



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

**Título del trabajo : INCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN
ESPAÑOLA SOBRE MECANISMOS DE GUARDA LEGAL DE LA
CONVENCIÓN DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD**

Autor

Roberto Villar Casarejos

Director/a

Sofía de Salas Murillo

Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza 2014

ÍNDICE

PRELIMINARES.....	5
I. INTRODUCCIÓN.....	7
II. EFICACIA JURÍDICA DE LA CONVENCIÓN.....	9
1. APROBACIÓN Y RATIFICACIÓN ESPAÑOLA.....	9
2. OBJETIVOS Y PRINCIPIOS QUE IMPERAN EN LA CONVENCIÓN.	10
3. CONSECUENCIAS DE LA APROBACIÓN Y RATIFICACIÓN PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	10
4. SUPERVISIÓN DE LA CONVENCIÓN Y POSIBILIDAD DE RECLAMACIÓN INTERNACIONAL POR INCUMPLIMIENTO.....	11
5. ¿ERA NECESARIA LA CONVENCIÓN?.....	12
5.1. Referencia histórica.....	12
5.2. Situación actual.....	13
6. LA CNUDPD EN LA LEGISLACIÓN EUROPEA Y NACIONAL: MODIFICACIONES MÁS DESTACABLES.....	14
6.1 normativa europea.....	14
6.2 normativa nacional.....	15
III. ANÁLISIS DE LA CONVENCIÓN.....	18
1. INCAPACIDAD ¿TÉRMINO ERRÓNEO O CORRECTO TRAS LA CONVENCIÓN? CAMBIOS EN LA DENOMINACIÓN.....	18
2. EL CONCEPTO DE CAPACIDAD JURÍDICA.....	21
2.1. Capacidad jurídica en su terminología nacional y sus dos dimensiones: estática y dinámica.....	22

2.2. El concepto de capacidad jurídica en la Convención.....	23
3. LOS NUEVOS MECANISMOS DE AYUDA A LOS DISCAPACITADOS: LOS MECANISMOS DE «APOYO».....	25
3.1. ¿Qué se entiende por medidas de apoyo?.....	27
4. EL SISTEMA DE MEDIDAS DE APOYO EN ESPAÑA.....	28
5. MODELO DE APOYO EN ARAGÓN.....	33
IV. INFLUENCIA DE LA CONVENCIÓN.....	36
1. INFLUENCIAS EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES.....	36
1.1. Posicionamiento del Tribunal Supremo: las sentencias 29 de Abril de 2011 y la STS 24 de junio de 2013.....	36
1.2. Posicionamiento judicial en nuestra Comunidad Autónoma...	41
2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN ESPAÑOLA TRAS LA CONVENCIÓN...42	
2.1. La patria potestad prorrogada o rehabilitada.....	42
2.2. Prórroga y rehabilitación de la potestad de guarda.....	44
2.3. La rehabilitación de la patria potestad en la jurisprudencia nacional tras la implantación de la Convención.....	47
V. CONCLUSIONES FINALES.....	49
BIBLIOGRAFÍA.....	52

LISTA DE ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
C DFA	Código de Derecho Foral Aragonés
CE	Constitución Española
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CNUDPD	Convención de las Naciones Unidas Derechos sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad
CP	Código Penal
FEAPS	Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual o del Desarrollo
FJ	Fundamento Jurídico
FUTUEX	Fundación para la Promoción y Apoyo de las Personas con Discapacidad
INE	Instituto Nacional de Estadística
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas
RPD	Real Patronato de la Discapacidad
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

PRELIMINARES

1. Cuestión tratada en el Trabajo de Fin de Grado

La cuestión sobre la que va a versar este Trabajo de Fin de Grado, es el estudio de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CNUDPD¹), y su influencia en el contexto jurídico español, especialmente en los mecanismos de guarda legal, con una mención especial a la figura de la rehabilitación o prórroga de la patria potestad.

2. Razón de la elección del tema y justificación de su interés.

El motivo por el cual escogí dicho tema, se fundamenta principalmente en que es el ámbito civil y en especial, las ramas de persona, familia y sucesiones, el que, durante estos cuatro años en la Facultad de Derecho cursando la modalidad de Grado, más me ha llamado la atención. De hecho, me he planteado la posibilidad, de dedicarme a ello en el futuro.

En concreto, elegí realizar un trabajo sobre discapacidad puesto que me parece un tema de suma importancia y que afecta a la gran mayoría de la población mundial, ya que en la actualidad, es muy difícil que no haya en todas las familias alguna persona que se encuentre en esta situación. Además considero que la información que se tiene sobre este ámbito es escasa y muchas de estas familias no son conscientes de los problemas jurídico-privados que puede acarrear, por ejemplo, no realizar un proceso de delimitación de la capacidad.

Por todo ello, me animé a realizar un trabajo que versara sobre esto y lo más actual, por supuesto, era esta Convención y su influencia en nuestro ordenamiento, conociendo los aspectos principales de la misma y si es necesario cambiar algo o si lo que se aprobó en ella, es acorde a la regulación sobre mecanismos de guarda con los que contábamos anteriormente en España.

¹ Adoptada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada, junto con su Protocolo opcional, por España (BOE nº 96 y 97, de 21 y 22 de abril de 2008).

A nivel personal, también me resultó interesante profundizar con este trabajo en el tema de la discapacidad, puesto que cuento en mi familia con personas que se encuentran en esta situación y que necesitan de mecanismos de apoyo tanto materiales, como jurídicos, en los quehaceres de la vida cotidiana. Esto hizo que quisiera obtener mayor información sobre este tema y fue, de hecho, otro de los motivos que me llevaron a querer hacer este trabajo.

3. Metodología seguida en el desarrollo del trabajo.

La metodología que seguí con este trabajo, fue la siguiente: en primer lugar quise ponerme en contacto con la profesora Sofía de Salas, profesora titular de la Universidad de Zaragoza y ampliamente reconocida por sus líneas de investigación sobre este tema, para que me orientara acerca de cómo podría estructurar el trabajo y obtener información básica para su realización.

Seguidamente y siguiendo sus directrices, comencé a recopilar información sobre el tema basándome en libros y revistas doctrinales que pueden encontrarse en nuestra biblioteca y artículos encontrados por internet, así como otras fuentes de información. Junto a ello, también realicé una búsqueda de jurisprudencia y legislación vinculada con este tema y acudí a algunos centros especializados, como la Fundación Tutelar de Aragón Luis de Azúa para que me informaran acerca de cómo consideran ellos que debe entenderse esta Convención y cómo se ha aplicado.

Tras obtener toda esta información y una vez leída, concerté una nueva cita con la profesora Sofía de Salas para explicarle de manera detallada cual sería la estructura completa del mismo y con su visto bueno, me dispuse a realizar este trabajo que aquí se presenta.

Finalmente, tras varias modificaciones para obtener un trabajo sobre esta materia que fuera lo más profesional posible y con la aprobación de mi tutora, fue depositado para su posterior presentación ante este Tribunal.

I. INTRODUCCIÓN

Como una breve introducción de este trabajo, me gustaría destacar unos datos acerca de la discapacidad que nos pueden ayudar a conocer un poco más las razones por las que este tema se presenta de vital importancia para su estudio.

Como indica la profesora Inmaculada Vivas Tesón² en uno de sus trabajos para la revista electrónica COMUNITANIA³, a través de la CNUDPD, las personas con discapacidad, se han hecho «visibles» a raíz de la actuación de los legisladores internacionales, europeos y nacionales que han incorporado a sus ordenamientos las directrices marcadas por la propia Convención.

Los datos que aporta la profesora Vivas, muestran que son el 10% de la población mundial, alrededor de 600 millones de personas según la OMS, quienes se encuentran en tal situación de discapacidad.

En el año 2003, las estadísticas que realizó Eurostat con motivo de la consideración del «Año Europeo de las personas con discapacidad», reflejan nuevamente como señala el trabajo de la profesora Vivas, que 38 millones de europeos padecían algún tipo de enfermedad que produjese esta discapacidad. Esta cifra refleja que un total del 14,5% de la población europea se encuentra en esta situación, siendo la discapacidad femenina superior a la masculina.

En el ámbito nacional, contamos con otros datos más actualizados que los europeos e internacionales. Estos datos son extraídos del Boletín Informativo del INE del año 2008, último año en el que se produjo una encuesta sobre este tema.

En 2008, hay 3,85 millones de personas residentes en hogares, que afirman tener discapacidad o limitación. Esto supone una tasa de 85,5 por mil habitantes⁴. Para las personas de 6 o más años la tasa de discapacidad⁵ se sitúa en 89,7 por mil habitantes.

² Profesora titular de Derecho civil. Universidad de Sevilla

³ VIVAS TESÓN, INMACULADA, *La Convención ONU de 13 de diciembre de 2006: impulsando los derechos de las personas con discapacidad*. Comunitania, Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales, nº1, 2011, págs. 113-128.

⁴ Fuente estadística utilizada: Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD-2008), procedente del INE. Adjunto como documento 1.

Aunque la discapacidad física no sea muy relevante para este trabajo, puesto que al tratarse del tema de guarda legal, una deficiencia física, salvo aquellas que son más graves como una tetraplejía, no necesitan de tales figuras, es interesante conocer que el 67,2% de estas personas presentan limitaciones para moverse o trasladar objetos, el 55,3% tienen problemas relacionados con las tareas domésticas y el 48,4% con las tareas del cuidado e higiene personal, siendo la deficiencia más frecuente la osteoarticular: debido a un problema en huesos y articulaciones, el 42,0% de las personas tiene discapacidad.

Sin embargo, hay que poner en relieve que la deficiencia que causa mayor número de discapacidades por persona es la mental: 11,6 frente a las 8,7 de media que tienen las personas con discapacidad y es este tipo de discapacidad las que necesita en su gran mayoría de estos mecanismos de guarda legal de los que trata este trabajo.

Todo lo anterior son datos de personas que sufren y viven con estas enfermedades que les genera esta situación, pero sin duda queda por saber otros datos igualmente importantes y son los datos de los familiares que deben de convivir con estas personas.

Considero que estos datos, más toda aquella información que incorpora la encuesta y que han sido adjuntados a este trabajo, muestran que un importante sector de la sociedad española, al igual que el resto del mundo, se encuentra afectada por la discapacidad y que por ello se debe de tratar este tema y conocer sobre el mismo y en ello radica la importancia de la CNUDPD y la necesidad de conocer su influencia en nuestro país.

⁵ A efectos de la encuesta, se ha definido discapacidad como la limitación por motivos de salud y de larga duración en alguna de las 44 actividades investigadas. Las personas con discapacidad se ven limitadas a causa de una deficiencia corporal (fallo o falta de un órgano o sistema).

