

### **3. MESA REDONDA SOBRE NUEVO ENFOQUE DE LA INCAPACIDAD. Anteproyecto de Ley de la legislación penal y procesal en la materia.**

#### **3.1. INTERVENCIÓN DE DON ANTONIO PAU PEDRÓS.**

##### **DE LA INCAPACITACIÓN AL APOYO: EL NUEVO RÉGIMEN DE LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL\***

**Antonio Pau**

*TITLE: From incapacitation to support: the new regime of intellectual disability in the civil code.*

**RESUMEN:** El autor estudia analiza la incidencia de la Convención de Naciones Unidas para la protección de las personas con discapacidad en el ordenamiento español hasta la fecha, los criterios que han inspirado la reforma del Código civil que se propone en el Anteproyecto de Ley y su sentido.

**ABSTRACT:** *The author studies the incidence of the United Nations Convention for the protection of persons with disabilities in the Spanish legal system to date, the criteria that have inspired the reform of the Civil Code proposed in the Draft Law and its meaning.*

**PALABRAS CLAVE:** Discapacidad, estado civil, interés de la persona con discapacidad, apoyos, medidas preventivas, guarda de hecho, curatela.

**KEY WORDS:** *Disability, status, best interests, supports, anticipatory measures, guard, curatorship.*

**SUMARIO:** 1. INCIDENCIA DE LA CONVENCIÓN DE 2006 EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. 2 LA INCAPACIDAD COMO ESTADO CIVIL Y LA SUPERACIÓN DE ESE ENFOQUE. 3. LOS PRINCIPIOS DE LA CONVENCIÓN DE 2006 Y LOS CRITERIOS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL. 4. EL DESARROLLO DE LOS CRITERIOS DE LA REFORMA. 5. SENTIDO GENERAL DE REFORMA. BIBLIOGRAFÍA.

---

\*La conferencia pronunciada glosó el artículo publicado por el autor, con el mismo título, en Revista de Derecho Civil, Vol. V, n° 3, 2018 (julio-septiembre) págs. 5-28.

## 1. INCIDENCIA DE LA CONVENCIÓN DE 2006 EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.

El 13 de diciembre de 2006 se firmó la *Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*. La ratificación por España se produjo a través del Instrumento de Ratificación de 23 de noviembre de 2007, y su entrada en vigor tuvo lugar el 3 de mayo de 2008. La Convención tiene como propósito, según su artículo 1º, «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*».

La entrada en vigor de la Convención –que debidamente publicada pasó a formar parte de nuestro ordenamiento interno, conforme al artículo 96 de la Constitución Española– resultó incompatible con numerosas normas de ese mismo ordenamiento, que fue necesario reformar. Y esa reforma se llevó a cabo, entre otras, por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, que se llamó *de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* y que modificó diecinueve leyes de nuestro Derecho interno, desde la Ley General de Sanidad a la Ley de la Carrera Militar y la Ley de Contratos del Sector Público; el Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*; La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *de reforma del Código penal*; la Ley 15/2015, de 2 de Julio, de *Jurisdicción Voluntaria*; la Ley Orgánica 1/2017 sobre el Tribunal del Jurado, que garantiza la partición en él de las personas con discapacidad...

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, *de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, la llamada comúnmente *Ley de dependencia*, es del mismo mes y año que la Convención –concretamente se promulgó un día después de la firma de la Convención–, pero participa de su mismo espíritu y contribuye también a la incorporación de sus principios a nuestro Ordenamiento.

La discapacidad que había quedado sin regular conforme a los principios de la Convención era la discapacidad intelectual. Es decir, la de las personas con alteraciones intelectuales que inciden en la formación de una voluntad plenamente consciente y libre. El primer precepto de la Propuesta de reforma, el artículo 248, habla de «las personas mayores de edad o emancipadas que precisen medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica», y puedan, a través de esas medidas, «desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad».

Las personas con discapacidad tienen, naturalmente, plena capacidad jurídica. Pero pueden tener alguna dificultad para el *ejercicio* de esa capacidad jurídica: lo que tradicionalmente se ha llamado la capacidad de obrar.

Quedaba por tanto sin reformar el ámbito civil, tanto en el aspecto sustantivo –el Código civil– como en el procedimental –la Ley de Enjuiciamiento Civil– y el registral –La Ley hipotecaria y la Ley del Registro civil–. En concreto, la reforma del Código civil había de recaer fundamentalmente sobre el título IX –*De la incapacitación*– y título X –*De la tutela y de la curatela de los menores e incapacitados*–, ambos del libro I. Además era necesario revisar medio centenar largo de artículos dispersos por los cuatro libros del Código, que hacían referencia a *la incapacitación* y *los incapacitados*, utilizando estas expresiones con muy distinto alcance.

La situación de las personas con alteraciones intelectuales ha sido vista por el Derecho, hasta tiempos recientes, como un problema que afectaba a la sociedad y que había que resolver drásticamente: sacándolas fuera de ella. La respuesta del Derecho ante la realidad de las alteraciones mentales era muy simple: *la marginación de los locos*, como tituló el Prof. Rodrigo Bercovitz una monografía de 1974<sup>1</sup>.

Un decreto de 3 de julio de 1931 –que ha estado vigente hasta su derogación por la ley de 24 de octubre de 1983, de reforma del Código Civil en materia de tutela– permitía el internamiento forzoso en un manicomio sin más requisitos que comunicarlo al Gobernador y al Juez de Primera Instancia del partido en que estuviera situado el manicomio. Y no se decía que el Juez o el Ministerio fiscal deban visitar al enfermo para oírle y comprobar su estado, sino que el Juez deberá devolver un duplicado de la comunicación debidamente sellado. Como escribió Federico de Castro, refiriéndose a este decreto, «la persona era reducida a la condición de cosa, y podía continuar indefinidamente privada de su libertad sin una declaración judicial»<sup>2</sup>.

