016, p.141.

Fiscal, ya que en todos los pleitos relativos al estado civil de las personas, siempre es preceptiva su actuación.

En virtud del artículo 751 de la LEC, el proceso de incapacitación es indisponible ya que no surtirá efecto ni la renuncia, ni el allanamiento, ni la transacción. Además, para el desistimiento es necesaria la conformidad del Ministerio Fiscal, generalmente. Asimismo, en el artículo 752.2. LEC se contempla que la conformidad de las partes sobre los hechos no vincula al tribunal, ni tampoco puede éste decidir basándose única y exclusivamente en esa conformidad, en el silencio o en las respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria, sino que debe basarse en los hechos probados, *“con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento”* (artículo 752.1. LEC).

Respecto a la personación del demandado, como ya hemos avanzado, el artículo 758 de la LEC establece que el presunto incapaz comparecerá en el proceso en su propia representación y defensa, sin embargo, en caso de que no lo hiciese, deberá defenderlo el Ministerio Fiscal (cuando no hubiese instado él la demanda de incapacidad, supuesto en el cual el Letrado de la de la Administración de Justicia designará un defensor judicial).

Este tipo de procesos debe decidirse atendiendo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados. En el proceso de incapacitación se deben analizar las circunstancias que concurran en la persona incurso en el procedimiento de incapacitación, es decir, el estado psíquico y físico en el que se encuentra el presunto incapaz, ya que la incapacitación no puede producir los mismos efectos jurídicos, sino que los tribunales deben fijar su alcance y determinar qué tipo de actos deben restringirse de la capacidad de obrar. El artículo 759 de la LEC establece que, sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal, de las demás partes y de las demás decretadas de oficio por el tribunal (artículo 752 de la LEC), el tribunal deberá efectuar: 1) la audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz; 2) el examen o exploración del presunto incapaz; 3) la necesidad de acordar de oficio dictámenes periciales médicos, necesarios en atención a las pretensiones de la demanda (ya que no se puede decidir la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el Tribunal); y 4) demás medidas previstas por las leyes. Los dictámenes médicos, a pesar de ser un requisito exigido en el proceso de incapacitación, no vinculan al Juez. Destaca la actividad probatoria que debe llevar a cabo el juez, ya que es necesario el examen directo, no sólo de las personas más próximas de su entorno, sino también del presunto incapaz.

Si es necesario, el juez tiene capacidad para adoptar medidas de protección del presunto incapaz durante el proceso, antes de dictar la sentencia, encontrándonos con excepciones (por ejemplo, en la incapacitación del menor, un hijo protegido por la patria potestad...). Por ello, el artículo 762 de la LEC dota al Juez de competencia para que adopte de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio. Por su parte, el Ministerio Fiscal podrá solicitar del tribunal que tome las medidas de protección necesarias.

Una vez llevadas a cabo las garantías anteriores, el Juez es el competente para dictar una sentencia de incapacitación en la que se contemplen las limitaciones así como el régimen de guarda al que se debe someter a la persona a la que se le acaba de limitar la capacidad de obrar, en la que tendrá muy presente el mandato constitucional recogido en el artículo 49 de la CE, que establece 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”*. Por lo tanto, se debe dotar a las personas con deficiencias físicas o psíquicas de una adecuada protección para el correcto mantenimiento de sus intereses.

3.4. Los regímenes de guarda

En lo que respecta al régimen de guarda, el artículo 215 del Código Civil contempla tres instituciones para la protección tanto de la esfera personal como patrimonial del incapaz o únicamente para la protección de la persona o de sus bienes. Estas figuras son: la tutela, la curatela y el defensor judicial.

Tanto la tutela como la curatela se erigen en unos mecanismos de guarda y protección legal (hemos visto anteriormente que tenemos otro tipo de mecanismos de protección) de la persona con capacidad de obrar limitada, ya sea total o parcialmente, con la finalidad de suplir o complementar esa falta de capacidad, reduciendo así los riesgos que dicha limitación puede implicar en su esfera personal y patrimonial.

Ambos regímenes de guarda comparten características comunes, hasta el punto de que son numerosos los preceptos de la tutela que se aplican analógicamente a la curatela. Sin embargo, la principal diferencia que encontramos entre ambas instituciones, que es más que notable, es que el tutor actúa como representante legal del incapaz, sin cuya actuación los actos del pupilo no tendrían eficacia jurídica mientras que, el curador, simplemente complementa la capacidad de obrar restringida en aquellos actos en los que así proceda.

Sin embargo, la realidad jurídica de nuestro ordenamiento no era así a pesar de que tanto la normativa del Código Civil como la de la Ley de Enjuiciamiento Civil establecían claramente que la restricción era graduable. Esto llevaba a los jueces en los procedimientos de incapacitación a establecer el régimen de la tutela con carácter general, sin atender al caso concreto ni a la capacidad de autogobierno de la persona, en lugar de establecer un régimen de tutela con unas medidas menos restrictivas o un régimen de curatela con unas facultades más amplias. La tutela se consideraba el régimen de guarda por excelencia en la incapacitación, de hecho, una evidencia de lo extendida que estaba esta concepción la encontramos en la propia RAE, que define la incapacitación como la *“declaración judicial que limita o anula la capacidad de obrar de una persona, estableciendo para ella un régimen de protección que normalmente consiste en la tutela”*.

Por este motivo, nos hemos encontrado con numerosas restricciones a personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente a la hora de ejercitar derechos que le conceden tanto la Convención de Naciones Unidas como la Constitución Española.

Sin embargo, tras el cambio de percepción sobre la adecuación de las medidas de protección, el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia 124/2018, de 7 marzo²⁸ explica muy acertadamente entre sus fundamentos la diferencia entre ambos regímenes de guarda: *“La tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales (STS 1 de julio de 2014), si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención, por la curatela (SSTS de 20 octubre 2014; 11 de octubre de 2011; 30 de junio de 2014; 13 de mayo de 2015, entre otras), en el entendimiento (STS 27 noviembre de 2014 (RJ 2014, 6032)) que en el Código Civil (LEG 1889, 27) no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que el amparo de lo previsto en el artículo 289 CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad”*. Respecto a la tutela, continúa afirmando que: *“es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el art. 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC).”*

Por lo tanto, se debe aplicar un sistema de guarda adecuado a las limitaciones concretas que padece el incapaz, es decir, una proporcionalidad entre la necesidad de protección de la persona con discapacidad y su propia voluntad. De hecho podemos observar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se manifiesta a favor del establecimiento de un sistema proporcional en atención a las necesidades de la persona con discapacidad, que se consolida en la STS 341/2014, de 1 de julio²⁹, la cual sirve de referencia para múltiples pronunciamientos posteriores respecto a este tema. Sin duda, en la jurisprudencia va calando la necesidad de graduación y de adecuación de las restricciones de la capacidad de obrar y las necesidades de la persona incapacitada, de acuerdo con sus facultades volitivas e intelectivas, surgiendo así el concepto de “el traje a medida”. Así, “[...] la

²⁸ Cfr. España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 124/2018, de 7 marzo (RJ 2018/934)

²⁹ Cfr. España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia 341/2014, de 1 de julio (RJ 2014/4518)

incapacitación no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación 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 hemos recordado recientemente, "el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada"³⁰.