II. EFICACIA JURÍDICA DE LA CONVENCIÓN⁶

En este primer apartado del trabajo, quisiera mostrar unos aspectos generales de la CNUDPD, antes de entrar con su estudio, puesto que más adelante trataré sobre aquellos temas que generaron en la misma mayor debate.

1. Aprobación y ratificación española

El 13 de diciembre de 2006, se aprobó esta Convención Internacional, siendo el resultado de un largo proceso en el que participaron varios actores: Estados miembros de la ONU, Observadores de la ONU, Cuerpos y organizaciones importantes de la ONU, Relator Especial sobre Discapacidad, Instituciones de derechos humanos nacionales, y Organizaciones no gubernamentales, entre las que tuvieron un papel destacado las organizaciones de personas con discapacidad y sus familias.

Esta Convención supuso importantes consecuencias para las personas con discapacidad, y entre las principales se destaca:

- La «visibilidad» de este grupo ciudadano dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas
- La asunción indubitada del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos
- Contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas.

Su ratificación en nuestro país se produjo cuando la Jefatura del Estado, con fecha de 23 de noviembre de 2007, ordenó expedir el oportuno Instrumento de ratificación⁷ respecto del medio centenar de preceptos que integran la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, disponiendo expresamente aquél instrumento, que esta última se halla vigente en nuestro país desde el 3 de mayo de 2008 y por consiguiente, la Convención pasa a formar parte de nuestro Derecho positivo.

⁶ Basándonos en el prontuario de preguntas sobre la misma que queda reflejado en la web: <http://www.convenciondiscapacidad.es/> Última vez visto el 09/05/2014.

⁷ BOE 21 de abril de 2008

2. Objetivo y principios que imperan en la realización de la Convención

El propósito de la Convención fue 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, tal y como queda plasmado en el primer artículo de la misma.

En cuanto a los principios, estos los encontramos en el propio artículo 3 CNUDPD el cual indica que son:

- a) *El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas*
- b) *La no discriminación*
- c) *La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad*
- d) *El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas*
- e) *La igualdad de oportunidades*
- f) *La accesibilidad*
- g) *La igualdad entre el hombre y la mujer*
- h) *El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.*

3. Consecuencias de la aprobación y ratificación para las personas con discapacidad

- *En la forma de abordar la discapacidad*

La aprobación de la Convención dejó claro que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos. Que las personas con discapacidad no son «objeto» de políticas caritativas o asistenciales, sino que son «sujetos» de derechos humanos.

- *En la visibilidad de las personas con discapacidad*

La existencia de una Convención específica, alienta a que los órganos supervisores de derechos humanos existentes le den importancia a los temas de discapacidad, al revisar

el cumplimiento de los gobiernos con otras convenciones principales de derechos humanos.

Asimismo, incitará a otros organismos vinculados al sistema de las Naciones Unidas⁸ a prestar atención a los asuntos de discapacidad en su respectiva labor

La Convención exige el establecimiento de sistemas para supervisar exhaustivamente la situación de los derechos humanos de las personas con discapacidad en todo el mundo. Y también el establecimiento de sistemas de cooperación internacional, mediante los cuales los gobiernos, las organizaciones de discapacidad y otros participantes, compartan conocimiento e ideas y trabajen para mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad.

- *En las obligaciones por parte de los Estados*

La Convención sirve para aclarar las obligaciones por parte de los Estados Parte hacia las personas con discapacidad. Entre ellas, las de realizar las modificaciones legislativas necesarias en el ámbito nacional para implementar sus obligaciones legales derivadas de este nuevo instrumento internacional.

4. Supervisión de la Convención y posibilidad de reclamación internacional.

La Convención, crea un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Los Estados Partes deben presentar a este Comité un informe exhaustivo sobre las medidas que han adoptado para cumplir las obligaciones que le incumben en virtud de la Convención y los progresos realizados al respecto. Para ello, cuentan con un plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigor de la Convención. Posteriormente, los Estados partes deben presentar informes ulteriores al menos cada cuatro años y en todas las ocasiones que este Comité las solicite. El Comité considera estos informes y realiza al Estado Parte las sugerencias y las recomendaciones que estime oportunas.

El Comité informa cada dos años a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social sobre sus actividades y puede hacer sugerencias y recomendaciones de carácter

⁸ UNICEF, OMS, UNESCO, OIT y otros

general basadas en el examen de los informes y datos recibidos de los Estados Partes en la Convención. Estas sugerencias y recomendaciones de carácter general son incluidas en el informe del Comité, junto con los comentarios, si los hay, de los Estados Partes.

En cuanto a la posibilidad de realizar una reclamación internacional, sólo existe para los ciudadanos de Estados Partes que, además de ratificar la Convención, hayan ratificado el Protocolo adicional a la Convención. Al ratificar dicho Protocolo Facultativo, el Estado reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción, las cuales aleguen ser víctimas de una vulneración por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención.

Debe aclararse que la ratificación del Protocolo era facultativa. Es decir, que los Estados Parte podían sólo ratificar la Convención pero no ratificar el Protocolo. En dicho caso el Comité no tendría facultad para recibir las comunicaciones individuales. Por ende, el Comité no podrá recibir ninguna comunicación que concierne a un Estado Parte en la Convención, que no sea parte en el Protocolo. En el caso español, este Protocolo si fue ratificado.

5. ¿Era necesaria la Convención?

Para dar respuesta a esta pregunta, debemos comenzar con una breve reseña histórica para posteriormente centrarnos en la Convención que aquí es objeto de estudio.

5.1. Referencia histórica

El autor Arthur O'Reilly, Ex Presidente de Rehabilitación Internacional en el año 2003, explicó la referencia histórica en una revista electrónica conocida como *Disability World*⁹.

En ella, es destacable que la propia Organización de Naciones Unidas no es la primera vez que se planteó aprobar una Convención Internacional sobre la misma materia.

⁹ Se puede consultar dicha revista en el enlace: http://www.disabilityworld.org/01-03_03/spanish/noticias/unconvention.shtml última vez visto 09/05/2014.

Así pues en 1987, la Reunión Global de Expertos de Naciones Unidas de las Personas con Discapacidad convocada para la puesta en práctica del Programa Mundial de Acción para las Personas con Discapacidad a mitad de la década¹⁰, había recomendado a la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, que convocara una Conferencia Especial en la que se preparara un borrador de una convención internacional, con el que se eliminaran todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

Más adelante, en Suecia, durante la siguiente Asamblea General, se realizó otro esfuerzo que versó sobre el mismo tema, pero todo ello quedó de nuevo en nada, pues en opinión de muchos representantes gubernamentales, los documentos de derechos humanos existentes eran suficientes para garantizar que las personas con discapacidad, tuvieran los mismos derechos que las demás personas y que por eso, no era necesaria otra Convención.

Como ninguno de estos medios obtuvieron un resultado favorable, finalmente se llegó como una forma «alternativa de compensación», a las Normas Uniformes sobre la Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, las cuales fueron aprobadas por la Asamblea General en 1993. Estas Normas Uniformes no constituyen un instrumento de acatamiento obligatorio y por ello, se quedaron como directrices, aunque se ha demostrado que han sido de gran utilidad para que los gobiernos y las instituciones mejoraran las políticas de sus países.

5.2. *Situación actual*

Hemos visto en el apartado anterior, que la necesidad de una Convención para muchos expertos no era prioritaria. Entonces, ¿qué motivó su necesidad?

La propia ONU muestra que, a pesar de que las personas con discapacidad eran destinatarias de la protección establecida por los Tratados mencionados, en muchos casos dichas normas no se aplicaban, o se aplicaban de manera diferente para este grupo social. Estas insuficiencias han sido resaltadas a partir de Informes elaborados en el marco de Naciones Unidas, que tuvieron amplia repercusión y resultan de gran interés.

¹⁰ *Global Meeting of Experts to Review the Implementation of the World Program of Action concerning Disabled Persons at the mid-point of the UN Decade of Disabled Persons.*

Entre otras cuestiones, en dichos informes se llegó a la conclusión de que las personas con discapacidad eran de algún modo «invisibles» dentro del sistema de derechos humanos de la ONU, a diferencia de otros grupos. Las personas con discapacidad no contaban con un instrumento jurídicamente vinculante, ni con un Comité que velara por la protección de sus derechos de manera expresa.

Sí contaba, sin embargo, con un instrumento específico sobre los derechos de las personas con discapacidad, pero que no tenía rango de norma jurídicamente vinculante: las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad de las que ya hemos hablado anteriormente.

Se debe concluir pues de todo lo expuesto, que era necesaria dicha Convención, puesto que los Tratados que existían anteriormente a la misma, eran insuficientes o simplemente no eran cumplidos por los Estados firmantes de los mismos. Por todo ello, esta CNUDPD supone un punto de inflexión para las personas con discapacidad, no porque se les añada nuevos derechos distintos a los reconocidos para el resto de personas, sino porque introduce un nuevo concepto de discapacidad y contempla medidas con las cuales obtener una efectiva tutela para las personas con discapacidad.

6. La CNUDPD en la legislación europea y nacional: modificaciones más destacables

En este apartado, me centraré en explicar cuáles han sido las principales novedades legislativas con relevancia en el aspecto de la discapacidad, desde la ratificación de la Convención.

1.1 Normativa Europea

Dentro de la UE, la Convención se ratificó por los distintos Estados miembros, el 23 de diciembre de 2010 de modo que, las personas con discapacidad europeas, ven así reconocidos y garantizados sus derechos internacionales, puesto que la ratificación obliga a todos los países que firmaron la Convención, a realizar una profunda revisión de la normativa hasta ahora imperante en cada uno de ellos, con la finalidad de que todos estos países se adaptan a lo establecido en la Convención. Por otro lado, la ratificación de una Convención a nivel europeo, supone un importante precedente.

Consecuencia de todo lo anterior, los países miembros de la UE, se obligan a garantizar que se cumplan las disposiciones de la Convención, debiendo adoptar las medidas necesarias en los distintos ámbitos como son la educación, transporte o la propia garantía de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad.

Como primera medida, se debe destacar la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 20 de noviembre de 2010, donde se refuerza la perspectiva europea de los derechos de las personas con discapacidad.

También es considerable para este apartado, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo celebrado el 21 de septiembre de 2011, por el cual se hace especial mención a que las personas con discapacidad demanden a las instituciones de la UE y a sus Estados Miembros, que no cumplan con las disposiciones legislativas, puesto que se pretende que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos en igualdad de condiciones que los demás.