La cuestión ha cambiado en el plano normativo, pero la tendencia a la marginación a las personas con discapacidad intelectual persiste. La LEC de 1881, y hoy el artículo 757 LEC de 2000, decían y siguen diciendo, que cualquier persona está *facultada* para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación y las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, están obligados a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

---

1. RODRIGO BERCOVITZ, *La marginación de los locos y el Derecho*, Madrid 1974.

2. CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, t. II, Madrid 1952, p. 285.

Pues bien, el Ministerio de Fiscal recibe numerosas de «denuncias» o «avisos» de particulares y funcionarios que, cuando son tramitadas, dan lugar en la inmensa mayoría de los casos, que se ha estimado en el 95 por 100<sup>3</sup>, a la incapacitación plena, con nombramiento de tutor que represente al incapaz en todos los actos jurídicos.

En la evolución del tratamiento jurídico de la discapacidad pueden señalarse tres grandes hitos:

a) La Constitución Española de 1978 se preocupa por integración de las personas con discapacidad, abandonando la tendencia ancestral a la separación y la marginación. Según su artículo 49 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 [«Derechos y libertades»] otorga a todos los ciudadanos».

b) La reforma del Código civil de 24 de octubre de 1983 supuso un avance notable en el tratamiento jurídico de la discapacidad, al introducir la figura de la curatela, a través de la cual se permitió al Juez una graduación de las limitaciones impuestas al incapaz «en atención a su grado de discernimiento», como dice el artículo 287; por otra parte trasladó el control de la tutela del Consejo de Familia al ámbito judicial.

c) La entrada en vigor en España la Convención de 2006 culminó este cambio de enfoque de la discapacidad. Como dijo muy acertadamente la S. del TS de 29 de abril de 2009 (ponente, Encarnación Roca), sintetizando la nueva perspectiva jurídica, «al enfermo psíquico se le debe proporcionar un sistema de protección, no de exclusión».

Pero la Convención obliga a dar un paso más. Esta protección (o este *apoyo*, que es la palabra que utiliza diecinueve veces la Convención, y que es la adoptada por la propuesta de reforma del Código civil<sup>4</sup> tiene que orientarse a una meta principal: *conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias* de las personas con discapacidad.

---

3. Grupo Ética y Legislación de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, *Sobre la reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad*, marzo de 2015, p. 4.

4. Otras versiones lingüísticas de la Convención adoptan una terminología distinta y no exactamente coincidente: «*accompagnement* des personnes handicapées», dice la versión francesa; «*Unterstützung* der Menschen mit Behinderungen», dice la versión alemana; «*support* of persons with disabilities», dice la versión inglesa.

Es decir: la protección o el apoyo no se han de ejercitar *de un modo objetivo* –«en interés de las personas con discapacidad»–, sino *de un modo subjetivo* –«atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona»<sup>5</sup>.

Este es un punto de gran relevancia, en torno al cual gira el cambio profundo que se lleva a cabo en materia de discapacidad: el «interés de la persona con discapacidad» hay que situarlo *detrás* de «la voluntad, deseos y preferencias de la persona». El «interés de la persona con discapacidad» no aparece nombrado en ningún momento a lo largo de la Propuesta, a diferencia del concepto de «interés del menor», que aparece nueve veces citado en el Código civil. Lo mismo sucede en la Convención de 2006: en ningún momento se habla del «interés de la persona con discapacidad», mientras que el «interés del niño» aparece mencionado tres veces.

Dicho con otras palabras: la protección o el apoyo a las personas con discapacidad no es un apoyo *paternalista*<sup>6</sup>, que se produce, por decirlo gráficamente, de arriba hacia abajo, sino un apoyo *atento* (a la «voluntad, deseos y preferencias» de la persona), que se produce de abajo hacia arriba.

Y es más: cuando esas «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad no están plenamente formadas, es necesario contribuir a esa formación. Hay que procurar que la persona con discapacidad tenga, efectivamente, una determinada «voluntad, deseos y preferencias». Por eso dice el artículo 248 de la Propuesta que «las personas que presten apoyo [...] procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias».

Y más aún: cuando la persona con discapacidad tenga menoscabadas sus facultades intelectuales en tal grado que requiera un curador representativo, éste «deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración» (artículo 280 CC según el Anteproyecto).

---

5. Un examen detenido y preciso sobre el interés de la persona con discapacidad, y el superior criterio de la atención a la voluntad de ésta, lo hace la Prof<sup>a</sup> MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO en su conferencia «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad» *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. X, año 2018 (en prensa), p. 173, y a lo largo de todo el texto.

6. El carácter *paternalista* de la regulación tradicional lo pone de relieve MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO, *loc. cit.* p. 152.

Como puede verse, el «interés de la persona con discapacidad» queda muy relegado en relación con la voluntad de la persona —y situado incluso detrás la voluntad presunta—. No aciertan, a mi juicio, los ordenamientos que ponen en primer plano el «interés», como el Código civil catalán (artículo 221-1: «Las funciones de protección [...] de las que no pueden gobernarse por sí mismas [...] y de las que necesitan asistencia deben ejercerse siempre en interés de la persona asistida [...]»), el ABGB austriaco (§ 275, ap. 1: «*Der Sachwalter (Kurator) hat dabei das Wohl des Pflegebefohlenen bestmöglich zu fördern*») o el Código civil francés, en cuyo artículo 415 se dice que la protección tiene como meta el interés de la persona con discapacidad («*Elle [la protection] a pour finalité l'intérêt de la personne protégée*»), y se añade, a renglón seguido, que la protección tendrá en cuenta, en la medida de lo posible, la autonomía de la persona («*Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci*»), cuando en realidad el orden de los criterios debería ser el inverso: primero la autonomía de la persona, luego el que pueda considerarse su interés.

Por tanto, en la contraposición de los criterios del «interés» y la «voluntad», hay que hay que dar preferencia a esta última. Sólo cuando la voluntad no puede expresarse ni reconstruirse, entrará el juego el criterio del interés.

Distinta de la preferencia de la voluntad sobre el interés es la «supremacía del interés de la persona con discapacidad», que como veremos es uno de los principios que presiden la Convención de 2006. Si entran en colisión el interés de la persona con discapacidad y el interés de otras personas, tendrá primacía o preferencia el primero. El Tribunal Supremo, aplicando ese criterio, ha considerado «interés más relevante» (S. 216/2017, de 4 de abril, con cita de la de 1 de julio de 2014, que reitera la de 19 de noviembre de 2015), o «interés superior», «interés que se encuentra por encima de cualquier otro» (S. 3925/2017, de 8 de noviembre) el de la persona con discapacidad (en esos casos se contraponía el interés de la persona con discapacidad al interés de los llamados a ejercer la guarda).