Debe ser un traje a medida³¹. 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. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona"³².

³⁰ No es la primera sentencia en la que el Tribunal Supremo se manifiesta en este sentido, ya que donde se encuentra por primera vez el concepto de "traje a medida" es en la STS 282/2009, de 28 abril (RJ 2009\2901). A la hora de hablar de las medidas que se deben establecer para la protección de las personas con discapacidad, dispone que "[y]a no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta". De hecho, promueve la compatibilidad entre el sistema español relativo a la discapacidad intelectual con la propia Convención. Por ello, en su Fundamento de Derecho Quinto el TS dice "[...] el problema que puede plantear la entrada en vigor de la Convención y la necesidad de interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico a la luz de estos principios consiste en cómo integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer. Y ello partiendo de una base indiscutible de acuerdo con la que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección.

Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurran algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad."

³¹ Otra sentencia que se pronuncia en el mismo sentido es la STS 504/2012, 17 de julio (RJ 2012\8362).

³² Por su parte, la STS núm. 552/2017 reitera la sentencia 341/2014, de 1 de julio (RJ 2014\4518) al disponer que: "[...] 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. Esta graduación 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".

Continúa con el "traje a medida", lo que el Tribunal explica como "[...] adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la

Con este argumento, el Tribunal Supremo considera que la incapacitación es una forma de protección de los derechos fundamentales del presunto incapaz, sin que por ello deje de ser titular de derechos y obligaciones.

Por lo tanto, la situación real de la persona será determinante a la hora de elegir el régimen de guarda que proceda. Y así, “[c]uando proceda la incapacitación total, porque no exista ninguna faceta de la autonomía de la persona con discapacidad que esta pueda realizar por sí sola o, cuando menos, auxiliada o supervisada por otra, la guarda legal que corresponde constituir es la tutela. [...] El ejercicio de esta representación debe atender a las preferencias de la persona discapacitada, que se puedan haber manifestado con anterioridad o que de algún modo puedan serlo en ese momento, y siempre bajo el control judicial.

Lógicamente, quedan a salvo aquellos actos que la persona discapacitada solo pueda realizar por sí sola, ya sea por Ley -los derechos personalísimos- o por la sentencia de incapacitación -por ejemplo el ejercicio del derecho de sufragio activo [...].

La curatela de los incapacitados se concibe en términos más flexibles, [...]. Está pensando en incapacitaciones parciales, en las que la sentencia gradúa el alcance de la incapacitación, y consecuentemente determina la competencia del órgano tutelar [...].

[...] para distinguir cuándo procede una institución tutelar u otra, hay que atender a si la sentencia de incapacitación atribuye al guardador legal la representación total o parcial del incapacitado, pues es ésta 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 incapacitación; 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”.

Sin embargo, a la hora de hablar del régimen tutelar que se debe establecer, sigue una cierta tendencia a la tutela en los supuestos de incapacitación total pero ello no impide que el régimen de la tutela se pueda modular en atención a las necesidades del incapaz.

incapacidad. Esta graduación 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. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una 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”.

En consonancia con la sentencia anterior, recientemente sentencias del año 2018, como la ya citada STS núm. 124/2018, de 7 marzo³³ y la STS núm. 118/2018, de 6 marzo³⁴, añaden a la necesidad de “un traje a medida” que “[e]l art. 200 CC [...] y el art. 760.1 LEC [...] deben ser interpretados bajo la consideración de que la persona con discapacidad “sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección”, en la medida en que lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tenga en su autogobierno, y, por ello, en tanto no le permitan ejercer sus derechos como persona³⁵”.

En definitiva, la jurisprudencia lo que pretende expresar es la necesidad de establecer medidas adecuadas en atención a las limitadas facultades intelectivas y volitivas que posea la persona discapacitada. Es decir, lo fundamental a la hora de hablar de un procedimiento de incapacitación es la proporcionalidad de las restricciones (con ánimo de protección de la persona) y atender a una finalidad tuitiva.

Desde antaño no se ha aplicado correctamente el Código Civil, ya que no se ha atendido a la proporcionalidad entre el régimen de guarda aplicado y el grado de autogobierno del incapaz, sino que se ha aplicado como norma general el régimen de tutela para personas que no requerían representación y sustitución en sus actuaciones. Por ello, esta nueva regulación debería atenderse al caso concreto y no a la generalidad. Esto supone una vulneración de los principios recogidos en la Convención de Nueva York así como al Código Civil propiamente dicho.

3.4.1. Ejemplo del intento de subsanación de la restricción previa de derechos: la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General³⁶

En este epígrafe se ha hablado de que, en la realidad jurídica que predominaba anteriormente, se han efectuado restricciones en los derechos de personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente sin atender a su grado de autogobierno. Un ejemplo de este modus operandi lo constituye el ejercicio del derecho de sufragio.

La Convención de Naciones Unidas de 2006 contempla, en su artículo 29, la inclusión de las personas con discapacidad en la vida política y pública del Estado, al disponer que los Estados que hayan ratificado el Convenio “*garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con*

³³ Cfr. España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª). Sentencia núm. 124/2018 de 7 marzo (RJ 2018/934).

³⁴ Cfr. España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª). Sentencia núm. 118/2018 de 6 marzo (RJ 2018/1062)

³⁵ En el mismo sentido se pronuncia la STS 282/2009, de 29 de abril (RJ 2009/2901) y la STS 341/2014, de 1 de julio (RJ 2014/4518).

³⁶ Cfr. España. Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Boletín Oficial del Estado, 20 de junio de 1985, núm. 147, pp. 19110 a 19134.

las demás” comprometiéndose a que puedan participar en la vida política y pública “en igualdad de condiciones con las demás”. Participar en la vida pública implica que posean tanto el derecho a votar como la posibilidad a ser elegidas, así como desempeñar cualquier función pública. También se fomenta su participación en organizaciones no gubernamentales que se vinculen con la vida pública y política del país, incluyendo también la participación en partidos políticos.

Sin embargo, inicialmente, la regulación del derecho de sufragio existente en España era totalmente contrario al principio rector recogido en el artículo 25 de la Convención de Nueva York, ya que la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, en su artículo 3, establecía que no poseían el derecho de sufragio “*los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio*” así como “*los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio*”. Por lo tanto, se ha privado de este derecho a personas que, por tener su capacidad de obrar modificada, se encuentran en circunstancias cognitivas y volitivas adecuadas para poder ser elegidas en las elecciones nacionales así como participar en la elección de los representantes gubernamentales.

Como norma general, el derecho de sufragio se adquiere cuando se alcanza la mayoría de edad. Sin embargo, esto no se cumple con las personas a las que se le hubiese modificado la capacidad de obrar, a las cuales se les privaba de dicho derecho simplemente dándolas de baja en la Oficina del Censo Electoral.

De hecho, podemos hacer referencia a la STS núm. 181/2016 de 17 marzo³⁷ supuesto en el que unos padres solicitaron la prórroga de la patria potestad de su hija pero que ésta pudiese mantener sus derechos personalísimos. Sin embargo, el tribunal de primera y de segunda instancia privó a Rosalía de su derecho de sufragio, frente a lo que recurrieron sus padres al considerar que vulneraba los principios de la Convención y de la Constitución.