Por último, quisiera brevemente destacar las palabras del comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, el sueco Thomas Hammarberg, en relación a la aplicación de la Convención en Europa, indicando que «el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás en todos los aspectos de la vida (...) Como se explicaba en el Plan de Acción de la Discapacidad del Consejo de Europa, nuestras sociedades deben reflejar la diversidad de sus ciudadanos y beneficiarse de su variada experiencia y el conocimiento. Ésta es otra razón de por qué es importante que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos»

1.2. Normativa nacional

Hay que poner de manifiesto en este epígrafe, que dentro de nuestro ámbito legislativo interno es destacable la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹¹ (en adelante Ley 26/2011) ya que, como hace referencia la profesora Sofía de Salas¹², la

¹¹ BOE 2 de agosto de 2011

¹² DE SALAS MURILLO, SOFÍA «Repensar la curatela» en *Derecho Privado y Constitución*, nº27 Calson SL, Madrid 2013. P 12

finalidad de ésta es modificar un amplio grupo de normativa interna para adaptarlo a lo establecido en la Convención, pero sin embargo no entra en el ámbito jurídico-privado, lo que demuestra la complejidad de su tratamiento.

Esta Ley tiene su fundamento en el art. 4 de la CNUDDP, por el cual los Estados Firmantes se comprometían a adoptar las medidas necesarias para asegurar las disposiciones de la propia Convención. Por ello, esta nueva Ley modifica lo dispuesto anteriormente en la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

El articulado de esta Ley 26/2011 modifica distintos campos como la sanidad, siendo destacable en este aspecto la propia toma de decisiones por parte del incapacitado en el momento de elegir en los procesos de trasplantes, la accesibilidad modificando entre otras la Ley de Propiedad Horizontal e incluso el empleo.

Sin embargo, y en relación a lo que en este trabajo se trata, es importante destacar las nuevas aportaciones en materia de protección de la discapacidad, regulando protocolos de actuación específicos en materia de protección civil y en cooperación internacional. Además se realizan las modificaciones terminológicas pertinentes de acuerdo a lo ya anteriormente analizado en este mismo trabajo y se regula el Observatorio Estatal de la Discapacidad, instrumento técnico que se encarga de la recopilación, sistematización, actualización, generación de información y difusión relacionada con el ámbito de la discapacidad y que con carácter anual, confecciona un informe amplio e integral sobre la situación y evolución de la discapacidad en España, que se eleva al Consejo Nacional de la Discapacidad, para conocimiento y debate y que ha sido uno de los instrumentos bibliográficos utilizados para la realización de este trabajo, el conocido como Informe Olivenza.

Mientras la Convención trata el modelo social, anteriormente indicado en el apartado de los modelos de apoyo, el texto español no incorpora este modelo. Por ello, podemos considerar que entre ambos conjuntos normativos, existe una separación importante, que no es propia de la adecuación de una norma europea y de mayor importancia al tratarse de un conjunto normativo elaborado por la ONU en nuestro ordenamiento

jurídico español. Además tal y como indica Luis Cayo López Bueno¹³, no se ha producido todavía un ajuste entre ambos textos, generando un conflicto normativo, donde tiene mayor valor el texto europeo, que no ha sido resuelto con la entrada en vigor de la Ley 26/2011.

No quisiera concluir este apartado, sin hacer una referencia a la denuncia pública que ha realizado CERMI considerando que existe una «falta de voluntad política» de los poderes españoles para asumir con « celeridad e intensidad» los mandatos de esta CNUDPD.

La Delegada de Derechos Humanos del CERMI, Ana Sastre, se ha referido en este sentido, a la reforma del Código Penal, que podría vulnerar los derechos recogidos en esta Convención si no se modificaran algunos de sus preceptos y ha dejado claro que la limitación de los derechos por razón de discapacidad, aun cuando falta capacidad mental para la toma de decisiones, es incompatible con la Convención.¹⁴

¹³ PÉREZ BUENO, LUIS, «La libre elección como parte de la dignidad, autonomía e independencia de las personas con discapacidad: su reconocimiento en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su reflejo en la Ley 39/2006» en *Derecho y discapacidad: In Memoriam José Soto García-Camacho*, García (dir.) Grupo Editorial Cinca S.A., Madrid, 2012. P 49.

¹⁴ <http://ecodiario.economista.es/sociedad/noticias/5732962/04/14/El-cermi-ve-falta-de-voluntad-de-las-administraciones-para-cumplir-la-convencion-de-la-onu-sobre-discapacidad.html#.Kku8Yavfyg5OPqM>

III. ANÁLISIS DE LA CONVENCIÓN

Tras conocer los aspectos generales de la misma, en este apartado trataré de recopilar las principales opiniones vertidas sobre los aspectos que han generado más controversias entre los expertos de la materia, en especial en lo referente al artículo 12 CNUDPD.

1. Incapacidad, ¿término erróneo o aceptable tras la Convención? Cambios de denominación

El primer apartado a tratar en este capítulo, tiene que ver con la cuestión terminológica. En concreto, el problema que se debate es conocer si el término incapacidad e incapacitación encajan con las líneas que marca la CNUDPD o, si por el contrario, se consideran unos términos con un uso discriminatorio e incluso peyorativo en algún momento y por tanto no deben de ser usados.

A raíz de este último posicionamiento, antes de analizar el problema terminológico tal y como se recoge en la CNUDPD, tenemos que referirnos a lo dispuesto en la D.A. 8ª de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. En esta disposición, se sustituyen los términos hasta entonces utilizados para referirse a las personas en situación de dependencia de la siguiente forma:

« Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad».

A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas.»

Volviendo al motivo de este apartado, no existe sobre este problema terminológico un posicionamiento claro que diga a ciencia cierta si el término debe ser o no sustituido por otro que no tenga esos matices peyorativos que muchos autores consideran que tiene el término incapacitación. Ejemplo de ello es que hay posturas muy diferentes acerca del mismo, estando un sector de la doctrina de acuerdo en sustituir este término que

consideran arcaico y que puede incluso humillar a la persona que se encuentra en esta situación¹⁵, y otra parte que entiende que puede tener algún aspecto negativo pero que sin embargo en nuestro ordenamiento al limitarse la capacidad del sujeto de acuerdo a su situación personal, no sería tan grave¹⁶.

La primera postura que aboga por una sustitución del término, proviene de Fiscales. Esta corriente considera que las palabras que se usan para referirse a personas con discapacidad suelen ser peyorativas y llenas de connotaciones negativas, dando más importancia a la propia discapacidad que a la persona en que la sufre. El Fiscal Ganzenmüller Roig¹⁷, llega incluso a equiparar el concepto de incapacidad con otros términos como «subnormal», «tullido» o «confinado a una silla de ruedas» claramente peyorativos. Para dar solución a este problema, este autor ha considerado la sustitución de incapacidad y proceso de incapacitación por persona con discapacidad y proceso de la capacidad de modificación.

Por su parte, dentro de la misma postura que hemos visto anteriormente, el Fiscal Mayor Fernández¹⁸, considera que más acertado con respecto a lo que la propia CNUDDP refleja, se debe sustituir estos términos por tutelado para incapacitado y proceso de limitación de la capacidad para proceso de incapacitación. Estos términos, según indica el autor, serían más correctos puesto que si mantenemos la idea de modificación de la capacidad, todavía nos encontramos ante una situación inaceptable

¹⁵ GANZENMÜLLER ROIG, CARLOS. «Conclusiones jornadas fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas». *La efectiva aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus efectos en el derecho interno*, Madrid, 2009. P 2.

MAYOR FERNÁNDEZ, DAVID. Estudio doctrinal: «La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de Diciembre de 2006» *Boletín del Ministerio de Justicia*, Nº2133,2011. P .11.

¹⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS «El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, De Salas (coord.) DYKINSON, Madrid, 2013, pp. 29 y 30

GARCÍA CANTERO, GABRIEL «Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad» en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, De Salas (coord.) DYKINSON, Madrid, 2013, p.46

¹⁷ GANZENMÜLLER ROIG, CARLOS. «Conclusiones jornadas fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas». *La efectiva aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus efectos en el derecho interno*, Madrid, 2009. P 2.

¹⁸ MAYOR FERNÁNDEZ, DAVID. Estudio doctrinal: «La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de Diciembre de 2006» *Boletín del Ministerio de Justicia*, Nº2133,2011 p. 11.

tras la CNUDPD, puesto que no se debe modificar la capacidad del sujeto, sino adaptar todos los mecanismos posibles y adecuarlos para obtener una capacidad completa del mismo mediante los denominados «mecanismos de apoyo» que posteriormente comentaremos.

Volviendo al tema de la problemática de la terminología correcta, el Fiscal Mayor Fernández¹⁹, aconseja la expresión «tutelado» frente al término incapacitado, puesto que esta expresión, tutelado, en palabras textuales de dicho autor, «podría abarcar todos los supuestos de delimitación de la capacidad de obrar y sometimiento a medidas de protección tutelar, englobando tanto los casos de tutela en sentido estricto como de curatela y defensa judicial. El término expresaría de forma clara y fácilmente reconocible tanto para los operadores jurídicos como para los ciudadanos en general, el concepto de apoyo a la persona con discapacidad al que se refiere la Convención» y finaliza su argumentación indicando que frente a quienes consideran este término como arcaico y discriminatorio, puede aducirse la definición de la propia RAE que describe el adjetivo «tutelar» como «aquello que guía, ampara o defiende a una persona»

Por el contrario, la segunda postura hace referencia a que los términos pueden ser peyorativos pero no lo suficiente como para tener la necesidad de ser sustituidos por otros, es la postura seguida por algunos civilistas. Estos autores, también ven necesario realizar una limpieza de términos que no son adecuados para describir la situación en la que se encuentran estas personas, pero no ven tan necesario la sustitución concreta de estos dos términos.

Estos autores²⁰ entienden que el término incapacitado, como bien he comentado anteriormente, en nuestro ordenamiento jurídico, no significa privar de toda la capacidad al sujeto, sino limitarlo a las distintas actuaciones que pueden ser llevadas a

¹⁹ MAYOR FERNÁNDEZ, DAVID. Estudio doctrinal: «La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de Diciembre de 2006» *Boletín del Ministerio de Justicia*, N°2133,2011 p.11

²⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS «El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, De Salas (coord.) DYKINSON, Madrid, 2013, pp. 29 y 30

GARCÍA CANTERO, GABRIEL «Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad» en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, De Salas (coord.) DYKINSON, Madrid, 2013, p.46

cabo por el mismo. Por ello no sólo contamos con una figura como es la tutela, sino que para casos donde el sujeto puede tener una capacidad de obrar más completa tenemos la figura de la curatela.