## 2. LA INCAPACIDAD COMO ESTADO CIVIL Y LA SUPERACIÓN DE ESE ENFOQUE

Como consecuencia de este nuevo enfoque, la discapacidad (a diferencia de lo que sucedía con la incapacitación) ha dejado de ser un estado civil.

Los estados civiles, decía Federico de Castro, son «cualidades jurídicas de las personas»<sup>7</sup>. Atendiendo al hecho de que determinadas personas reunían

---

7. CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, t. II, Madrid 1952, p. 70.

unas «cualidades jurídicas» comunes, se las adscribía a grupos diferentes, a los que se aplicaba un régimen jurídico común; es el caso de los nacionales, los extranjeros, los casados, los menores de edad...

Desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 2006, la discapacidad no puede considerarse ya un estado civil. Las personas con discapacidad no pueden –y por tanto no deben– ser vistos como un grupo determinado<sup>8</sup>, que al que se impone un mismo régimen jurídico, por tres razones:

1ª Porque resulta simplista considerar que las personas con discapacidad tienen tal grado de homogeneidad que permita considerar que forman parte de un «grupo determinado». Por ello, como dijo la STS de 29 de abril de 2009, «debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado».

2º Porque las consecuencias de la discapacidad no deben imponerse a las personas que la padecen, sino a las personas capaces, que son las que han de adoptar las medidas de todo tipo que permitan a las personas con discapacidad ejercer una vida personal y social plena.

Como dice el preámbulo de la Convención, la discapacidad determina la «interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». En otras palabras: las «dificultades» que padecen las personas con discapacidad no dependen sólo de ellas, sino sobre todo de las «barreras» que establecen quienes los rodean, barreras que les impiden «su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

3º Porque el acto jurídico que determinaba su inclusión en el mismo «grupo», la incapacitación o declaración judicial de incapacidad, no se considera hoy que resulte adecuada. No se trata de proclamar oficialmente la ineptitud jurídica de una persona, sino de determinar los apoyos que permitan el ejercicio de su aptitud, que por sí sola es limitada.

Una evolución jurídica que guarda cierta semejanza a la de las personas con discapacidad es la que se produjo, hace unas décadas, respecto de la mujer casada. Los tratados de Derecho civil dedicaban un apartado propio

---

8. De «grupo de personas» sigue hablando, a nuestro juicio inadecuadamente la, por lo demás, acertada Sentencia del TS de 29 de abril de 2009.

a estudiar «la capacidad de la mujer casada»<sup>9</sup>. Al casarse, toda mujer veía limitada su capacidad: quedaba sometida a la «autoridad marital» y requería «licencia marital» para casi todos los actos jurídicos que pretendiera realizar. ¿Dónde radicaba el centro de gravedad de esas limitaciones legales? ¿En ellas mismas? ¿Reunían las mujeres casadas unos rasgos propios que justificara su inclusión en un «grupo determinado», que requiriera la imposición de limitaciones y que les impidiera participar plenamente en la vida jurídica? ¿No bastaba con eliminar las barreras que se les habían impuesto para que la condición de mujer casada dejara de tener determinadas «cualidades jurídicas» y su situación dejara de considerarse un estado civil?

En armonía con este nuevo y más acertado enfoque de la discapacidad, la antigua noción de «estado civil de incapacidad» –que ponía el centro de gravedad en el incapaz– ha dado paso a la de «situación de prestación de apoyos» –que coloca el centro de gravedad en las personas plenamente capaces–. Este cambio se percibe con toda claridad si se compara el precepto que determina, en las LRC de 1957 y 2011, el objeto de la inscripción:

a) Según la LRC de 1957, artículo 1, «en el Registro Civil se inscribirán: 5.º Las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas».

b) Según la LRC de 2011, artículo 4, tienen acceso al Registro Civil: «11.º La tutela, la curatela y demás representaciones legales y sus modificaciones. 12.º Los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. 13.º La autotutela y los apoderamientos preventivos».

En la propuesta se prevé la inscripción, en armonía con el régimen sustantivo: «10.º Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador u otro prestador de apoyo, y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes. 11.º Las sentencias dictadas en procedimientos de prestación de apoyos a personas con discapacidad. 12.º Los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad».

---

<sup>9</sup> V., por todos, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. 1, vol. 2, Madrid 1971, pág. 185.

### **3. LOS PRINCIPIOS DE LA CONVENCIÓN DE 2006 Y LOS CRITERIOS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL**

Del Preámbulo de la Convención de 2006 y especialmente de su artículo 12 se deducen diversos principios de carácter jurídico que deben presidir la regulación de la discapacidad, y que podríamos llamar:

1. Principio de supremacía del interés de la persona con discapacidad. De «interés superior» de la persona con discapacidad se habla en los arts. 7 y 23 de la Convención, al referirse a los niños con discapacidad, pero es un principio que indudablemente debe generalizarse a todas las personas con discapacidad. .

2. Principio de no discriminación por razón de discapacidad. Según el preámbulo de la Convención, «la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano».

3. Principio de respeto a las decisiones personales. En necesario que en todo caso se «respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona» (artículo 12, ap. 4 Convención).

4. Principio de proporcionalidad. Las medidas legales o judiciales que se adopten han de ser «proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona».

5. Principio de temporalidad. Es necesario que esas medidas «se apliquen en el plazo más corto posible» (artículo 12, ap. 4 Convención).

6. Principio de revisión necesaria. Es necesario que las medidas «estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial» (artículo 12, ap. 4 Convención).

7. Principio de apoyo desinteresado y leal. Las personas que por ley o por decisión judicial presten apoyo a las personas con discapacidad deben actuar de modo «que no haya conflicto de intereses ni ejerzan una influencia indebida» (artículo 12, ap. 4 Convención).