Sin embargo, el Supremo reitera aquí la decisión de las dos instancias anteriores al considerar que la persona con discapacidad no comprendía el valor del dinero, conceptos legales básicos así como conocimientos políticos elementales. Por ello, en defensa de dicha valoración alega que “*la decisión de privación del derecho de sufragio activo es por tanto legalmente posible y compatible con la Convención de nueva York, sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, para calibrar la necesidad de una medida dirigida a proteger los intereses del incapaz y el propio interés*

³⁷ Cfr. España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 181/2016, de 17 marzo (RJ 2016/846).

general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada, como advierte la sentencia recurrida”.

En España se ha tratado de paliar esta restricción mediante la aprobación de 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 discapacidad³⁸, la cual establece en su PREÁMBULO que *“el ejercicio del derecho de sufragio en igualdad de condiciones supone la máxima expresión de participación política de los miembros de una sociedad democrática”*, como bien establece el artículo 29 de la Convención de Naciones Unidas. Sin embargo, la forma de hacerlo es otorgarle a todas las personas con discapacidad el derecho a votar, lo que puede suponer una contradicción con el propio sentido de la institución de incapacidad propiamente dicho. En su artículo único, establece que *“toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera”*, continuando dicho artículo estableciendo que *“quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente [en personas declaradas incapaces en virtud de sentencia judicial firme y en los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial], ahora suprimidas. Las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley”*.

El legislador no se ha percatado del peligro que supone esta modificación, ya que con esto no se está consiguiendo la graduación de las medidas necesarias para la persona con discapacidad, sino que se está tratando a todos los incapacitados por sentencia judicial por igual, sin atender a su capacidad cognitiva y volitiva.

Podemos concluir que no todas las personas con una sentencia de incapacitación se encuentran facultadas para poder ejercer el derecho de voto, siendo necesario un exhaustivo examen sobre sus facultades y su conocimiento sobre conceptos básicos elementales en la vida cotidiana. Por lo tanto, no es una solución eficiente el devolver este derecho a toda persona con capacidad de obrar modificada en un procedimiento judicial.

Lo que se debería hacer, desde un primer momento, es atender a la capacidad de autogobierno de la persona sobre la que versa el procedimiento de incapacitación y, partiendo de esa base, establecer proporcionalmente las limitaciones adecuadas a su protección. Es decir, la configuración de un traje a medida.

³⁸ Cfr. España. 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. Boletín Oficial del Estado, 6 de diciembre de 2018, núm. 294, pp. 119785 a 119787.

3.5. Medidas en previsión de la incapacidad: los poderes preventivos y la autotutela

Muy relacionado tanto con la incapacitación como con el incremento de la Esperanza de Vida, así como la existencia de enfermedades degenerativas que puedan provocar una pérdida de la capacidad de obrar, surge la necesidad de establecer unas medidas de protección en las que se atiende a la voluntad de la persona, evitando la intervención judicial. Surgen así las figuras de los poderes preventivos y la autotutela.

Los poderes preventivos y la autotutela tienen un fundamento semejante, ya que permiten anticipar la voluntad de la persona con discapacidad y dotarla de validez en previsión, en un momento anterior a la aparición de ésta, de la pérdida de la capacidad volitiva e intelectual de la persona.

La autotutela se regula en el artículo 223 del Código Civil al establecer el precepto que “[...] cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”. Además, para el nombramiento del tutor, el artículo 234.1 Código Civil consolida la preferencia del Juez por el tutor designado por el propio incapacitado.

Es decir, que la persona, todavía capaz, puede establecer de forma preventiva medidas relativas a su persona, a sus bienes y también a la designación del tutor para el supuesto de una futura incapacitación. Sin embargo, esto no impide que el juez pueda excluir o alterar el orden de las personas elegidas por el presunto incapaz, siempre que se haya realizado un juicio de idoneidad de las personas que han sido voluntariamente elegidas³⁹. Un ejemplo de la facultad de exclusión del juez, realizado el juicio de idoneidad, de la persona designada por el presunto incapaz se observa en la STS núm. 504/2012, de 17 de julio⁴⁰. En dicho supuesto un hombre con trastorno bipolar otorga poder a su cuidadora, sin embargo, ésta aprovecha a hacerse con elevadas cantidades de dinero, induciendo a que fuese el propio tutelado quien quitase dinero de su cuenta y lo ingresase en la de ella. Para evitar este tipo de situaciones y proteger al tutelado, es necesario atender a la idoneidad de las personas elegidas por el presunto incapaz.

La autotutela deberá designarse mediante documento público notarial, así como comunicarla al Registro Civil, de hecho, el artículo 223 CC dispone en su párrafo II que “[l]os documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado”. A partir de la reforma del año 2003, cuando se vaya a solicitar la incapacitación de una persona, se debe acudir al Registro Civil para mirar si

³⁹ Cfr. PARRA LUCAN, M.A., *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Madrid: Ed. Centro de estudios Ramón Areces, 2015, p. 142

⁴⁰ Cfr. España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 504/2012, de 17 de julio (RJ 2012/8362).

la persona ha dictado autotutela, como bien establece el artículo 223 en su párrafo III: *“En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo”*.

El poder preventivo es una manera de hacer frente a la posterior incapacidad de una persona. A este supuesto se aplican las normas del mandato, de ahí que se aplique el artículo 1732 del Código Civil. En su origen, este precepto contemplaba como causas de extinción del poder la incapacitación del mandatario o del mandante. Sin embargo, gracias a la una modificación del artículo, se establece una excepción a la norma general, de manera que el poder no se extinga con la incapacitación de la persona. De hecho, el precepto dispone en su párrafo II que *“el mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”*.

Por lo que en este contexto interesa, nos hemos limitado al concepto de autotutela por estar muy ligada a la incapacitación, en tanto en cuanto los poderes preventivos se desarrollan en un ámbito extrajudicial, sin perjuicio de que puedan pervivir a pesar de una incapacitación.

3.6. Competencia

Como norma general, la **competencia objetiva** del proceso de incapacitación corresponde al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del incapaz, sin embargo, existen juzgados especializados de tutelas e incapacitaciones en algunas ciudades.

En atención a la **competencia territorial**, es competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que resida la persona sobre la que se abre el procedimiento de incapacitación.

4. LA REINTEGRACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR Y MODIFICACIÓN DE LA INCAPACITACIÓN

El artículo 760 de la LEC determina el alcance de la sentencia de incapacitación. En este sentido establece que la sentencia que declare esta situación debe establecer los límites y la extensión de dicha incapacitación. También debe pronunciarse sobre el régimen de tutela o guarda al que haya que someter al incapacitado, así como sobre la necesidad de internamiento, en el supuesto de que la situación del incapaz lo requiera. Tanto la extensión y límites de la incapacitación como el régimen de guarda o tutela dependen, esencialmente, del grado de discernimiento del presunto incapaz, es decir, de su autogobierno.

Cabe destacar que la sentencia de incapacitación no produce excepción de cosa juzgada ya que, como veremos más adelante, la incapacitación puede modificarse si cambian las circunstancias que dieron lugar a la misma. De la misma manera, la declaración de incapacidad no produce efecto retroactivo ya que, la persona con capacidad de obrar modificada, conserva ésta hasta el momento en el que se dicte la sentencia.