Además, consideran que el hecho de sustituir el término incapacidad por discapacidad, vendría a significar lo mismo, pues el único cambio que se produce es el del sufijo anterior al término, «in» se sustituye por «dis», pero que en ambos casos se usa para referirse a una negación o privación del mismo.

2. El concepto de capacidad jurídica

Dentro de este estudio o análisis de la CNUDPD debemos destacar el artículo 12 que nos habla de capacidad jurídica a lo largo del mismo. Su texto es el siguiente:

Artículo 12

Igual reconocimiento como persona ante la ley

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

proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

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

Por todo lo expresado en este artículo, creo que es necesario en este punto mostrar que se entiende por capacidad jurídica tanto en la propia Convención, como en nuestro propio ordenamiento.

2.1. Capacidad jurídica en su terminología nacional y sus dos dimensiones: estática y dinámica

La diferencia entre la CNUDPD y nuestro ordenamiento, procede de la clara diferenciación que existe en este último entre lo que nosotros denominamos como capacidad jurídica y capacidad de obrar.

La primera de ellas, la capacidad jurídica, se entiende como la aptitud genérica para ser titular de derechos y obligaciones²¹. Esto quiere decir, que toda persona, por el mero hecho de serlo desde su nacimiento, tiene la posibilidad de tener derechos y obligaciones. Sin embargo, esta posibilidad no implica por su parte el efectivo ejercicio de los mismos, puesto que el ejercicio de esos derechos y obligaciones que pertenecen a una persona es lo que en nuestro ordenamiento se denomina como capacidad de obrar.

Por lo tanto, como el profesor Martínez de Aguirre²² refleja, nos encontramos con dos dimensiones, una estática que es común a todas las personas desde su nacimiento que

²¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS «La persona y el derecho de la persona» en *Curso de Derecho Civil I: Derecho Privado y Derecho de la persona*, De Pablo (coord.) COLEX, Madrid, 2008 pp.330-335

²² MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS «El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, De Salas (coord.) DYKINSON, Madrid, 2013. P.21

equivaldría al concepto de capacidad jurídica y otra dinámica para desarrollar esta capacidad jurídica desde el punto de vista jurídico que es la capacidad de obrar. Junto a estos dos grandes términos, también es destacable resaltar el concepto de «titularidad» que supone la tenencia efectiva de esos derechos y obligaciones.

Para finalizar este apartado, conveniente que quede reflejado que no sólo nuestro ordenamiento plantea esta situación de doble vertiente, ya que por ejemplo el derecho francés distingue ambas dimensiones, la estática o «*capacité de jouissance*» y la dinámica «*capacité d'exercice*».

2.2 Capacidad jurídica en la Convención

Por otro lado, la CNUDPD, en su artículo 12.1 al hablar del reconocimiento de la personalidad jurídica, hace clara referencia a nuestra consideración de capacidad jurídica en su versión estática, mientras que en los apartados 3 y 4 del mismo artículo, al hablar del ejercicio de la propia capacidad jurídica de las personas con discapacidad, se entiende que nos encontramos ante la dimensión dinámica, es decir, la capacidad de obrar.

Sin embargo, el apartado número dos del mencionado artículo 12, es el que genera más problemas para identificar de qué dimensión se nos habla, pues hace una referencia genérica del término capacidad jurídica. Por ello, la mayor parte de la doctrina ha entendido que en este mencionado apartado, el término utilizado sería la unión de ambas dimensiones en un único concepto, pero manteniendo cada una de estas dimensiones sus diferencias. Este concepto es a lo que el profesor Martínez de Aguirre denomina como «capacidad legal»²³

Esta nueva «capacidad legal», sería a la que hace referencia el artículo 12.2 y no significaría por tanto una pérdida del concepto de capacidad de obrar a favor de la capacidad jurídica, puesto que ninguna prevalece sobre la otra. Por ello, cada uno de

²³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS «El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, De Salas (coord.) DYKINSON, Madrid, 2013, p. 21.

ellos siguen siendo términos que independientemente uno de otro tiene su significado pero que se agrupan en este término de «capacidad legal»

Quisiera concluir incorporando en este epígrafe, una noticia que versa sobre el Comité de defensa de los derechos de las personas con discapacidad acerca de cómo hay que entender este artículo 12.

“La ONU defiende el derecho de las personas con discapacidad a votar, casarse o formar una familia. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU afirmó este martes que existe "un malentendido general" de los países sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”

Así lo destacó este Comité al hacer pública dos Observaciones Generales sobre la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en las que subrayó que la capacidad jurídica no depende de "evaluaciones discriminatorias sobre la capacidad mental" y que la accesibilidad es fundamental para el disfrute de los derechos humanos en igualdad de condiciones.

"El respeto a la libertad de tomar decisiones debe concederse a todas las personas con discapacidad, sin importar cuánto apoyo necesitan", dijo Theresia Degener, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En este sentido, Degener señaló que las personas con discapacidad, "incluidas las personas con deficiencias psicosociales o cognitivas, deben contar con apoyo en la toma de decisiones", incluso cuando se piensa que en su "interés superior".

Así, el artículo 12 de la Convención consagra la igualdad de reconocimiento ante la ley, afirmando que "los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida".

"En la práctica, sin embargo, a muchas personas con discapacidad se les niega la capacidad jurídica, a menudo sobre la base de evaluaciones de las capacidades mentales, y se ven privadas de los derechos fundamentales, incluido el derecho al voto, el derecho a casarse y fundar una familia, y el derecho a la libertad", añadió el CDPD.

OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS

A este respecto, el Comité aseguró que "hay un malentendido general de las obligaciones de los Estados con arreglo al artículo 12 y una falta de reconocimiento de

la importancia de "la toma de decisiones con apoyo". En cambio, "la toma de decisión sustituida", que insta a los demás a hacerlo en nombre de la persona con discapacidad, es "común" en los casos tutela o en las leyes de salud mental que permiten el tratamiento forzado.

Por ello, el CDPD, que supervisa la aplicación de la Convención, se ha visto obligado a aclarar las obligaciones de los países conforme al artículo 12 de este instrumento jurídico internacional, al señalar que "están obligados a proporcionar a las personas con discapacidad una amplia gama de apoyo que puedan necesitar para tomar decisiones que tienen efectos jurídicos".

"El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad", señala la Observación General del CDPD, que reconoce que a veces no es posible determinar exactamente lo que quiere un individuo, pero, en estos casos, se deben tomar decisiones sobre "la mejor interpretación de su voluntad y sus preferencias", en lugar de basar las decisiones sobre lo que se considera el "interés" de la persona»²⁴.

3. Los nuevos mecanismos de ayuda a las personas con discapacidad: «las medidas de apoyo»

La CNUDPD contiene a lo largo de su articulado medidas muy importantes a adoptar en los ordenamientos de los distintos Estados Miembros que la ratificaron, incluida España. Estas nuevas medidas pueden ser muy diversas pero hay una que afecta a todos por igual y no es otra que el establecimiento de lo que se ha denominado como «medidas de apoyo».

Encontramos esta terminología en el ya mencionado 12 que acabamos de ver en lo relativo al término capacidad jurídica. Concretamente se habla de estas medidas en el artículo 12 en su apartado 3, 4 y 5.

A razón de todo esto y tras analizar anteriormente la normativa española que adapta las propuestas de la Convención, creo que es conveniente en este apartado mencionar algunas de las conclusiones del seminario de Jueces de Capacidades organizado por el

²⁴ <http://www.servimedia.es/Noticias/DetalleNoticia.aspx?seccion=23&id=362966>

CGPJ y celebrado el 22/02/2012²⁵ que considero que pueden aportar información acerca de cómo este colectivo ve la actual situación. Entre muchas de las conclusiones, el seminario considera necesario una reforma legislativa dirigida a la consecución de los fines y principios informantes de la Convención, una incorporación de la necesidad de que concurra como presupuesto sustantivo de la declaración de incapacidad un motivo práctico o de oportunidad que aconseje en cada caso concreto la adopción de algún tipo de medida de apoyo o asistencia o promover campañas de información y publicidad sobre las ventajas de previsión futura de algún sistema de apoyo o asistencia.

La modificación de los mecanismos de guarda anteriormente previstos en la legislación española frente a estos nuevos mecanismos de apoyo, conlleva el abandono del hasta ahora conocido como «modelo de sustitución» por el cual, una persona actúa en nombre y representación de la persona discapacitada. Los mecanismos de sustitución que encontramos en nuestro ordenamiento jurídico (tutela, patria potestad rehabilitada, guarda de hecho...) por lo general no solo cubren la esfera patrimonial de las personas incapacitadas, sino que en ocasiones llegan a tener influencia en los derechos personalísimos del mismo, ocasionando por ejemplo que el tutor pueda ejercer la acción de divorcio de su tutelado.

Por todo ello, la CNUDPD, establece en este artículo 12 un nuevo sistema basado en el apoyo, o lo que es lo mismo, asistir a la persona con discapacidad en la toma de sus propias decisiones, superando el anterior modelo de sustitución. No se dice sin embargo como debe ser este modelo de apoyo, por lo que la regulación de los mismos dependerá de los propios ordenamientos internos de cada Estado Firmante, así como la extensión de los propios mecanismos.

Un ejemplo de lo hasta ahora expuesto, sería la STS de 21 de septiembre de 2011, sobre un proceso de divorcio de una persona incapacitada, que es ejercitado por los tutores de esta. Esta sentencia, se fundamenta a su vez, en la STC 311/2000, de 18 diciembre, la cual fue alegada por las partes.

²⁵ GANZENMÜLLER ROIG, CARLOS, « Cinco años después de la convención de los derechos de las personas con discapacidad» disponible en: <http://www.otrosi.net/sites/default/files/01%20Carlos%20Ganzenmuller%20Roig.pdf> Última vez visto: 09/05/2014

En esta sentencia, encontramos una referencia a la CNUDPD en su FJ séptimo, apartado cuarto, por el cual «estos principios (los de la CNUDPD) deben ser tenidos en cuenta en la resolución que se demanda, porque la ratificación del Convenio de Nueva York y su consiguiente incorporación al ordenamiento español, obliga a los Tribunales a aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del incapaz a través o por medio de sus representantes legales. Si no se admitiese dicha actuación, en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo.»

Y considera el propio Tribunal en su FJ octavo «Las anteriores razones llevan a concluir que los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que por sus condiciones, no pueda actuar por sí misma.»

3.1. ¿Qué se entiende por medidas de apoyo?

El hecho de que la propia Convención no indicara de manera cerrada esta cuestión, genera que por esta nueva terminología podamos entender muchos tipos de apoyo, desde el más básico de apoyo familiar, así como un apoyo «asistencial» en los distintos ámbitos de la persona discapacitada (personal, económico y social). Y todo lo anterior puede ser llevado a cabo por una o varias personas físicas o por una persona jurídica, de las cuales son destacables la labor realizada por las distintas Fundaciones tutelares.