Dentro del marco de esos principios de la Convención, los criterios, más concretos, sobre los que se asienta la regulación proyectada de la discapacidad en el Código civil son los siguientes:

1. Reconocimiento de un ámbito, lo más amplio posible, a la autorregulación de la discapacidad; es decir, a las disposiciones que pueda adoptar una persona respecto de su propia (y eventual) discapacidad futura.

2. Preferencia de la autorregulación sobre la heterorregulación, es decir, de la regulación privada sobre la regulación legal o judicial.

3. Posibilidad de coexistencia de medidas de autorregulación con medidas de heterorregulación, cuando aquellas sean insuficientes.

4. No sometimiento de la autorregulación a control judicial previo, sino sólo a la posibilidad de control judicial posterior.

5. Previsión de que el guardador de hecho sea una figura de apoyo estable, y que pueda realizar actos representativos concretos a través de autorizaciones judiciales también concretas, sin necesidad de que en todo caso se sustancie un previo procedimiento general de prestación de apoyos.

6. Prestación de las medidas de apoyo establecidas judicialmente a través una sola institución jurídica, la curatela, que por su propia naturaleza es graduable, flexible y adaptable a cada caso concreto.

7. Actuación del curador conforme al principio fundamental de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad.

8. Sujeción de las medidas judiciales de apoyo a revisión periódica, con vistas a su posible modificación o supresión.

9. Eliminación, en el ámbito de la discapacidad, de las figuras de la patria potestad prorrogada, la patria potestad rehabilitada y la tutela, por la rigidez en cuanto a su ámbito y en cuanto su duración, y su consiguiente inadecuación a las circunstancias concretas de cada persona.

10. El procedimiento judicial de prestación de apoyos sólo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera asistencia o, de modo excepcional, representación, pero no la privación de derechos, sean éstos personales, patrimoniales o políticos.

11. El procedimiento judicial de prestación de apoyos debe alejarse del esquema procesal tradicional, y debe orientarse a un sistema de colaboración interprofesional o «de mesa redonda», con profesionales especializados de los ámbitos asistencial y sanitario, que asesoren sobre las medidas de apoyo idóneas que deban adoptarse en cada caso.

#### 4. EL DESARROLLO DE LOS CRITERIOS DE LA REFORMA.

Veamos brevemente cómo se desarrolla en el Anteproyecto cada uno de estos criterios:

1. La autorregulación de la discapacidad puede hacerse efectiva a través de tres medios: la escritura de previsión de medidas de apoyo sobre la propia persona o los propios bienes (artículo 251 Anteproyecto)<sup>10</sup>, los poderes preventivos y la autcuratela.

El poder preventivo puede configurarse de dos modos diferentes:

a) El poder de eficacia actual con cláusula de subsistencia para el caso de discapacidad.

b) El poder de eficacia futura para caso de discapacidad.

El primero de estos poderes viene definido en el artículo 254 del Anteproyecto («El poderdante podrá otorgar poder con la cláusula de que subsista para el caso de que en el futuro se vea necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad») y el segundo en el artículo 255 («El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro se vea necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad»).

Sólo el segundo tiene un momento concreto (futuro e incierto) en que empieza su vigencia, y ese momento no lo determina una declaración oficial (como sucedía con la antigua incapacitación), sino que se estará, para determinar la situación de necesidad de apoyo, a las previsiones del poderdante. Y para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se prevé la posibilidad de que la discapacidad de hecho se constate a través de un acta notarial que incorpore *el juicio del notario y un informe pericial* (artículo 255).

Tanto el poder preventivo con cláusula de subsistencia como el poder preventivo para el caso de discapacidad pueden ser poderes generales, y en ese caso el ámbito de actuación del apoderado coincide con el ámbito de actuación del curador. De ahí que el artículo 257 disponga que en tal caso «el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen de la curatela, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa».

---

10. En esta modalidad de autorregulación cabría englobar la escritura a que se refiere el artículo 261 proyectado y que contiene «disposiciones sobre el funcionamiento o contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona y reglas de administración y disposición de sus bienes» *sin designación* «de las personas que hayan de llevarlas a cabo». Es decir, sin nombrar autocurador.

A los tres medios anteriores habría que añadir un cuarto medio de autorregulación que está ya previsto fuera del Código civil: las *instrucciones previas*, cuya normativa está contenida en la llamada *ley del paciente*<sup>11</sup>, aunque el ámbito de éstas sea más limitado y se reduzca a «los cuidados y el tratamiento de la salud».

El poder preventivo, que en el texto proyectado se regula con detalle, había sido ya introducido en el Código civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*. Desde esa reforma, el artículo 1732, después de decir que «el mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante», añade como salvedad: «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».

Con la reforma proyectada, lo que podría considerarse equivalente a la «incapacitación sobrevenida», la sentencia con que concluye un procedimiento de prestación de apoyos, no se contiene ya en la enumeración de causas de extinción del mandato en el artículo 1732 del Anteproyecto ¿Quiere esto decir que subsisten los poderes ordinarios (no preventivos) tras la sentencia que establece el apoyo de una persona con discapacidad? La respuesta tiene que ser matizada: subsistirán los poderes cuando se trate de actos que, por no estar mencionados en la sentencia, pueda realizar por sí mismos la persona con discapacidad; si puede realizarlos por sí mismos, puede realizarlos por poder.

La misma ley de 2003 había introducido en el Código civil la posibilidad de la autotutela, que ahora pasa a convertirse en autocuratela. La reforma ha procurado distinguir terminológicamente la actuación del particular y la actuación del juez. El particular interesado «designa» autocurador; el juez «nombra» curador al designado (o no, «*si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció, o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones*», según el artículo 270 del Anteproyecto).

---

11. Según el art 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica *reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*: «Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud [...]». Según el ap. 2 del mismo artículo, «las instrucciones previas de cada persona deberán constar siempre por escrito»; aunque luego matiza en el ap. 5 que las instrucciones previas se formalizarán «de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas».

En la autcuratela, el particular no «nombra» autcurador, porque carece de la facultad de nombrar, que es exclusiva del juez. Es cierto que, según el artículo 270 la propuesta hecha por el interesado «vinculará a la autoridad judicial al constituir la curatela». Pero el juez tiene la facultad de apartarse de la propuesta hecha por el interesado en ciertos casos que, en virtud de la preferencia de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, han de ser extraordinarios. Según el mismo artículo 270, «la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de [la propuesta], de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, y siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció, o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones».