Teniendo en cuenta que las causas de incapacitación están constituidas por una enfermedad o deficiencia física, psíquica o psicológica y que ésta no tiene por qué mantenerse inalterable a lo largo de la vida de la persona incapacitada judicialmente, de manera que esa enfermedad o deficiencia puede evolucionar hasta el punto de desaparecer o pueda ampliarse, el artículo 761.1 de la LEC establece que la sentencia de incapacitación *“no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”*.

Llegados a este punto, debemos destacar que la incapacitación judicial supone un estado civil, por ello, son necesarios 2 requisitos para proceder a la modificación de la capacidad de obrar: la existencia de una causa, la cual, como establece el art. 200, impida el autogobierno de la persona; y que dicha situación se declare en una sentencia judicial de incapacitación. El hecho de que la persona supere la enfermedad o deficiencia que dio lugar a la incapacitación no basta para la modificación de su estado civil de incapacitado, sino que es preciso que se dicte una sentencia que deje sin efecto a la que dio lugar a la incapacitación.

Como hemos señalado, la sentencia de incapacitación no puede tener efecto de cosa juzgada ya que puede disiparse o agravarse la causa que dio lugar a la misma. En el primer caso, quedaría sin efecto la declaración de incapacitación, en los términos en los que nos hemos referido anteriormente. Sin embargo, si la causa se agrava, deberá modificarse de nuevo los actos que el incapacitado puede realizar sin autorización del que ejerce el cargo tutelar. En ambos casos se modifica el estado civil de la persona. En el primero dejaría de ser incapacitada y en el segundo seguiría siéndolo, pero con un alcance diferente.

Ilustrativo de lo que acabamos de afirmar es el pronunciamiento de la STS núm. 383/2018 de 21 junio⁴¹, contenido en el cual se evidencia que el requisito de la persistencia de la enfermedad no significa la irreversibilidad de la existencia de incapacidad. Pone de relieve la necesidad de un nuevo juicio de modificación de la capacidad. En concreto, se nos dice que: “[e]n cuanto a la necesidad de que la persistencia de la anomalía impida el autogobierno de la persona, se afirma asimismo en la STS 282/2009, de 29 de abril, que «debe destacarse en este punto la importancia de la valoración que el Juez haga de los informes o dictámenes periciales, pues se puede padecer una enfermedad o deficiencia inhabilitante y, sin embargo, si su sintomatología externa es excluida mediante el oportuno tratamiento o remedio, de modo que el sujeto pueda comportarse con normalidad, no existirá causa de incapacitación, ya que los avances de la medicina en el terreno psiquiátrico permiten hoy un comportamiento normal a enfermos que hace unos años hubieran sido condenados a largas estancias, cuando no reclusiones de por vida, en establecimientos psiquiátricos; de donde se infiere que el carácter persistente de la enfermedad no sea suficiente para la incapacitación sino que se requiere también, como consecuencia de la misma, que el sujeto sea incapaz de gobernarse a sí mismo...”.

Por lo tanto, la sentencia debe modificar los límites y la extensión de la incapacitación, pronunciándose sobre la necesidad de dejar sin efecto o no la incapacitación, así como el mantenimiento o modificación del régimen de tutela o curatela al que se encuentra vinculado el incapaz.

Las personas facultadas para solicitar el proceso de modificación de la capacidad las reconocidas en el artículo 761.2.II LEC son el propio incapaz (que si se le ha restringido el comparecer en juicio, deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo), el cónyuge o persona en análoga situación, los descendientes, los ascendientes, los hermanos del presunto incapaz, las personas que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, el Ministerio Fiscal.

Deberán practicarse de nuevo las pruebas necesarias para la apertura del proceso de incapacitación. La sentencia deberá dictar si procede la modificación de los límites de la incapacitación o si cabe dejarla sin efecto. Por lo tanto, en la sentencia puede llevarse a cabo la:

1. Solicitud de la extinción de la incapacitación cuando desapareciese la causa que dio lugar a la apertura del inicial proceso de incapacitación y el reintegro de la capacidad de obrar o de autogobierno.
2. Modificación de los límites de la incapacitación anterior cuando aparezcan circunstancias sobrevenidas así como el régimen de guarda.

⁴¹ Cfr. España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 383/2018 de 21 junio (RJ 2018\2670)

5. EL ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

5.1. Introducción

Como bien dice la Exposición de Motivos I del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad *“la nueva regulación está inspirada, como nuestra Constitución en su artículo 10 exige, 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 la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás”*. Su finalidad es adaptar el ordenamiento jurídico español de manera que se elimine la discriminación existente sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y promover la igualdad y el respeto a los principios y valores que se protegen en la Constitución y en la Convención Internacional de Nueva York en 2006.

Concretamente, el artículo 12 de la Convención de Nueva York promueve la igualdad de condiciones, de tal modo que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar en todos los ámbitos de la vida. En tal sentido, una de las principales reformas de este Anteproyecto es el reconocimiento de la mayor autonomía e independencia de las personas incapacitadas.

Es necesario mantener la intervención del Juez, pero desde otra perspectiva: el Juez no declarará la incapacitación de la persona ya que el Anteproyecto busca la eliminación de este estado civil, sino que establecerá un régimen de guarda adecuado a la capacidad, así como las medidas de apoyo necesarias para asistirlo.

El Anteproyecto conllevaría la eliminación de la figura del tutor como régimen de protección de las personas incapacitadas. Esto implica que el régimen de guarda idóneo para los procesos en los que las medidas de apoyo no sean suficientes, será la curatela, actuando excepcionalmente con carácter representativo. Además, se establece prioridad a las medidas preventivas o de apoyo, así como a la guarda de hecho.

Esto implicaría reformar varias normas, entre ellas el Código Civil en sus Títulos IX y X del Libro I.

Para prestar el apoyo necesario a la hora de desarrollar las medidas de apoyo puestas a disposición de las personas con capacidad de obrar modificada, surge la necesidad de incrementar la plantilla en los órganos judiciales. Ello haría necesaria la especialización del personal judicial.

5.2. Incidencia del Anteproyecto en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil

El Anteproyecto de Ley por la que se reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad incide en varias normas como en el Código Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Registro Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria y el Código Penal. A lo largo de este epígrafe vamos a analizar la incidencia del Anteproyecto sobre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil vigentes en la actualidad.

5.2.1. Comparativa entre el Anteproyecto de Ley y el Código Civil

El Anteproyecto de Ley pretende modificar enormemente el contenido del Código Civil al efectuar una gran reforma en la institución de la tutela. En el Código Civil vigente, el Título X se denomina “De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados”, mientras que en el Anteproyecto observamos que el anterior título se desdobra en dos: por un lado, tenemos el Título IX bajo la rúbrica “De la tutela y de la guarda de los menores” y, por el otro, el Título XI denominado “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”.