Sin embargo, todo lo indicado dependerá de la concreta situación en la que se encuentre la persona discapacitada, puesto que como bien indica la STS de 29 de abril de 2009 (Sala 1ª, Ponente Roca Trías) -que posteriormente analizaré, pues es la primera que alude a estos mecanismos de apoyo en la jurisdicción española y contiene fundamentos jurídicos muy destacables- con estos mecanismos de apoyo se intenta hacer un «traje a medida» de cada una de las personas que sufren una discapacidad, respetando sus derechos, intereses y preferencias siempre en su propio beneficio.

Con una planificación reflexiva e individualizada de estos modelos de apoyo, podremos obtener unos mejores resultados personales de estas personas con discapacidad, que se traducirían, por ejemplo, en una mayor independencia de estas personas, una mejora en

sus relaciones personales, mayor contribución en la sociedad y un mejor sentido de bienestar personal y satisfacción vital.

Con motivo de todo ello, se recoge en la revista SIGLO CERO²⁶, una traducción de un artículo sobre conceptualización de los apoyos y las necesidades de los apoyos en las personas con discapacidad²⁷, donde se recoge un proceso de cinco componentes con los que se propone en qué consisten estos nuevos modelos de apoyo. En primer lugar, se identificarían las metas y experiencias vitales deseadas, para a razón de esto evaluar sus necesidades de apoyo determinando el perfil y la intensidad de los mismos. A continuación, se desarrolla un plan individualizado, el cual se pone en marcha y es supervisado y por último se evalúa.

Tal y como indica la propia revista, es un procedimiento que requiere de una gran inversión de tiempo y energía, pero es fundamental un proceso para organizar los apoyos de tal manera que se correspondan con las necesidades individuales y los resultados deseados de las personas con discapacidades intelectuales. Además los equipos encargados de esta planificación pueden volver a alguno de los componentes previos del proceso siempre que sea necesario para conocer qué aspectos es el que ha fallado y como medio para mejorar el modelo adaptándolo mejor al sujeto y estos componentes o fases del modelo debería ser repetidos a medida que la persona con discapacidad crezca, pues pueden cambiar y requerir planes de apoyo distintos²⁸.

4. El sistema de medidas de apoyo en España

Una institución que ha reflejado su idea acerca de los mecanismos de apoyo de los cuales se habla en el artículo 12 es el Real Patronato de la Discapacidad (en adelante RPD). Esta institución, considera el término «apoyo» como « la determinación de los elementos de ayuda, de colaboración, que se han de garantizar a cada persona para que

²⁶ IBAÑEZ GARCÍA, ALBA «conceptualizando los apoyos y las necesidades de apoyo de personas con discapacidad intelectual » en la Revista Española sobre Discapacidad Intelectual SIGLO CERO Vol. 41 (1), Núm. 233, 2010 PP 7-22

²⁷ Artículo publicado originalmente en *Intellectual and Developmental Disabilities* Volume: 47 Issue: 2 Pages: 135-146. Con el título *Conceptualizing Supports and the Support Needs of People With Intellectual Disability*

²⁸ IBAÑEZ GARCÍA, ALBA «conceptualizando los apoyos y las necesidades de apoyo de personas con discapacidad intelectual » en la Revista Española sobre Discapacidad Intelectual SIGLO CERO. Vol. 41 (1), Núm. 233, 2010 P. 17

se exprese e identifique»²⁹ Con estos apoyos, según indica el RPD, cada decisión adoptada por la persona con discapacidad desde su igual capacidad jurídica y destinada a generar consecuencias personales y jurídicas tendrá efectos.

El RPD, considera que con la incorporación de la Convención, no es admisible encauzar a todas las personas con discapacidad hacia un proceso de criterios estándar (como se venía haciendo hasta ahora, siendo generalmente usado el procedimiento de incapacitación para otorgar una tutela completa sobre la persona discapacitada), sino que, el nuevo sistema social que sustituye al sistema médico, obliga a una determinación específica e individual de apoyos a medida³⁰.

Sobre el procedimiento de la determinación de los apoyos, hace referencia a los llamados «apoyos naturales» que actúan en cada caso y situación y que ayudan en la realización de determinadas actuaciones. Actuaciones cuya validez resultará de la constatación de la decisión del interesado que, en tales casos, no es, por tanto, representado o sustituido, sino simplemente asistido o apoyado, bien para exponer o expresar su voluntad, bien para acceder a comprender cuestiones a los que no alcance sin ese apoyo.

Sobre la validez de estos apoyos, esta institución plasma la idea de que «son apoyos válidos los acompañamientos para determinadas decisiones realizados por personas del entorno familiar o personal, del centro o entidad que preste servicios a la persona con discapacidad o de la que apoye los derechos de la persona en cuestión. Podrán serlo también los adoptados en una oficina administrativa por el funcionario o encargado de ésta para ayudar a comprender o para asegurarse la expresión y alcance de la decisión adoptada por la persona con discapacidad. Podrán serlo, en esa misma dimensión cualitativa, los adoptados o los que deban facilitarse por un particular en situación de interlocución similar a las del funcionario»³¹. En todos ellos, lo que deberá establecerse

²⁹ Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad « Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.» Madrid, a 13 de junio de 2012

³⁰ De nuevo, referencia a lo establecido por la STS 29 de abril de 2009, al hablar esta de «traje a medida».

³¹ Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad « Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de

será un sistema de garantías que evite, en todo caso, que el sistema de apoyo utilizado vaya más allá de la voluntad, opinión, intención de la persona con discapacidad y, menos aún, desvíe éstas para beneficio de quien desempeña el apoyo.

En cuanto a la terminología de «asistencia y apoyo» que aparecen en varias sentencias desde la Convención, el significado de «apoyo» en palabras de la profesora de Salas Murillo³² « parece querer ser una aplicación directa de los mandatos de la CNUDPD y su «*sistema de apoyos*», pero en este caso no conlleva especiales connotaciones jurídicas, fuera de lo que pueda suponer la orientación y ayuda a quien está actuando por sí mismo». Sin embargo, el término «asistencia», podría identificarse con la figura de la curatela, ya que ésta funciona generalmente como un complemento de la capacidad de la persona con capacidad modificada.

Por su parte, la implantación de los mecanismos de apoyo en las instituciones tutelares de España tiene un claro ejemplo a seguir, como así lo indica el propio informe Olivenza³³, que es el de la Fundación para la Promoción y Apoyo de las Personas con Discapacidad (en adelante, FUTUEX), que equivaldría a la antigua Fundación Tutelar de Extremadura.

Es importante destacar, tal y como hace D. José Condiño Sopa³⁴ cuáles son las líneas generales de estos modelos de apoyo³⁵. Así pues, la características que marcan las líneas generales para estos modelos de apoyo son: complementariedad, pues no sustituye a los anteriores modelos sino que trata de adecuarse a lo establecido en la propia Convención; personalidad, dado que las necesidades de la persona discapacitada serán estudiadas por personas expertas en las distintas materias que se vean limitadas por la propia discapacidad y flexibilidad, puesto que dependerá, como bien hemos indicado

Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad». Madrid, a 13 de junio de 2012

³² DE SALAS MURILLO, SOFÍA «Repensar la curatela» en *Derecho Privado y Constitución*, nº27 Calson SL, Madrid 2013 p. 40

³³ OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD, «las personas con discapacidad en España, informe Olivenza 2010» Badajoz, 2010, p. 207

³⁴ Secretario General Técnico de la Fundación y Gerente del Observatorio Estatal de la Discapacidad.

³⁵ CONDIÑO SOPA, JOSE «Un modelo de apoyo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad» en *Derecho y discapacidad: in Memoriam José Soto García-Camacho*, García (dir.), Grupo Editorial Cinca S.A., Madrid, 2012, p.204

previamente, de las distintas circunstancias en las que se encuentre cada persona discapacitada.

Pero sin duda, si algo nuevo incorpora FUTUEX, es la figura del «delegado de apoyo». La persona del «delegado de apoyo», actúa junto a un psicólogo, un trabajador social, un jurista y un economista conformando un equipo para complementar la capacidad jurídica de la persona discapacitada.

El «delegado de apoyo», tiene unas funciones variadas, desde el simple acompañamiento de la persona con discapacidad hasta comprobar el estado en el que se encuentra la vivienda en la que se encuentra dicha persona. Sobre el aspecto jurídico que es el que aquí nos interesa, equivaldría a la figura que hasta ahora se denomina curador, pero con la diferencia de que no complementa la falta de capacidad en determinados actos jurídicos, sino que por el contrario, trata de apoyar a la persona con discapacidad para que sea ésta quien ejerza sus derechos sin acudir a un procedimiento judicial, puesto que esta figura se encuentra fuera del proceso de incapacitación.

En relación a la figuras de la tutela, pero sobre todo de la curatela, a la que he hecho mención al diferenciarla del delegado de apoyo, debemos conocer la postura del TS acerca de si es necesario eliminar estas figuras.. Tal cuestión fue planteada por Ministerio Fiscal en la STS de 29 de abril de 2009, alegando que *«... desde el contenido de la Convención la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo, requerirá necesariamente de una profunda, si no nueva, reforma legislativa, y por ello consideramos necesario, que por parte de la Sala, pueda marcarse el camino interpretativo de los aspectos fundamentales de su aplicación»*.

Por su parte, la respuesta del TS, es clara, y aunque como ya he indicado, más adelante estudiaremos en profundidad esta sentencia, se concluye que estas dos figuras se corresponden con las líneas marcadas por la Convención y sobre todo la figura de la curatela «parece la más idónea» Y siguiendo esta línea, como se recoge en las palabras de la profesora de Salas Murillo³⁶ «estamos ante un momento de redefinición de

³⁶ DE SALAS MURILLO, SOFÍA «Repensar la curatela» en *Derecho Privado y Constitución*, nº27 Calson SL, Madrid 2013

conceptos por el cual vamos a descubrir que el sistema ya vigente funciona y puede seguir funcionando, adaptándose a las nuevas tendencias»

FUTUEX tiene una serie de ejemplos con los que muestra cómo debe de realizarse este trabajo de apoyo por todo el equipo de apoyo anteriormente presentado y a continuación muestro uno de ellos³⁷:

«Ejemplo de cómo aplicándose las medidas de apoyo necesarias y puntuales, la persona que responde a las siglas D.P.R. puede desarrollar su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas.