2. La preferencia de la autorregulación sobre la heterorregulación se pone explícitamente de manifiesto en el primero de los preceptos del título dedicado a la discapacidad (el artículo. 248, párr. 2º, según el Anteproyecto), en el que se dice que «sólo en defecto o insuficiencia» de las medidas de apoyo *voluntarias* procederán las medidas *legales o judiciales*.

La misma idea se repite después de la enumeración de las medidas voluntarias en el proyectado artículo 251: «Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias». Y está también presente en el artículo 270, cuando afirma que «La propuesta de nombramiento y demás disposiciones voluntarias a que se refieren el artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela».

Esta preferencia de la autorregulación sobre la heterorregulación se pone también de manifiesto en el caso de que, aun existiendo poder preventivo, este no abarque toda la necesidad de apoyo y el juez nombre un curador. En ese caso, el curador no solo no puede revocar el poder, sino que sólo puede instar judicialmente su revocación y sólo «si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador» (artículo. 256 del texto proyectado).

Las medidas legales o judiciales están enumeradas en el artículo 249 de la Propuesta. Son las que ese precepto denomina «instituciones de apoyo»: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. A continuación aparece definida cada una de ellas:

a) Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

b) La 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.

c) El nombramiento de defensor judicial procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

3. Las medidas de autorregulación pueden coexistir con medidas de heterorregulación, cuando aquellas sean insuficientes.

Según el artículo 256, «los poderes [preventivos] mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si éstas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado».

La coexistencia de medidas voluntarias y medidas legales o judiciales puede ser muy variada; por ejemplo:

a) Puede coexistir el nombramiento de curador con la vigencia del poder preventivo.

b) El Juez puede completar las previsiones del poder, sin proceder al nombramiento de un curador.

4. La autorregulación no está sometida a un control judicial previo, sino sólo a la posibilidad de un control judicial posterior.

Si se trata de poder preventivo, la constatación del comienzo o aparición de la discapacidad no puede ser realizada por el juez, sino que habrá de estarse a las circunstancias previstas por el poderdante. El artículo 1732 vigente habla de la «incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste». Con en el nuevo enfoque de la propuesta, para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido.

La autotutela, es decir, la propuesta de representante legal previsto por la persona afectada para el caso de discapacidad, no vincula de modo insoslayable al Juez, sino que éste puede, según el vigente artículo 224,

realizar un nombramiento distinto, actuando «en beneficio del incapacitado, en cuyo caso lo hará [decidirá] mediante decisión motivada».

5. Se prevé la posibilidad de que el guardador de hecho pueda realizar actos representativos concretos a través de autorizaciones judiciales también concretas, sin necesidad de que haya tenido lugar un previo procedimiento judicial de determinación de apoyos.

Esta es una de las mayores novedades del texto proyectado. Responde a una simple constatación de la realidad: el cónyuge o los hijos, en el caso de un progenitor con limitaciones psíquicas, o los padres o los hermanos, en el caso de un hijo o hermano con limitaciones psíquicas, atienden adecuadamente al padre o al hijo o al hermano sin necesidad de un nombramiento judicial de representante legal. Cuando hayan de realizar un acto jurídico en su nombre, no será necesario un «procedimiento judicial de prestación de apoyos» –lo que hasta ahora se ha venido llamando, aunque con alcance distinto, un «procedimiento de incapacitación»–, sino que bastará con que el Juez otorgue una autorización concreta para el acto de que se trate.

Según el artículo 261, «cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial». Basta, pues, con una autorización judicial para el caso concreto, concedida en acto de jurisdicción voluntaria; su solicitud no desencadena todo un procedimiento de determinación de apoyos, que es siempre de índole contenciosa. «La autorización judicial podrá comprender [incluso, y en paralelo con la autorización genérica que puede concederse al curador, según el artículo 286 proyectado] una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo».

Lo que estaba sucediendo hasta ahora es todo lo contrario: para realizar el más mínimo acto representativo –aunque este fuese un trámite en una ventanilla de la administración– venía siendo necesaria la previa incapacitación, incapacitación que, en ese 95 por 100 de los casos a que nos referíamos antes, el Juez declaraba total y definitiva, lo que resultaba manifiestamente desproporcionado con una situación familiar que se desarrolla con normalidad.

La guarda de hecho es, como su nombre indica, un apoyo fáctico, que sólo puede subsistir en el caso de que no existan medidas de apoyo voluntarias o judiciales *que resulten eficaces*. La guarda de hecho no es incompatible con la mera existencia de medidas voluntarias o legales; es incompatible con el

funcionamiento eficaz de esas medidas. Todo se desarrolla, como puede verse, en el terreno de los hechos.

Precisamente por el carácter fáctico de la institución no se prevé la inscripción de la guarda de hecho en el Registro civil (a diferencia de la Ley de 1957, que preveía la anotación preventiva de «la existencia de un guardador de hecho [...]», es verdad que «con valor simplemente informativo»). La constancia en el Registro sería inútil, porque su existencia no limita las facultades de decisión del juez a la hora de tomar medidas de apoyo.

La guarda de hecho, tal como aparece regulada ahora, antes de que entre en vigor la reforma, se caracteriza por dos rasgos:

1º Es una situación cuya esencia parece radicar en su sometimiento a control: el Juez puede requerir al guardador para que informe de la situación de la persona con discapacidad –«de la situación de la persona y bienes», como precisa la Ley de Jurisdicción Voluntaria–; y el Juez puede imponer medidas de control y vigilancia, según el Código civil<sup>12</sup>.

2º Es una situación que la ley considera transitoria: se mantiene «hasta que se constituya la medida de protección adecuada», como dice el párrafo 2º del artículo 303 Cc. La guarda de hecho no se considera una «medida de protección adecuada», sino una medida, a sensu contrario, «inadecuada», y por tanto transitoria.