Este Título introductorio del Anteproyecto (el Título XI), en el que se tratan las medidas de apoyo a las personas mayores de edad que las precisen para que puedan ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad y respetando su personalidad (art. 248 AL), promulga la necesidad de proporcionalidad de las mismas, aplicando en primer lugar las establecidas por la propia persona y, en su defecto o insuficiencia, serán las de origen legal o judicial las que se establezcan. Exalta el respeto de su personalidad al determinar que tales medidas deberán atender a las preferencias de la persona, siguiendo “*su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias*”, así como también “*fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro*”, pretendiendo que se valga por sí misma y alcance la capacidad volitiva e intelectual necesaria para el ejercicio de su capacidad de obrar sin necesidad de apoyo.

Si hacemos una comparativa entre el artículo 222 del Código Civil y el artículo 199 del Anteproyecto observamos que, en la reforma, las personas sujetas al régimen de protección de la tutela son únicamente los menores de edad no emancipados que se encuentren en situación de desamparo o que no estén sujetos a la patria potestad. Sin embargo, en la actualidad, dicha figura se aplica para los supuestos de representación de menores y de personas con capacidad de obrar modificada, como bien establece el artículo 267 CC, en virtud del cual “[e]l tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí sólo ya sea por disposición expresa de la

Ley o de la sentencia de incapacitación”, mientras que en el AL únicamente se orienta a la protección de los menores al disponer que “[e]l tutor es el representante del menor, salvo para aquellos actos que este pueda realizar por sí sólo o para los que únicamente precise asistencia”, eliminado así al incapacitado de este modelo de protección (el artículo 225 AL). Por ello, se constituirá la curatela “cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”, debiendo la autoridad judicial determinar aquellos actos en los que éste requiera asistencia o representación (excepcionalmente en este último caso) y nunca podrán serle restringidos derechos (art. 267 AL). Ya en el artículo 249 AL se consolida que las “[l]as instituciones de apoyo a la persona con discapacidad son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial”, en contraposición con el Código Civil vigente, en el que la guarda de las personas incapacitadas (tanto la protección de su persona como de sus bienes) se realizará mediante la tutela, la curatela o el defensor judicial (art. 215 CC). Continúa diciendo el artículo 249 AL que “[l]a curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad”. Se reitera la eliminación de la tutela como forma de protección y representación de las personas con capacidad de obrar modificada en su grado máximo, de tal forma que la curatela, según la configuración que se pretende alcanzar, se utilizaría indistintamente para cualquier grado de imposibilidad de autogobierno.

Asimismo, a la hora de atender a las causas de extinción del régimen de tutela, en la normativa actual, el artículo 277 CC contempla, como una de las causas de finalización de este régimen, el hecho de que se dicte una resolución judicial que suponga la extinción o la modificación de la incapacitación (sustituyendo la tutela por la curatela). Sin embargo, en el Anteproyecto de Ley, cuando se habla de la extinción de la tutela, únicamente se mencionan situaciones relacionadas con el menor de edad (art. 230 AL), sin referirse en ningún momento a las personas incapacitadas.

En la regulación actual, quedan sujetos a la curatela “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” (art. 287). Se aplica este régimen para aquellas personas incapacitadas cuyo grado de autogobierno sea el suficiente para que el curador ejerza sólo una función de mera asistencia, y no de representación, como se pretende en el Anteproyecto.

Entorno a la figura del defensor judicial, se simplifica enormemente, proclamando en un único artículo (235 AL) el hecho de que este régimen permite que se aplique en su totalidad a las personas con discapacidad. Como es lógico, en el régimen normativo aplicado, los preceptos relacionados con el defensor judicial se completan con los aplicados a los tutores y curadores (art. 301 CC), sin embargo, en el Anteproyecto, únicamente resulta de aplicación los previstos para el curador (art. 295 AL).

Conocemos la figura de la autotutela (art. 223 CC)⁴², instrumento que faculta a la cualquier persona, que posea la suficiente capacidad de obrar, la designación de un tutor o tutores para el caso de que en el futuro devenga incapaz, pudiendo decidir también sobre aspectos relacionados con el cuidado de su persona, así como la administración de sus bienes. También, en el Anteproyecto, podemos observar como se consolida la facultad de determinar medidas de protección designadas por la propia persona en previsión de una posible modificación de su capacidad de obrar, otorgando poderes preventivos o proponiendo un curador (artículo 251 AL). La autocuratela, si bien no aparece de forma expresa en el tenor literal del CC actual, ya venía siendo admitida de forma unánime tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, desarrollándose más pormenorizadamente en el artículo 269 AL. Dicha figura coincide en los aspectos básicos con la autotutela, ya que permite “*proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador*”, así como establecer “*aspectos relacionados con el contenido de la curatela, como lo es el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes*”. Sin embargo, establece otras facultades que no existen en el régimen vigente como lo es la determinación de la retribución del curador, eliminar la obligación del curador de hacer inventario, proponer medidas de vigilancia y control, entre otras. Vemos de nuevo la desaparición de la figura de la tutela en otra de sus vertientes.

Una gran novedad que plantea el Anteproyecto es la regulación de la responsabilidad de la persona con discapacidad por los daños causados a terceros, regulada en el artículo 297 AL, en el que se establece que “[l]a persona con discapacidad responderá en todo caso por los daños causados a terceros, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 1902 y 1903 en relación a otros posibles responsables”. Esta previsión, en aras a la mayor protección de las personas con discapacidad, puede resultar contraproducente.

Por lo tanto, la figura principal en el Anteproyecto es la curatela, ya que actúa como base de los regímenes de protección en contraposición con la normativa actual, donde la protagonista es la tutela, y ello es debido a que, durante muchos años, el régimen de la tutela se aplicó de manera indiscriminada y sin atender a las circunstancias particulares de cada caso. Ello no quiere decir que no tuviésemos los mecanismos necesarios para que se pudiese establecer un régimen de guarda adecuado al grado de autogobierno de la persona, pues ya existía la figura de la curatela. Sin embargo, el Anteproyecto, elimina radicalmente la tutela a favor de la curatela, a la que le confiere unas características que, en algunos casos, nada tienen que ver con su configuración actual (vgr. art. 283 “*curador con facultades representativas*”).

⁴² Vid. infra 3.1.

5.2.2. Comparativa entre el Anteproyecto de Ley y la Ley de Enjuiciamiento Civil

Si continuamos analizando las modificaciones que se pretenden llevar a cabo con la aprobación de este Anteproyecto de Ley, podemos observar como otra de las normas en las que también incide es en la Ley de Enjuiciamiento Civil

El Anteproyecto realiza varias modificaciones a lo largo del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad, encontrándonos con la primera en el artículo 757 LEC, el cual le otorga legitimación activa a varias personas para instar al procedimiento de incapacitación. La enumeración de las personas con dicha legitimación sufre una pequeña matización, ya que en la redacción actual simplemente aparece “*el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable*”, sin embargo, se hace aquí una precisión, ya que la nueva redacción sería “*su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable*”.

En la regulación actual, el tenor literal del artículo 760.1 LEC es “[l]a 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”, mientras que en el Anteproyecto se limita al establecimiento de medidas de protección que deberán ser revisadas periódicamente. Por lo tanto, como ya hemos avanzado, todo indica la intención de eliminar la incapacitación como estado civil que, sin embargo, si se mantiene con relación a la prodigalidad.