D.P.R. es una persona con discapacidad intelectual y con un grado reconocido administrativamente del 65%, no incapacitado judicialmente. Vive solo en su domicilio, acude diariamente a trabajar a un Centro Ocupacional de determinada asociación, trabajo por el que recibe un salario. No tiene más familiares directos que una hermana que vive en un país extranjero y con la que no tiene ninguna relación. Mantiene una relación de pareja con una persona con discapacidad.

En el año 2005, y remitido por la asociación a la que pertenece, firmó un convenio de colaboración con FUTUEX por el que esta entidad le prestaría medidas de apoyo. Para ello, nuestra delegada de apoyo le visita semanalmente y comprueba sus necesidades.

Nuestra delegada de apoyo comprueba que la vivienda en la que reside carece de las condiciones mínimas de salubridad, pero a D.P.R. le preocupaba la idea de invertir una suma de dinero, del que por otra parte carecía, en una casa en la que no tenía ningún derecho reconocido, pues se desconocía la situación legal de la vivienda.

En reuniones mantenidas entre el área jurídica de FUTUEX y D.P.R., se le explica paso por paso las opciones legales existentes. Así, toma la decisión de iniciar los trámites judiciales -expediente de dominio para inmatriculación de finca-, por lo que solicita Abogado y Procurador del Turno de Oficio especial para persona con Discapacidad. Recaba por sí mismo la documentación con las indicaciones dadas por los Asesores Jurídicos y la aporta a FUTUEX para la solicitud del derecho a litigar gratuitamente.

³⁷ CONDIÑO SOPA, JOSÉ «configuración jurídica de un modelo de apoyo, planteamientos y propuestas del sistema de medidas de apoyo que viene aplicando FUTUEX en Extremadura y otras propuestas de reformas legislativas» Olivenza, 2010

Una vez asignado por el Colegio de Abogados el letrado que iba a dirigir el procedimiento, D.P.R. solicitó día y hora y acudió a su despacho.

Con el paso de tiempo, y viendo que el letrado no había iniciado los trámites acudió nuevamente a FUTUEX para comunicarlo; los asesores jurídicos se pusieron en contacto con el letrado y discutieron la línea en que debía plantearse el expediente, ya que no existía ni testamento ni contrato escrito ni escritura pública. D.P.R compare-ce en su propio nombre y representación ante el Juzgado que tramitó el expediente de dominio. Hoy en día ya tiene inscrito en el Registro de la Propiedad correspondiente el Auto por el que se declara justificado el dominio sobre su vivienda, realizando personalmente los actos para dicha inscripción, con el apoyo de los asesores jurídicos y de la delegada de apoyo de FUTUEX.

De haber comparecido personalmente ante el Juzgado, el Juzgador con la legislación actual no hubiera tenido más remedio que suspender el procedimiento y haber puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal la posible causa de incapacitación para que se iniciara el procedimiento de modificación de la capacidad y se le nombrara un tutor o curador que le representara en el procedimiento suspendido. Sin embargo, sin necesidad de la incapacitación judicial, con las medidas de apoyo necesarias D.P.R. consiguió lo que era su voluntad. Asimismo y paralelamente, desde FUTUEX se apoyó a D.P.R. para la rehabilitación de la vivienda, estando él personalmente también supervisando dicha rehabilitación.

Conclusión: D.P.R. sigue residiendo solo en una vivienda que ya es de su propiedad, continúa trabajando para ganarse un salario, mantiene su relación de pareja, y todo ello con el apoyo continuo de una persona, en este caso jurídica, FUTUEX».

5. Modelos de apoyo en Aragón

Como alumno de la Universidad de Zaragoza, no podía dejar de hacer referencia a las instituciones que trabajan en nuestra Comunidad Autónoma. En concreto, la Fundación Tutelar Luis de Azúa, como ejemplo de estas instituciones que ejercen de mecanismos de guarda legal en Aragón.

Pero antes de ello, es conveniente una mención a la forma en la que se recoge regulada esta materia en Aragón, puesto que al contar con un Código Foral, podríamos encontrar alguna diferencia con la normativa estatal del Código Civil.

Como muestra la profesora Parra Lucán³⁸, la Compilación carecía de una regulación de la materia y en las leyes civiles aragonesas solo había referencias aisladas a incapacidad. Por ello, se aplicaba el Derecho general del Estado y esto planteaba dificultades de armonización. A raíz de todo esto, para solventar estas dudas, se reguló esta materia en el capítulo II del Título I del Libro I relativo al Derecho de la persona del Código de Derecho Foral Aragonés (en adelante, CDFA) en sus artículos 34 a 40. Sin embargo no se realiza una regulación completa por lo que en muchos ámbitos se aplica lo dispuesto en el Derecho estatal. Entre los aspectos que nos interesan en este trabajo, indicar que se regulan en el Título III del Libro I el sometimiento del incapacitado a tutela o curatela y la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, que sustituye a la patria potestad estatal, en los arts. 41 a 45 del CDFA.

En el Preámbulo de nuestro Código se reconoce que el sistema aragonés, no se aparta de los rasgos esenciales que encontramos en el Código Civil, puesto que todas las funciones tutelares están bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, pero como rasgos característico sí que debemos señalar una potenciación de la autonomía de los particulares y una acentuación de los rasgos familiares³⁹.

Una vez indicada una referencia a la legislación aragonesa y tras haber visto como se han adoptado estos modelos de apoyo en España, y más concretamente, observando el ejemplo de una Fundación tutelar como es FUTUEX, para dotar a mi trabajo de más cercanía a lo que, en estos momentos, podemos encontrar en nuestra Comunidad, decidí que era también importante saber cómo actúan las Fundaciones tutelares aragonesas y por ello contacté con la Fundación tutelar Luis de Azúa.

³⁸ PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES, «capacidad y estado de las personas», manual de Derecho civil aragonés conforme al Código del Derecho Foral de Aragón, Delgado (dir.) 4ª Edición, El Justicia de Aragón. pp. 148 y ss.

³⁹ PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES «las relaciones tutelares» en manual de derecho civil aragonés conforme al Código del Derecho Foral de Aragón, Delgado (dir.) 4ª Edición, El Justicia de Aragón, pp. 204 y ss.

Además de la información que se puede encontrar en su web⁴⁰, acudí en persona a sus instalaciones y tuve la suerte de charlar con ellos, indicándoles el propósito de mi trabajo.

Es destacable la labor que realiza esta Fundación defendiendo los intereses y derechos de las personas que se encuentran en esta situación de necesidad, ayudándoles a superar situaciones difíciles pero siempre evitando con ello su perjuicio y que sean engañadas. Para ello, entre los servicios que ofrecen destacan las medidas de protección de las personas discapacitadas como son el procedimiento de incapacidad, la figura del tutor y la importancia del testamento para que todo quede siempre en beneficio de estas personas.

Aunque no cuenten con la figura propia del «delegado de apoyo» tal y como era mencionado en FUTUEX, la Fundación Tutelar Luis de Azúa cuenta con la figura del «delegado tutelar», que sirve de enlace y que es quien puede ayudar a materializar la función básica de esta Fundación que es ser tutora de aquellas personas incapacitadas que no tienen familia que quiera o pueda ser responsables de la misma. Con esta figura, se pretende que se cubran todas las necesidades afectivas que tenga la persona con discapacidad, siendo un referente para esta persona como modelo de comportamiento y facilitar la integración del tutelado velando por las condiciones materiales de vida del mismo.

Comparando la figura del «delegado de apoyo» y el «tutelar» no existen muchas diferencias entre ambas. Aunque es cierto que la figura del Delegado de Apoyo, que desde el propio Observatorio de la Discapacidad tanto se ha destacado en su Informe Olivenza del año 2010, se adapta mejor a las líneas generales que se intentan incorporar tras la Convención por su terminología, su función es la misma que realiza el Delegado Tutelar.

⁴⁰ <http://www.fundacionluisdeazua.com/fundacion.do>

IV. INFLUENCIA DE LA CNUDPD

Tras ver los puntos más destacables y a la vez más confusos que la propia Convención generó (recordando que el mencionado artículo 12 fue el más debatido), en este apartado, trataré de profundizar en cómo ha influido la CNUDPD en los ámbitos judiciales y en los mecanismos de guarda hasta ahora vigentes, realizando una especial mención a la rehabilitación o prórroga de la patria potestad

1. Influencia en las resoluciones judiciales

Tras el comentario realizado sobre el ámbito legislativo tanto a nivel europeo como nacional elaborado en el primer apartado de este capítulo, en este segundo me centraré en el estudio del ámbito judicial con respecto a la Convención, siendo de gran valor la STS de 29 de abril de 2009.

1.1. Posicionamiento del Tribunal Supremo: las sentencias de 29 de abril de 2009 y de 24 de junio de 2013

En este epígrafe, trataremos de ver cómo ha influido la Convención en nuestros propios Tribunales, y aunque han pasado años desde la entrada en vigor en nuestro ordenamiento de la misma y se han elaborado una gran cantidad de sentencias aplicando la misma, una de las líneas mayoritarias que han seguido nuestros Tribunales es la STS de 29 de abril de 2009, aunque esta sentencia por su parte también haya sido criticada.

Dicha Sentencia tiene tal importancia debido a que no se ha cumplido el mandato contenido la Disposición Final primera de la Ley 1/2009, por la cual, se instaba al Gobierno para que, en el plazo de seis meses, remitiera a las Cortes un proyecto de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarían a denominarse *procedimientos de modificación de la capacidad de obrar*..

El núcleo de esta Sentencia puede decirse que es dar respuesta a si la normativa relativa a incapacitación que encontramos en el Código Civil español, así como las figuras de guarda legal contenidas, son contrarias a las medidas establecidas en la Convención que estamos analizando. Para dar respuesta a todo ello, es fundamental analizar el FJ 5º

sobre el recurso de casación, en su apartado B titulado *«Reglas interpretativas de la legislación vigente en materia de incapacitación»*

Tras realizar una transcripción completa del artículo 12 de la CNUDPD, el TS comienza este Fundamento Jurídico explicando en su primer apartado la correlación existente entre los doce primeros artículos de la mencionada Convención con los distintos conjuntos normativos incorporados a nuestra legislación, mencionando entre otros una de las dos Leyes nacionales que hemos analizado anteriormente, la Ley 39/2006.

A continuación, y basándose en las distintas situaciones en las que se encuentran estas personas que se agrupan en el concepto de discapacidad a la que hace referencia la Convención, se pone de manifiesto la doctrina del TS desde la sentencia de esta Sala de 5 marzo 1947, por la cual se dio la posibilidad de graduar el hasta entonces rígido sistema de incapacitación y como consecuencia de ello, encontramos la actual regulación de medidas de protección adaptables a cada una de las distintas situaciones de estas personas. Estas medidas son: la incapacitación, la curatela y las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, regulada en la reforma del Código civil efectuada por la Ley 41/2003.