La nueva regulación de la guarda de hecho cambiar el enfoque: su esencia no debe quedar caracterizada por el control. Siempre cabrá la posibilidad de control si no se ejercita adecuadamente (según el artículo 263 proyectado, «La autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su

---

12. La incorporación de la guarda de hecho al Código civil se produjo con la ley de reforma de 24 de octubre de 1983. Según el artículo 303, «cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación [...] de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores». La Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 ha dedicado un precepto a la guarda de hecho, el artículo 52, según el cual, «1. A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes [...] de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos.

2. El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal».

actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias. Asimismo podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento»). Pero *la esencia* de la guarda de hecho debe ser la libre actuación del guardador, salvo que se requiera autorización judicial para realizar actos jurídicos representativos. En esos casos de actos representativos, el guardador deberá obtener la autorización correspondiente, pero sin que pueda exigirse la incoación un procedimiento general de provisión de apoyos.

Por otro lado, la guarda de hecho no debe ser contemplada como una situación transitoria. En tanto se ejerza adecuadamente, no hay razón para someter a la persona con discapacidad a un procedimiento judicial de provisión de apoyos en que con carácter general se determine qué actos de la persona con discapacidad requieren asistencia y cuáles no. En este sentido es muy explícito el 268, ap. 2 del *Allgemeines Bürgerliches Grundbuch* austriaco: el nombramiento de curador es improcedente si la persona con discapacidad está suficientemente atendida, especialmente por la familia<sup>13</sup>.

La llamada *Ley de dependencia* de 2006, aunque no reguló la guarda de hecho, dio relevancia a la situación que define en su artículo 2 como «la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada». Y en su artículo 18 prevé que «cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar [...] se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares».

En definitiva, como indica el documento del Grupo *Ética y Legislación*<sup>14</sup>, «la Guarda de Hecho debe ser contemplada hoy con normalidad, como una más de las instituciones de protección de las personas con discapacidad».

6. El apoyo judicial a la persona con discapacidad ha de hacerse a través una sola institución de guarda, la curatela.

La reforma del Código civil de 24 de octubre de 1983, al crear la figura de la curatela, permitió al Juez una graduación de las limitaciones impuestas al incapaz «en atención a su grado de discernimiento». Lo que procede ahora es terminar con la dualidad tutela-curatela y trasladar el apoyo de la persona con discapacidad al ámbito exclusivo de la curatela.

---

13. Artículo 268, ap. 2 ABGB: «Die Bestellung eines Sachwalters ist unzulässig, soweit Angelegenheiten der behinderten Person durch einen anderen gesetzlichen Vertreter oder im Rahmen einer anderen Hilfe, besonders in der Familie, in Pflegeeinrichtungen, in Einrichtungen der Behindertenhilfe oder im Rahmen sozialer oder psychosozialer Dienste, im erforderlichen Ausmaß besorgt werden».

14. Cit. en nota 2.

Este criterio ha presidido la reforma de diversas regulaciones europeas recientes del régimen jurídico de la discapacidad.

En Alemania han circunscrito el ámbito de la tutela (*Vormundschaft*) a los menores de edad (§ 1773 BGB), y han creado para apoyo de las personas con discapacidad la figura de la «asistencia jurídica» (*Rechtliche Betreuung*). El asistente (*Betreuer*) tiene que atender los asuntos del asistido (*Betreute*) conforme a los deseos y las ideas de éste (§ 1901, ap. 2: «*nach seinen [des Betreuten] eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten*»). Y antes de que el asistente resuelva asuntos importantes, debe hablarlos con el asistido (§ 1901, ap. 3: «*Ehe der Betreuer wichtige Angelegenheiten erledigt, bespricht er sie mit dem Betreuten*»).

En el Derecho suizo, el apoyo de la persona con discapacidad se desarrolla a través de la figura de la curatela, que puede ser de cuatro tipos, «curatela de acompañamiento» (*curatelle d'accompagnement*), «curatela de representación» (*curatelle de représentation*), «curatela de cooperación» (*curatelle de coopération*) y «curatela de alcance general» (*curatelle de portée générale*). La curatela de acompañamiento supone una simple asistencia a los negocios que realice la persona con discapacidad (artículo 393 Cc suizo: «*Une curatelle d'accompagnement est instituée, avec le consentement de la personne qui a besoin d'aide, lorsque celle-ci doit être assistée pour accomplir certains actes*».) La curatela de representación supone la actuación en nombre de la persona con discapacidad «para ciertos actos» que ésta no puede realizar por sí misma (artículo 393 Cc suizo: «*Une curatelle de représentation est instituée lorsque la personne qui a besoin d'aide ne peut accomplir certains actes et doit de ce fait être représentée*»). La curatela de cooperación .... (artículo 396 Cc suizo: «*Une curatelle de coopération est instituée lorsque, pour sauvegarder les intérêts d'une personne qui a besoin d'aide, il est nécessaire de soumettre certains de ses actes à l'exigence du consentement du curateur*»). La curatela de alcance general tiene carácter representativo y abarca la totalidad de las esferas personal y patrimonial de la persona con discapacidad (artículo 398 Cc suizo: «*Une curatelle de portée générale est instituée lorsqu'une personne a particulièrement besoin d'aide, en raison notamment d'une incapacité durable de discernement. Elle couvre tous les domaines de l'assistance personnelle, de la gestion du patrimoine et des rapports juridiques avec les tiers*»). Las tres primeras modalidades de curatela pueden coexistir respecto de una misma persona (artículo 397 Cc suizo: «*Les curatelles d'accompagnement, de représentation et de coopération peuvent être combinées*»).

El ordenamiento austriaco ha creado la figura de la *Sachwalterschaft* –equivalente a la curatela (en algunos preceptos, como el § 273, se

dice *Sachwalterschaft oder Kuratel*)– para el apoyo a las personas con discapacidad. Según la extensión de la discapacidad (§ 268, ap. 3 ABGB: «*Je nach Ausmaß der Behinderung sowie Art und Umfang der zu besorgenden Angelegenheiten, ist der Sachwalter zu betrauen [...]*»), al *Sachwalter* (que en algunos preceptos se denomina *Sachwalter oder Kurator*) se le puede encomendar desde la asistencia a un acto jurídico concreto hasta la representación de la persona con discapacidad en todos los actos jurídicos (§ 268, ap. 3 ABGB: «*Je nach Ausmaß der Behinderung sowie Art und Umfang der zu besorgenden Angelegenheiten*»).