Asimismo, se amplían las precisiones respecto al ámbito de la reintegración de la capacidad y de la modificación del alcance de la incapacitación (art. 761 LEC), ya que se establece que el tribunal competente deberá ser el que conoció del proceso de incapacitación inicialmente, siempre que el incapacitado continúe residiendo en la misma circunscripción. Se sintetiza más el párrafo II, otorgando legitimación para formular la petición a las personas del artículo 757 LEC (del que ya hemos hablado al inicio del epígrafe).

Por último, como novedad, respecto a los procesos matrimoniales (artículo 770.8ª LEC), se introduce una nueva regla en atención a la adopción de medidas de apoyo a los hijos menores de 17 años que se encuentren en situación de discapacidad durante los procesos matrimoniales.

5.3. Estudio del Informe del Consejo General del Poder Judicial⁴³

5.3.1. Novedades del Anteproyecto

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial ha elaborado un informe que respalda el Anteproyecto de ley, que hemos explicado hasta el momento, elaborado por el Ministerio de Justicia con la finalidad de reformar la legislación en materia civil y procesal en el procedimiento de incapacitación de una persona.

El Anteproyecto pretende adecuar la legislación civil y procesal a los principios y obligaciones recogidos en la Convención (contemplados en su artículo 12). Concretamente, la finalidad es el reconocimiento de la personalidad y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Se trata de una modificación, no solo jurídica, sino especialmente de la percepción social al otorgarle el pleno reconocimiento de posesión de capacidad jurídica a las personas con discapacidad.

Por ello, se altera el sistema de protección de las personas con discapacidad en las siguientes vertientes:

- i) Eliminación de la incapacitación como estado civil y de la incapacitación como declaración judicial de modificación de la capacidad de las personas afectadas por alguna discapacidad.
- ii) Anulación de la tutela, la cual se basa en la sustitución y en la representación de la persona con discapacidad.
- iii) Primacía de la voluntad y autogobierno de las personas con discapacidad.
- iv) Configuración de un sistema de apoyos proporcional a la discapacidad de la persona, permitiendo que pueda desenvolverse en todos los aspectos de la vida en condiciones de igualdad.

Este nuevo sistema busca la eliminación de la institución de la tutela, de manera que el sistema de guarda legal por excelencia sea la curatela, actuando como un sistema de apoyo proporcional al grado de asistencia que precisa la persona con discapacidad.

Asimismo, es necesaria una transformación procedimental, dando lugar a procedimientos, contenciosos y de jurisdicción voluntaria, centrados en el establecimiento de medidas de apoyo adaptadas a la persona con discapacidad. Se requiere el establecimiento de medidas que aseguren la correcta aplicación de las medidas adoptadas, así como efectividad y eficacia de las mismas.

⁴³ Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 29 de noviembre de 2018, por el que se ha aprobado el Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

Con estas modificaciones procedimentales se debe reducir la carga de trabajo de la Administración de Justicia en los siguientes aspectos:

- a) Se le da un mayor impulso a la autorregulación de la discapacidad mediante el otorgamiento de poderes y mandatos preventivos para el supuesto de que el discapacitado necesite apoyo en el ejercicio de su capacidad. Cuando los poderes y mandatos preventivos voluntariamente previstos sean inadecuados o insuficientes serán compatibles con otras medidas de apoyo establecidas judicialmente. También se le da primacía a la autoguardatela, la cual es relevante a la hora de designar a un curador y determinar el contenido de la curatela, sin embargo, no sustituye la intervención judicial.
- b) Hay una primacía de la autorregulación frente a la heterorregulación, de manera que las medidas de apoyo voluntarias desplazan a las judiciales, sin perjuicio de la existencia de ambas. La autorregulación únicamente es sometida a un control judicial posterior, no previo.
- c) Se estimula la institución del guardador de hecho. Éste tiene la facultad de llevar a cabo actos representativos concretos sin necesidad de previo procedimiento judicial (únicamente con autorización judicial concreta).
- d) Desarrollo de la figura de la curatela.
- e) Modificación de medidas de apoyo judiciales. Las medidas de apoyo deben desarrollarse de acuerdo al grado de discapacidad, siendo proporcionadas al tipo de deterioro de las facultades cognitivas. Por ello, el sistema de apoyos necesitaría de una mayor intervención judicial para establecer unas medidas concretas en cada momento y en cada situación.

Asimismo, en el Informe, se recoge la doctrina del Tribunal Supremo en relación a la interpretación que se ha venido haciendo de nuestra legislación y de los principios establecidos en la Convención: el sistema de guarda legal que se pretende consolidar busca un sistema de protección de la persona con discapacidad donde predomina el reconocimiento a la plena personalidad jurídica, así como el respeto a la voluntad y al autogobierno de la persona con discapacidad. Las instituciones tutelares de apoyo al discapacitado deben establecerse como un “*traje a medida*” adecuado a sus necesidades, siendo la institución de referencia la curatela (mientras que, en el sistema vigente, lo es la tutela). En la actualidad, la tutela (sustitución y representación del discapacitado) es una figura utilizada únicamente para aquellos supuestos en los que las alteraciones cognitivas y volitivas fuesen profundas e irreversibles. Se pretende con este Anteproyecto modificar el sistema de sustitución y representación por un sistema de apoyo adecuado al grado de discapacidad, eliminando esta figura y consolidando la curatela.

5.3.2. Críticas del Informe del CGPJ al Anteproyecto

La modificación de un sistema en el que predomina la tutela puede dar lugar a situaciones incompatibles con la tutela judicial efectiva ya que, con este hay un permanente control judicial, sin embargo, el régimen de la curatela, tal y como se concibe en el Anteproyecto, propiciaría una actuación ajena al estricto control judicial.

Otra cuestión que destaca el Informe es la retribución de la persona que ejerce el cargo tutelar. En la normativa vigente, el tutor tiene derecho a ser retribuido bajo la condición de que el patrimonio del tutelado sea suficiente para soportarla, fijando el juez el importe percibido y la manera de recibirlo. Sin embargo, en el actual Anteproyecto, se reconoce también el derecho del curador a obtener una retribución, habiendo una discusión en el articulado entorno a si esta retribución debe entenderse vinculada a la capacidad del patrimonio del discapacitado para soportarla (art. 279 AL referido a la retribución del curador) o si, por el contrario, sin ningún tipo de límite ni condición (art. 228 AL referido a la retribución del tutor de un menor de edad).

En atención al sistema de apoyos, se instauran dos tipos de medidas: medidas anticipatorias o preventivas y medidas reactivas o *ex post*. La diferencia debe atenderse a que las medidas anticipatorias son tomadas por el interesado *ex ante* y se basan en su voluntad, mientras que las medidas reactivas o *ex post* son aquellas que se establecen cuando se aprecia la necesidad de apoyo y el interesado no lo había previsto previamente (son las medidas judiciales de apoyo propiamente dichas). Como el sistema actual busca el respeto a la voluntad del discapacitado, se pretende el desarrollo de las medidas de apoyo preventivas o voluntarias. Las medidas de apoyo preventivas o voluntarias no se denominan como tal en el Anteproyecto, pero sí que se definen en el artículo 251 del AL al disponer el mismo que “*cualquier persona mayor de edad o emancipada, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo. Podrá igualmente otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador*”. Como hemos dicho anteriormente, las medidas interpuestas por la autoridad judicial se dictarán supletoriamente en defecto de la existencia de las anteriores. En la práctica, esta supletoriedad de la medida judicial implica reducir la intervención judicial cuando se apliquen poderes y mandatos preventivos.