En su tercer apartado, se plantea la posible problemática existente para integrar una adecuada protección en las situaciones en las que existe falta de capacidad para entender y querer. Tras hablar de los requisitos para que funcionen los distintos sistemas de protección y sus consecuencias, el TS concluye afirmando que el hecho de que estas personas se encuentren en situación de discapacidad, al igual que ocurre con la minoría de edad, no se puede hablar de una pérdida de titularidad de los derechos de estas personas, aunque si determine su forma de ejercicio. Esto viene en relación con lo anteriormente mencionado acerca de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, donde hacíamos una diferenciación entre la dimensión estática del concepto capacidad jurídica y su dimensión dinámica, que sería la denominada capacidad de obrar.

Por último, en el apartado 4, el TS habla sobre la regulación de la situación jurídica del incapacitado. Indica que debe leerse conjuntamente tanto la CE como la propia

Convención para que se cumplan los propios propósitos constitucionales recogidos en los artículos 14 y 49 CE. En estos artículos se hace mención a que:

- a) el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección.
- b) El artículo 14 CE relativo a la igualdad de las personas no se ve vulnerado por tratar de forma distinta a estas personas. Por ello, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.

Tras analizar el FJ 5º en el apartado anterior, creo que es relevante del mismo modo, indicar como en el siguiente fundamento jurídico de la Sentencia se realiza un pequeño estudio de Derecho Comparado para conocer como se regulan estas medidas en otros ordenamientos y conocer con ello, si se adecuan a lo establecido en la Convención y del mismo modo si debería incluirse en nuestro ordenamiento una regulación parecida a la de estos países.

Los Códigos comparados son: el Código Civil de Quebec, el Codice civile italiano, el Code civil francés y el BGB alemán. El hecho de elegir estos países se basa en que todos ellos son, al igual que España, países que han firmado y ratificado la Convención y el TS concluye indicando que en todas ellas encontramos el mismo modelo de sustitución utilizado en nuestro ordenamiento aunque con distinta denominación, por lo que no se ve en ninguno de ellos el modelo de apoyo indicado por la Convención.

Para finalizar, y citando las palabras utilizadas por el propio TS, *«La aplicación del art. 12 de la Convención supone un desafío para nuestro sistema, pues no sólo afecta a los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar y a las consecuencias que su unificación representa, sino que incide de lleno en el proceso especial de “capacidad de las personas”, fundamentalmente en la incorporación del “modelo de apoyos”, que se enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional. Sin duda, la implantación de la Convención exige soluciones frente a determinadas situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales sea necesario tomar una decisión en su nombre».*

Por todo ello, se entiende que las actuales medidas de guarda legal reflejadas en nuestro ordenamiento encajan en lo establecido por la propia Convención, especialmente la curatela, de la que cual, el TS ha indicado: « [...] 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».

Además definen este mecanismo de guarda legal como: «un órgano estable, pero de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino completar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos. La diferencia se encuentra entonces en que el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere de un complemento de capacidad»

Para que se cumplan las finalidades de los artículos constitucionales anteriormente nombrados, el TS señala: «sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1. ° Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Ésta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC. 2. ° La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

Otro ejemplo más actual de la influencia de la CNUDPD, es la STS de 24 de junio de 2013 (ponente Seijas Quintana), sentencia de la cual se han hecho eco incluso los medios de comunicación⁴¹. En la referida sentencia, se resuelve un recurso de casación reduciendo una incapacitación total a una incapacitación parcial asistido por la figura de la curatela.

Creo conveniente destacar de esta sentencia, el FJ segundo en su totalidad puesto que es el que nos habla de la aplicación del texto internacional, sin embargo, reflejaré unas palabras de dicho Fundamento. Así pues, dice el TS en ese Fundamento en su apartado dos: « Sin duda, una situación como esta (se refiere a la enfermedad que genera la discapacidad, que en este caso concreto era una esquizofrenia paranoide) no permite mantener un mismo status del que se disfruta en un régimen de absoluta normalidad, pero tampoco lo anula. Lo que procede es instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a los que con reiteración se refiere la Convención, para, en palabras de la misma, proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen, como precisa el artículo 12»

Finaliza este segundo punto del FJ 2º, recalcando lo establecido en la STS de 29 de abril de 2009:« El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: «1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. 2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

⁴¹<http://www.europapress.es/epsocial/discapacidad-00330/noticia-supremo-aplica-convencion-onu-personas-discapacidad-anular-incapacitacion-ciudadano-20130703173954.html>

1.2. Posicionamiento judicial en nuestra Comunidad Autónoma

Una vez que ya hemos la posición del TS en cuanto a la relación entre nuestro sistema actual de guarda legal y la CNUDPD, ante la falta de una normativa legislativa que muestre de manera clara la interpretación definitiva, en este apartado, mostraré algún ejemplo de la incidencia de la STS de 29 de abril de 2009, en los tribunales aragoneses. En este sentido, me ha parecido especialmente interesante la SAP de Teruel, de 27 de septiembre de 2013 cuyo ponente fue Pedro Santiago Gimeno Fernández y que venía a tratar el caso de una persona discapacitada, a quien en primera instancia se le impone una curatela a cargo de la Comisión de Tutela y Defensa Jurídica de Adultos de la Diputación General de Aragón, siendo esta una persona jurídica que ejerce la tutela, curatela y el cargo de Defensor Judicial de las personas mayores de edad incapacitadas judicialmente cuando dichas funciones le sean encomendadas por resolución judicial.

Tras el recurso de apelación iniciado por parte de la persona discapacitada frente al Ministerio Fiscal, llega el caso ante la AP de Teruel, que falla a favor de mantener la figura de la curatela a cargo de la Comisión anteriormente señalada.

Lo característico de esta sentencia, y el motivo de su incorporación en este trabajo, en que en sus fundamentos de Derecho, concretamente en su segundo fundamento, recoge las palabras utilizadas por la STS ya analizada, de modo que de nuevo se entiende que el procedimiento de incapacitación vigente en el CC, es adecuado a la luz de la Convención y a los principios Constitucionales que rigen nuestro Derecho cuando «se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 760.1 LEC» y «La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada»

Por último en su Fundamento de Derecho cuarto, considera la curatela como la figura más apropiada atendiendo a todo lo anterior ya que « como señala la STS de 29 de abril de 2009, la curatela es una institución de guarda de la persona a la que se le nombra un asistente en atención a su grado de discernimiento, para que pueda realizar

determinados tipos de actos, de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 289 del Código Civil*. La curatela es un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino en completar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos. El sometido a curatela es capaz, pero requiere de un complemento de capacidad. El nombramiento de curador se realiza única y exclusivamente en beneficio de la persona a que se impone tal medida con el objeto, ex *artículo 289 del Código Civil* de asistirle en los actos que fije la sentencia que la establezca.

A lo largo de esta sentencia, hay que destacar que en ningún momento se hace referencia al CDFIA.

Este es un ejemplo de cómo la STS de 29 de abril de 2009, ha sentado una doctrina jurisprudencial necesaria, mostrando como debe ser interpretada la Convención en tanto no se produzca una modificación legal sobre este punto.

2. Medidas de protección españolas tras la Convención

Una vez vista la Sentencia del TS que muestra los actuales mecanismos de guarda legal perfectamente compatibles con las líneas generales marcadas por la Convención, incluyendo la figura de la tutela, aunque se recalque el papel especial que puede desempeñar la curatela, quisiera hacer una breve reseña sobre uno de esos mecanismos, el conocido como patria potestad rehabilitada o prorrogada.

2.1 Patria potestad prorrogada o rehabilitada

Ambas figuras proceden de la reforma operada en el Código Civil por la Ley 13 de mayo de 1981, ante la necesidad de regular un mecanismo por el cual pudieran quedar sometidos a la patria potestad, los mayores de edad y los menores emancipados.

Como señala Seisdedos Muiño⁴², en 1977, un grupo de civilistas, había elaborado y publicado un estudio dirigido a modificar la regulación de la tutela en el Código Civil. Aparece en este estudio, un capítulo titulado «de la patria potestad prorrogada» en el cual se regulaba la prórroga de la patria potestad pero no la rehabilitación en su artículo

⁴² SEISDEDOS MUIÑO, ALBA «La regulación de la patria potestad prorrogada en el Código Civil y en las legislaciones autonómicas» *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 10. 2012 pp. 100

200, mientras que en los tres siguientes artículos de ese capítulo, se dedicaban a la determinación de las causas por las que se concluía (art. 231) y que ocurría si en ese momento subsistía el estado de incapacitación (arts. 232 y 233)

Estos civilistas, trataban de evitar la constitución de la tutela en aquellos casos, en los cuales, los padres podían continuar desarrollando la función de cuidado y protección de los hijos que los necesitaban, con independencia de ser mayores de edad, mediante esta figura.

Actualmente, y tras varias modificaciones, entre las cuales conviene destacar la LO 1/1996 que incorporó la figura de la curatela, este mecanismo de protección se encuentra recogido en el artículo 171 Cc y se refiere a la situación en la que un mayor de edad se encuentra incapacitado. Por este artículo se prevé que quien hubiera sido incapacitado en su minoría de edad, al alcanzar la mayoría queda su patria potestad prorrogada. Por otro lado, también se prevé la rehabilitación de la misma en el mencionado artículo 171 para la situación de un hijo soltero que viviera con sus padres y esta patria potestad será ejercida por aquel a quien le correspondiere si este hijo fuera menor de edad.

El mecanismo de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, se ejercerá tal y como indica el art 171 en su primer párrafo, in fine, según lo disponga una resolución de incapacitación y terminará por las causas mencionadas en el segundo párrafo del mismo artículo. Estas causas son: 1º muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o el hijo, 2º adopción del hijo, 3º haberse declarado cesada la incapacitación o 4º haber contraído matrimonio el incapacitado.

Los elementos que conforman esta figura, siguen siendo los mismos que conforman la patria potestad, es decir, el hijo y sus padres y los deberes de ambos siguen las disposiciones generales establecidas para esta figura en Capítulo 1º del Título VII del Código Civil. A a la vista de todo ello, hay dos principios que son de suma importancia en relación con el tema de este trabajo, los cuales son: ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad y siempre bajo la primacía del interés del menor.