Siguiendo el precedente de estos ordenamientos europeos, en la reforma en curso del Código civil español se limita el régimen de la tutela a los menores de edad no emancipados y no sujetos a patria potestad, y se centra en la curatela el apoyo que requieren las personas con discapacidad.

El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la función que desarrolla esta institución: asistencia, apoyo, ayuda.

Según el grado de discapacidad, el juez constituirá una *curatela asistencial*, determinando casuísticamente los actos que requieran asistencia, y excepcionalmente, cuando se trate de personas con tal grado de discapacidad que les impida decidir por sí mismas, establecerá a su favor una *curatela representativa*.

Al decirse en el artículo 274 que «sólo en casos excepcionales» procederá la curatela representativa se está transmitiendo un criterio al juez. En realidad, si procede o no la representación depende de una situación fáctica: el grado de discapacidad. Pero lo que quiere decir el legislador es que el juez debe procurar, en lo posible, inclinarse por la curatela asistencial.

La nueva regulación de la asistencia a la discapacidad tiene como principal finalidad adecuar con la mayor precisión esa asistencia o apoyo a las necesidades de la persona con discapacidad, de manera que exista una correlación lo más exacta posible entre protección y necesidad de protección, entre ayuda y necesidad de ayuda, entre grado de discapacidad y grado de asistencia, y con ello se respete, al máximo posible, la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

Como dijo el Fiscal en su escrito emitido en el asunto que condujo a la importante STS de 29 de abril de 2009, «[...] la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta más idónea.

De un lado porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta».

Las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012 y 24 de junio de 2013 hacen suyo ese razonamiento, y consideran que es la tutela, y no la curatela, «reinterpretada a la luz de la Convención», el mecanismo más acorde con la necesidad de proveer de apoyo a la persona con discapacidad.

Para mayor claridad del nuevo sistema, la curatela ha quedado como una institución de apoyo *exclusiva* de las personas con discapacidad. La reforma del Código ha alejado la curatela de las figuras de la emancipación y la prodigalidad. Hasta ahora, el emancipado y el pródigo estaban asistidos por un curador (artículo 286 CC). En adelante, el emancipado estará asistido por un defensor judicial (artículo 246), y el prodigo por un «asistente» (artículo 299).

7. La actuación del curador conforme al principio absolutamente fundamental de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad.

El criterio más importante que ha de guiar la actuación del curador es el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad. En la reforma del Código no se habla sólo de voluntad; se habla de «voluntad, deseos y preferencias». Según el artículo 280 proyectado, uno de los principales de la reforma, «el curador asistirá a la persona a la que presta apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias».

Pero el respeto a la voluntad va más allá de la indagación de esa voluntad. Hay casos en que la voluntad no puede expresarse, porque ha sobrevenido una discapacidad que lo impide, y en ese caso hay que indagar la voluntad *que hubiera tenido* la persona. Y para ese caso se impone al curador que tome en consideración «la trayectoria vital, los valores y las creencias» de la persona con discapacidad.

8. Las medidas judiciales de apoyo deben de quedar sujetas a una revisión periódica, con vistas a su posible modificación o supresión.

La discapacidad no es una realidad estática, sino dinámica. La STS de 29 de abril de 2009 habló de la «reversibilidad» de la situación de discapacidad.

Según la misma sentencia, «el sistema de protección debe [...] constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección».

Según el inciso final del artículo 266 proyectado, «las medidas adoptadas [en el procedimiento de prestación de apoyo] deberán prever su revisión periódica».

9. Eliminación, en el ámbito de la discapacidad, de las figuras de la patria potestad prorrogada, la patria potestad rehabilitada y la tutela, por la rigidez en cuanto a su ámbito y en cuanto su duración.

Las figuras de la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada deben quedar desterradas como medidas de apoyo al hijo con discapacidad, cuando sus padres –o uno de ellos– viven. Tanto la patria potestad prorrogada como la patria potestad rehabilitada son instituciones rígidas, que suponen una facultad representativa total, con la consiguiente privación absoluta de una posible actuación jurídica del hijo, cualquiera que sea el grado de su discapacidad.

No hay razón para que sea así. El hijo debe recibir los apoyos que necesite, según el grado de su discapacidad, a través de la institución ordinaria de apoyo –la curatela–, y atendiendo exactamente a las necesidades de cada persona en concreto.

Como dice la STS de 20 de octubre de 2014 –y su razonamiento sobre la *rehabilitación* de la patria potestad vale también para la *prórroga* de la patria potestad– «la medida de rehabilitación de la patria potestad aplicada a una persona mayor de edad [...] se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar la capacidad en cada caso, según la Convención (SSTS 29 de abril, 11 de octubre de 2009, 24 de octubre 2013). Para ello resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad, reinterpretada a la luz de la Convención, que será ejercida por su madre con el mismo contenido que establece la sentencia, en lo que se refiere al gobierno o control de su patrimonio, pero sin anular su capacidad económica, hasta el punto de impedirle disponer de una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo), aspecto en el que también se revoca la sentencia».

10. El procedimiento judicial de determinación de apoyos sólo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la

persona con discapacidad requiera asistencia, pero no a la privación de derechos, sean éstos personales, patrimoniales o políticos.

El contenido de la sentencia debe determinar únicamente los actos para los que la persona con discapacidad requiera asistencia, y la persona a la que se defiera el cargo de curador. En su caso determinará el carácter representativo de la curatela, y su ámbito total o parcial.

Los criterios que deben presidir el procedimiento de prestación de apoyos los determina con claridad el artículo 266, que es uno de los más importantes de la reforma: las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyo:

- a) serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise,
- b) respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica
- c) y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

El contenido de la resolución que pone fin a un procedimiento de prestación de apoyos puede ser muy heterogéneo, puesto que puede determinar actos en los que la persona con discapacidad pueda actuar por sí misma, actos para los que requiera la asistencia de curador y actos para los que requiera la representación por curador. Tanto unos casos como otros «deberán fijarse de manera precisa», como dice el párrafo penúltimo del artículo 267 proyectado

Pero no es función de la sentencia que ponga fin a un procedimiento de determinación de apoyos el privar de derechos a la persona con discapacidad –ni tampoco el preservar o reconocer derechos–. Lo dice el artículo 267 proyectado en su párrafo último con toda rotundidad: «En ningún caso podrá incluir la sentencia la mera prohibición de derechos». También la Disposición transitoria primera de la Propuesta es taxativa con las prohibiciones que se hubiesen impuesto antes de la entrada en vigor de la reforma: «A partir de la entrada en vigor de la presente ley, las meras prohibiciones de derechos de las personas con discapacidad quedarán sin efecto».