No obstante, surge otra crítica al no saber hasta qué punto prima la voluntad y el autogobierno de la persona frente a la tutela judicial de los derechos de la persona discapacitada. Para que ambas vertientes sean compatibles debería permitirse que la intervención judicial no se conciba de manera excepcional, sino que permita ejercer un control sobre las medidas de apoyo voluntarias. Esto no implica que dicho control no deba ser proporcional a la situación del incapaz, pero en ciertos supuestos surge la necesidad de que las medidas de apoyo judiciales deban sustituir a las de carácter

voluntario por no ser adecuadas o proporcionales a las necesidades de la persona con discapacidad. Un ejemplo de esto sería el artículo 285 AL, el cual establece los actos para los que el curador requiere de autorización judicial, lo que implica cierta tensión entre la primacía de la voluntad y el autogobierno de la persona con discapacidad y la intervención judicial (es decir, entre el derecho imperativo y el derecho dispositivo)

5.3.3. Figuras destacadas

Como hemos mencionado anteriormente, la curatela supone la medida por excelencia según el Anteproyecto que estamos analizando. Por ello, en el artículo 266, referido a la curatela, se establece que *“las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias”*. Sin embargo, las medidas deben adaptarse en cualquier régimen de guarda a las necesidades y a la voluntad de la persona con discapacidad, no únicamente en el régimen de curatela. Asimismo, continúa diciendo el mismo precepto que *“a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, se revisarán periódicamente las medidas adoptadas en un plazo máximo de tres años”*, cuestión discutible, ya que son muy diversas las situaciones en las que se puede encontrar una persona con discapacidad. Este plazo puede resultar inadecuado tanto por exceso (por ejemplo en aquellos casos en los que se trata de deficiencias persistentes o irreversibles en el estado actual de la ciencia) como por defecto.

De igual forma, no hay un sólo precepto a lo largo del articulado del Anteproyecto de Ley en el que se contemple la primacía de la curatela como régimen de guarda preferido, sino que simplemente se describe. Esta primacía es la consecuencia de la eliminación de la tutela como régimen de guarda de una persona con discapacidad.

En el Anteproyecto también se consolida como institución de apoyo la figura del guardador de hecho. Esto se debe a que muchas situaciones de discapacidad están mejor atendidas a través de esta figura, que generalmente forma parte de su ámbito familiar, sin necesidad de nombramiento judicial. Si la guarda de hecho se prolonga en el tiempo, el guardador deberá informar a la autoridad judicial de la existencia de dicha guarda y de su actuación como guardador. Se prevé que no sea necesario abrir un procedimiento de medidas de apoyo sino que, simplemente, se requiere la obtención de una autorización judicial ad hoc, examinando las circunstancias en las que se encuentra el discapacitado. Asimismo, en atención a lo dispuesto en el artículo 263 AL, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, el juez puede solicitar en cualquier momento al guardador de hecho que le informe de su actuación y establecer las salvaguardias que estime necesarias.

5.3.4. Otras cuestiones

En la Disposición Transitoria Segunda del Anteproyecto se establece que *“los tutores, curadores y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior, ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta ley a partir de su entrada en vigor”*.

Lo anterior, permite concluir que a los tutores de las personas con discapacidad se les debe aplicar las normas previstas en relación a los llamados curadores representativos.

CONCLUSIONES

El procedimiento judicial de incapacitación ha sufrido numerosas reformas a lo largo de los años, pasando de un planteamiento inicial más bien de exclusión de las personas que padecía alguna merma de facultades físicas o mentales a intentar su mayor inserción en la vida social.

En esta memoria hemos definido la incapacitación como un estado civil que modifica la capacidad de obrar de la persona mediante una sentencia judicial que se pronuncia sobre la firmeza jurídica de los actos realizados por la persona incapaz. Se puede apreciar en esta materia la existencia de varios términos que definen situaciones similares, pero no idénticas, como lo son, por ejemplo, “incapacitación”, “minusvalía”, y “dependencia”, los cuales hemos intentado definir de la forma más comprensible para el lector.

A lo largo de este trabajo se ha incidido en los 3 requisitos necesarios para poder iniciar un procedimiento de incapacitación: la existencia de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, el carácter persistente de la enfermedad y que ésta impida a la persona autogobernarse. Especial relevancia tiene este último término, será fundamental no sólo para la existencia de la propia incapacitación, sino también para su graduación y determinación del régimen de guarda que corresponda: tutela o curatela.

Asimismo, ha sido objeto de estudio el patrimonio protegido, la autotutela y los poderes preventivos, lo que da entrada en nuestro ordenamiento jurídico a la autonomía de la persona en esta materia hasta hace poco absolutamente vetada.

Por otra parte, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006, ha venido a consolidar el reconocimiento de derechos en condiciones de igualdad a las personas que presentan alguna discapacidad. Resulta fundamental el artículo 12 de esta norma por cuanto promueve la igualdad de condiciones, permitiendo que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar en todos los ámbitos de la vida. Sin embargo, son varias las normas en que podemos encontrar regulación en esta materia, como lo son el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, las cuales han sufrido múltiples reformas.

Por lo tanto, la realidad jurídica de nuestro ordenamiento nos otorga los mecanismos necesarios para graduar, en atención a la capacidad volitiva e intelectual de la persona, la limitación en la capacidad de obrar de la persona. Sin embargo, el régimen de la tutela era considerado por los jueces como el régimen de guarda por excelencia, sin atender a la verdadera capacidad de autogobierno de la persona. Esto intentó remediarse mediante la elaboración de normas que ampliaban la capacidad de obrar de todas las personas incapacitadas judicialmente, sin entrar a valorar el grado de autogobierno de cada una de ellas. Ejemplo de ello es la aprobación de la mencionada 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 que garantiza el derecho de sufragio a todas las personas con discapacidad, sin revisar el caso particular de cada una de ellas. Es cuestionable la eficacia de dicha Ley ya que es patente que no todas las personas incapacitadas se encuentran facultadas para poder ejercer su derecho de voto. A nuestro juicio, merece una valoración negativa, por cuanto ese alcance general, propio de una ley, no da una respuesta satisfactoria al problema que se trata de solventar.

Por lo que se refiere a la sentencia de incapacitación es importante señalar que no tiene efecto de cosa juzgada, ya que puede modificarse siempre que haya una circunstancia relevante que incida en la causa que dio lugar a la incapacitación. De todas formas, el mero hecho de que la persona supere la enfermedad que dio lugar a la incapacitación no es suficiente para la modificación por sí sola de su estado civil de incapacitado, sino que es necesario que se dicte una sentencia que deje sin efecto a la que dio lugar a la incapacitación.

En la actualidad, resulta muy cuestionada la tutela como régimen de guarda, sin embargo, correctamente aplicada, resulta adecuada para la protección de las personas con menor grado de autogobierno, incluso más que la curatela, ya que no se puede equiparar un sistema que ha nacido para la asistencia del incapaz con un régimen de representación frente a una persona que requiere de una protección más extensa e intensa. Por lo que, consideramos que lo adecuado no es eliminar la tutela, como pretende el Anteproyecto de Ley, sino aplicarla de manera restrictiva sólo cuando así lo exija la situación real de la persona con discapacidad. En definitiva, no somos partidarios de la desaparición de la figura del tutor y de que se mantenga exclusivamente la curatela, tal y como pretende el Anteproyecto de Ley.

El Anteproyecto da por hecho que en la normativa vigente no se atiende a la voluntad del incapaz, siendo este uno de los puntos clave de la reforma. No obstante, a nuestro juicio, no es cierto, ya que existen figuras en la actualidad que confieren amplias posibilidades de ejercicio de la autonomía de la persona. Ejemplo de ello sería la previsión de los artículos 223, 234 y 1732 del CC, que harían innecesaria lo previsto en el artículo 251 y concordantes del Anteproyecto de Ley.

En atención a lo afirmado anteriormente, el régimen de guarda aplicado, así como las medidas de apoyo establecidas por el tribunal, deben ser un “traje a medida” que se adecue a las necesidades de la persona incapacitada. De hecho, en la actualidad, nos encontramos con múltiple jurisprudencia en la que se recoge dicha expresión. Sin embargo, ya en sentencias anteriores, el Tribunal Supremo habla de la necesidad de proporcionalidad en las medidas de apoyo y del régimen a la capacidad volitiva e intelectual del incapaz, lo que en cierto modo es el precedente del actual “traje a medida”.

Una gran novedad que recoge el Anteproyecto en el ámbito del Código Civil es la regulación de la responsabilidad de la persona con discapacidad por los daños causados a terceros. ¿Realmente esto supone una mayor protección de la persona incapacitada?

Puede resultar contraproducente ya que, dependiendo del grado de discernimiento que posea la persona, realmente no debería exigírsele una responsabilidad que no puede asumir.

Otra de las novedades sería la introducción de una nueva regla en atención a la adopción de medidas de apoyo a los hijos menores de 17 años que se encuentren en situación de discapacidad durante los procesos matrimoniales.

Finalmente, concluir que se trata de una materia que ha sido objeto de una profunda revisión que todavía no se ha concluido y no creemos que el Anteproyecto de Ley suponga su culminación.

BIBLIOGRAFIA

MANUALES

CAZORLA GONZALEZ-SERRANO, M.C., LASARTE ÁLVAREZ, C., *La nueva posición del tutor en la legislación y en la realidad actual*. Pamplona: Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

CONTRERAS (COORDINADOR), P.P., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCAN, M.A., *Curso de derecho civil (I). Derecho de la persona*, Vol. II. Fuenlabrada (Madrid): Ed. Edisofer S.L., 2016.

DE SALAS MURILLO, S. (coord.), MARTINEZ DE AGUIRRE, C., GARCÍA CANTERO, G., MONÉGER, F., GABRIELLA AUTORINO, E., FRANK, R. GARCIMARTÍN MONTERO, R., CHIMENO CANO, M., LEGERÉN MOLINA, A., SANAÚ VILLAROYA, J., FRONTERA SANCHO, M., GÓMEZ BAHÍLLO, C., MAYOR DEL HOYO, M.V., PARRA LUCÁN, M.A., FUERTES ROCAÑÍN, J.C., GERMÁN URDIOLA, M.J., *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Madrid: Ed. DYKINSON, 2013.

DURÁN CORSANEGO, E., *La autorregulación de la tutela*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2007.

GARCÍA ALGUACIL, M^a J., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. Reus, Madrid: Colección Familia y Derecho, 2016.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil I, Parte General y Derecho de la persona*. 21^a ed. Madrid: Marcial Pons, 2006.

LASARTE ÁLVAREZ, C., RUIZ JIMENEZ, J., DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.D., POUS DE LA FLOR, M.P.(coord.), LEONSEGUI GUILLOT, R.A., TEJEDOR MUÑOZ, L.(coord.), SERRANO GIL, A., *Protección jurídica del menor*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2017.

LEGEREN MOLINA, A., *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 293.3 del Código Civil*. Madrid: Ed. Centro de estudios Ramón Areces, 2012.

LUCAS DURÁN, M., MARTÍN DÉGANO, I., *Los patrimonios protegidos de personas con discapacidad: régimen civil y tributario. Reflexiones al cumplirse diez años de su ley de aprobación*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2014.

MARÍN CALERO, C., *El derecho a la propia discapacidad. El régimen de la discapacidad de obrar*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2013.

MORCILLO MORENO, J. (directora), PACHECO JIMÉNEZ, M.N., DE LA VEGA ÁVILA, M., PERALES CASAJUANA, L.A., DE VICENTE MARTÍNEZ, R., GÓMEZ PALOMO, C., FAJARDO MARTÍNEZ, C.M., ÁLVAREZ GARCÍA, H., QUIJADA GONZÁLEZ, C., GIL PÉREZ, M.E., *Discapacidad Intelectual y Capacidad de Obrar*. 1ª ed. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2019.

MORENO QUESADA, B., BUSTOS VALDIVIA, I., TRUJILLO CALZADO, M.I., BUSTOS VALDIVIA, C., *Derecho civil de la persona y de la familia para estudios de Trabajo Social*. 4ª ed. Granada: Ed. Comares, 2006.

PACHECO JIMÉNEZ, M.N., DE LA VEGA ÁVILA, M., MORCILLO MORENO, J., PERALES CASAJUANA, L.A., DE VICENTE MARTÍNEZ, R., GÓMEZ PALOMO, C., FAJARDO MARTÍNEZ, C.M., ÁLVAREZ GARCÍA, H., QUIJADA GONZÁLEZ, C., GIL PÉREZ, M.E., *Discapacidad intelectual y Capacidad de Obrar*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, , 2019.

PARRA LUCAN, M.A., *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*. Madrid: Ed. Centro de estudios Ramón Areces, 2015.

VERDERA SERVER, R., *Lecciones de Derecho Civil Derecho Civil I*. 2ª ed. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2019.

LEGISLACIÓN

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE núm. 96, de 21 abril 2008)

Constitución española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978).

Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE núm. 147, DE 20 de junio de 1985)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000)

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

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE núm. 184, de 02 de agosto de 2011).

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015)

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015)

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889)

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 311/2000 de 18 diciembre. (RTC 2000/311)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 noviembre 1981. (RJ 1981/4543)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 10 febrero 1986 (RJ 1986\520)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 967/1994 de 31 octubre (RJ 1994/8004)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 282/2009, de 28 abril (RJ 2009/2901)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 128/2010 de 23 marzo (RJ 2010/2326)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 504/2012 de 17 julio (RJ 2012/8362)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 341/2014 de 1 julio (RJ 2014/4518)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 244/2015 de 13 mayo (RJ 2015/2023)

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 600/2015 de 4 noviembre (RJ 2015/5138)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 717/2015 de 18 diciembre. (RJ 2015/5329)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 181/2016 de 17 marzo. (RJ 2016\846)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 552/2017 de 11 octubre (RJ 2017/4290)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 118/2018 de 6 marzo (RJ 2018/1062)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 124/2018 de 7 marzo (RJ 2018/934)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 383/2018 de 21 junio. (RJ 2018/2670)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 27 noviembre 2000. (JUR 2001\63290)