Esos derechos que a veces entran a negar las sentencias de instancia suelen ser el derecho al voto, el derecho a testar, el derecho a contraer matrimonio, el derecho a obtener permiso de armas, el derecho a conducir vehículos de motor...

Como principio general, todos los actos distintos de aquellos para los que la autoridad judicial ha previsto asistencia o representación, puede realizarlos la persona con discapacidad por sí sólo.

Como han puesto de relieve las STS. 146/2018, 846/2018 y 936/2018, todas ellas de 15 de marzo (y ponente M<sup>a</sup> Ángeles Parra), el principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento, ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La última de las sentencias citadas pone relieve que la capacidad natural ha de comprobarse «in situ», es decir, en el lugar y momento en que pretenda otorgarse el acto de que se trate.

La posibilidad concreta de realizar u otorgar, caso por caso, esos actos no contemplados en la sentencia que pone fin al procedimiento de prestación de apoyos, corresponde constatarla al funcionario competente respecto de cada uno de ellos, y en el momento en que pretendan realizarse, momento en que se harán las valoraciones, apreciaciones, exámenes o controles que en cada caso procedan.

11. El procedimiento de determinación de apoyos debe alejarse del esquema tradicional, y debe orientarse a un sistema de colaboración interprofesional o «de mesa redonda», con profesionales especializados de los ámbitos jurídico, asistencial y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo idóneas.

Es necesario sustituir el esquema tradicional de «banquillo», en que la persona con discapacidad se sienta frente al juez como un acusado o un demandado, por un sistema de «mesa redonda», con un trato más personal y humano, dirigido hacia alguien a quien se trata de ayudar.

Sería igualmente adecuada la especialización de la Fiscalía y de los Tribunales, para facilitar el seguimiento de las personas con discapacidad y de los apoyos acordados.

La Fiscalía ya abordó la especialización a través de la Instrucción nº 4/2009 *sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas*. En ella se establece, en síntesis: a) que en todas las Fiscalías Provinciales se constituirá una Sección de lo Civil; b) que en cada Sección de lo Civil se adscribirán Fiscales que se encarguen de la atención específica a la protección de las personas con discapacidad; y c) que en cada Fiscalía, deberá procurarse que las funciones del régimen especializado en materia de discapacidades y tutelas sean asumidas al menos por dos Fiscales con el objeto de dar continuidad

al tratamiento de los asuntos, con posibilidad de suplencias entre ellos en periodos de vacaciones, permisos, vacantes u otras eventualidades.

Como dice la Exposición de Motivos de la Propuesta, «la reforma normativa debe ir unida a una transformación de la mentalidad social, y especialmente la de aquellos profesionales del Derecho –jueces y magistrados, funcionarios de la administración de justicia, notarios, registradores– que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad».

En esa necesaria «transformación de la mentalidad social» estamos concernidos todos. Esa transformación supone adquirir plena consciencia de dos criterios: primero, que la dignidad de la persona debe ser el valor central de la convivencia y del Derecho; y segundo, que cualquier discriminación, cualquier limitación, cualquier barrera –física o jurídica–, por mínima que sea, contra cualquier persona con discapacidad constituye una grave vulneración de la dignidad inherente a todo ser humano.

## **5. SENTIDO GENERAL DE LA REFORMA**

La reforma introducida en el ordenamiento español por la Convención de 2006 –y aún prelegislativamente por la Propuesta– supone, en definitiva, el pleno reconocimiento de la dignidad que corresponde a las personas con discapacidad. Esa dignidad que, como dice la primera frase de la Convención de 2006 es propia de «todos los miembros de la familia humana». Y la consecuencia inmediata de ese reconocimiento la sienta igualmente la Convención en su Preámbulo: «Cualquier discriminación contra una persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano».

Pero el pleno reconocimiento de la dignidad que corresponde a las personas con discapacidad –de la que el Derecho les ha privado largo tiempo y ahora les devuelve–, no es sólo cuestión de las normas, sino que es también cuestión de la sociedad. En el artículo 8 de la Convención, que tiene el expresivo epígrafe de «toma de conciencia», afirma, como primer punto, que es necesario «sensibilizar a la sociedad», y en particular, según el artículo 25, a los profesionales de la salud. Y tanto o más necesario, aunque no lo diga la Convención, es sensibilizar a los profesionales del Derecho, para que apliquen las normas reguladoras de la discapacidad teniendo presente esa dignidad *inherente* –como la califica con reiteración el texto de las Naciones Unidas– que corresponde a las personas con discapacidad.

La Propuesta española proclama en esta misma línea, y en el primer artículo dedicado a la materia, el 248, que «las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona». Es verdad que en ese precepto se habla de *la persona* en sentido genérico, pero en la práctica la dignidad ha de reconocerse y respetarse en *cada persona*. Con otras palabras: las medidas de apoyo deben ajustarse, en cada caso, a la situación de cada una de las personas con discapacidad. Es necesario partir de un cuidadoso examen de cada situación y adoptar las medidas de apoyo que corresponda a cada una de ellas. Porque, en definitiva, la dignidad humana, aunque se reconozca genéricamente a toda la humanidad, y por tanto genéricamente a todas las personas con discapacidad, es algo que corresponde y pertenece individualizadamente a cada una, que es distinta de las demás por su radical singularidad.

## BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R. *La marginación de los locos y el Derecho*, Madrid 1974.

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. 2, Madrid 1971.

CASTRO Y BRAVO, F. DE, *Derecho Civil de España*, t. II, Madrid 1952, p. 285.

GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> P., «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad» *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. X, año 2018 (en prensa).