2.2. *Prórroga y rehabilitación de la potestad de guarda*

Cuando hablamos de la patria potestad, debemos dejar claro que en nuestro Derecho Foral, dicha término no figura. Esto se demuestra en una famosa Observancia, la 2ª ne pater vel mater, que decía: « consuetudine Regni non habemus patriam potestatem», traducido por «en Aragón, por costumbre del Reino, no conocemos la patria potestad». Hay cierta problemática en equiparar la figura de la patria potestad recogida en el CC y la figura de la autoridad familiar de nuestro CDFa, ya que en palabras de Delgado Echeverría⁴³ «la autoridad familiar no es equivalente de aquella institución (refiriéndose a la patria potestad), pues no abarca la administración de los bienes ni tampoco el deber de crianza y educación, que es externo y previo a la autoridad y le sirve de fundamento y medida».

Sin embargo, considero que para este trabajo, la figura de la autoridad familiar si se asimila al concepto de patria potestad, puesto que no vamos a hablar sobre los bienes del incapaz sino de su representación. Y del mismo modo se expresa en el Preámbulo de la Ley Aragonesa de Derecho de la Persona del año 2006 al afirmar que « La prórroga y la rehabilitación de la autoridad familiar estaban admitidas en Aragón, adaptando en lo necesario las prescripciones del Código sobre la patria potestad, como muestra la referencia textual en los artículos. 31 y 51 de la Ley de sucesiones de 1999. Ahora, los artículos 38 a 42 de esta ley completan y aclaran tanto los supuestos en que los procede como el régimen de la potestad de guarda prorrogada o rehabilitada, así como las causas de su extinción.

La Ley mencionada tenía por objetivo el desarrollo de las normas sobre capacidad de las personas físicas y sobre las instituciones civiles para la protecciones de menores e incapaces, contenidas hasta entonces en la Compilación. A diferencia de esta última, las normas de esta Ley no se presentan como peculiaridades o excepciones, sino que expresan suficientemente el sistema y sus principios generales, a la vez, que atienden a

⁴³ DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS, AUTORIDAD FAMILIAR VS PATRIA POTESTAD, en Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón, LACRUZ (dir.) p.416. disponible en [http://bases.cortesaragon.es/bases/NDocumen.nsf/b4e47719711a1d49c12576cd002660cc/97553d4c5a2c7430c125740b00367310/\\$FILE/delgado.pdf](http://bases.cortesaragon.es/bases/NDocumen.nsf/b4e47719711a1d49c12576cd002660cc/97553d4c5a2c7430c125740b00367310/$FILE/delgado.pdf)

concreciones y pormenores hasta ahora no reflejados en las leyes y que resultan muy convenientes para precisar el alcance práctico de los preceptos»⁴⁴

Dicho lo cual, me dispongo a analizar la figura de la autoridad familiar.

El CDFA regula conjuntamente la prórroga y rehabilitación de la potestad de guarda. En su Preámbulo, se recuerda que la prórroga y rehabilitación de la autoridad familiar estaban admitidas en Aragón, adaptando en lo necesario las prescripciones del Código Civil. En la actualidad, los artículos 41 a 45 del CDFA completan y aclaran tanto los supuestos en los que procede como el régimen de la potestad de guarda prorrogada o rehabilitada, así como su extinción.

Cuando la incapacitación del hijo se produce durante su menor edad (art. 38.4) al llegar a la mayoría de edad, se produce la prórroga de la autoridad familiar a que estuviera sometido (art.41), aunque su contenido legal quedará definido por la sentencia de incapacitación (art.44). Si la incapacitación se produjese después de la mayoría de edad, a falta de previsiones de autotutela, la autoridad familiar se rehabilita (art.42).

En estos supuestos, el Juez quedará vinculado a las previsiones que hubieran sido adoptadas por el incapacitado, cuando este tenía plena capacidad de obrar, en previsión de una incapacitación futura, y así se recoge en los artículos 108 y 114. Cuando el incapacitado es persona soltera que todavía vive con sus padres o en compañía de uno de ellos, se rehabilita por ministerio de la ley la autoridad familiar.

Este aspecto que tan sólo hace una referencia a la figura de los padres, posibilita que solo se admita la rehabilitación de la autoridad familiar cuando esta es ejercida por los mismos. En caso contrario, cuando esta figura fuera ejercida por una tercera persona diferente a estos, no sería posible hablar de dicha rehabilitación.

Cuando nuestro CDFA hace referencia a la expresión «por ministerio de la ley» en lo referente a la prórroga recogida en el art.41 y la rehabilitación del art. 42, presupone que estos casos serán posible cuando deriven de la concurrencia de los presupuestos

⁴⁴ SEISDEDOS MUIÑO, ALBA «La regulación de la patria potestad prorrogada en el Código Civil y en las legislaciones autonómicas» Revista Aranzadi Doctrinal nº 10. 2012

establecidos por la ley. Esta expresión como indica la profesora Parra Lucán⁴⁵, debe ser matizada, ya que el art.43 del CDFA establece, como excepción a estas figuras, la posibilidad de que el Juez acuerde la constitución de otros mecanismos de guarda (tutela y curatela) atendiendo al «grado de deficiencia del incapacitado y a la edad o situación personal y social de las personas a quienes correspondería ejercer la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada».

El contenido de ambas figuras dependerá de la capacidad de la persona discapacitada que quede determinada en la sentencia. Para todo aquello en lo que la sentencia de incapacitación no diga otra cosa, el ejercicio de la autoridad familiar prorrogada se regirá por las reglas generales de esta figura, explicadas en el epígrafe anterior de este trabajo.

La extinción de esta figura se recoge en el art.45 del CDFA, según el cual, se aplicaran las reglas de extinción general para la figura de la autoridad familiar recogidas en el art.93, es decir, muerte de alguno de los elementos que conforman esta figura (incapacitado y sus titulares) o por recuperación de la plena capacidad del sometido a esta institución de guarda.

También se extingue por matrimonio del incapacitado, ya que parece razonable que sea su cónyuge quien se encargue de su tutela, así lo recoge el art. 116.1.a. En todo caso, en este supuesto, al tratarse de la figura de la tutela, también pueden optar a esta figura sus propios padres según el mencionado artículo.

Finalmente, existe la posibilidad de extinguirse esta figura, atendiendo «a la dificultad grave de los titulares para el adecuado cumplimiento de su función», lo que parece atender a casos de enfermedad sobrevenida de las personas que ejercen esta figura.

Todos estos motivos del art. 45 deben ponerse en relación con los arts. 130.1. c y 148.c, siendo estos artículos de tutela y curatela, puesto que una vez extinguida esta figura, en

⁴⁵ PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES « capacidad y estado de las personas», manual de Derecho civil aragonés conforme al Código del Derecho Foral de Aragón, Delgado (dir.) 4ª Edición, El Justicia de Aragón. P. 154.

caso de subsistir la incapacidad, deberá constituirse una de estas otras dos figuras dependiendo del grado de discernimiento del incapacitado.

2.3 La rehabilitación de la patria potestad en la jurisprudencia nacional tras la implantación de la Convención.

Tras haber analizado la figura de la rehabilitación o prórroga de la patria potestad y su equivalente en nuestro Derecho Foral, la rehabilitación de la autoridad familiar, en este apartado quisiera mostrar cómo esta figura se ha utilizado en la jurisprudencia nacional tras la CNUDPD.

Para ello, tomaré de ejemplo la SAP de Guipúzcoa de 11 de febrero de 2011 tal y como hace la profesora de Salas Murillo⁴⁶, puesto que es un interesante ejemplo de cómo se está aplicando en la actualidad la figura de guarda analizada en este apartado.

En resumen, la sentencia versa sobre el contenido y alcance de la figura estudiada en el caso de una persona con síndrome de Down, a la cual en primera instancia se había impuesto una incapacitación completa, ejemplo de cómo venía funcionando algunos tribunales españoles en estos casos, sin entrar a matizar el contenido y alcance de esta figura. En segunda instancia, la AP pone de manifiesta la autonomía de esta persona y opta por una incapacitación parcial.

Lo importante de esta sentencia, es que realiza una división de la incapacidad dependiendo de las necesidades de la persona por la cual se inicia este procedimiento. Así pues, en el ámbito patrimonial de este, se dispone que para los actos extraordinarios, se necesitara una representación del mismo mediante autorización judicial, mientras que para los actos ordinarios, el incapacitado por esta sentencia, actuará por sí mismo, pero contando con la «asistencia y apoyo» de sus guardadores legales.

Esto es un ejemplo de cómo en la jurisprudencia española se están empezando a seguir las directrices de la CNUDPD, puesto que se configura una distinción de «asistencia y apoyo» (terminología propia de la CNUDPD) dependiendo del grado de discernimiento que tenga la persona objeto del proceso, no siendo igual una actividad diaria u ordinaria,

⁴⁶ DE SALAS MURILLO, SOFÍA «Repensar la curatela» en *Derecho Privado y Constitución*, nº27 Calson SL, Madrid 2013 pp. 35-44

la cual esta persona es capaz de realizar por si misma aunque necesite un complemento de su capacidad, que una actividad extraordinaria, fuera de su capacidad y que por lo tanto, necesita del grado de protección máximo que se otorga a estas personas, la autorización judicial.

Dentro del ámbito persona de esta persona, analizada en la sentencia, se indica que no existe incapacitación, aunque para los actos personalísimos del mismo, necesitará contar con de nuevo con «la asistencia y apoyo» de sus progenitores. Claramente, este apartado va contra lo establecido en primera instancia que imponía al a esta persona con discapacidad una incapacidad total, incluido este ámbito personal, manifestando, en suma, una mala aplicación de las líneas generales establecidas en la CNUDPD.

Relacionando esta sentencia con la figura escogida para el estudio de este trabajo, podemos observar como el Juez, en esta sentencia, aplica optar por un mecanismo de representación para el incapacitado en el ámbito patrimonial y por otro lado, aplica una figura de asistencia en el ámbito personal del mismo., Todo ello demuestra que la patria potestad tiene mayor flexibilidad que el resto de figuras de guarda reguladas en nuestro ordenamiento, pues podemos encontrarnos que quien ejerce la patria potestad de un incapacitado, lo representa en aquellas actividades que la sentencia dictamine y lo asiste en otras. Esto chocaría con la idea anterior de que sólo puede darse la rehabilitación de la patria potestad, cuando en caso de extinguirse esta, se pasase a la figura de la tutela, ya que de pasar a la curatela, estos progenitores no ejercerían esta patria potestad, sino que sería nombrados curadores del incapaz.

Toda idea procede de la antigua redacción de los art. 171 y 287 del Código Civil, que fue modificado por la LO 1/1996. El antiguo artículo 171 decía que *«si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela»* mientras que en el 287 se preveía la tutela para *« los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela»*.

Tras la modificación del Código Civil por la LO mencionada desde entonces y en la actualidad, la figura de la patria potestad ha sido adoptada para casos de incapacitación parcial, teniendo pues contenido asistencial similar al de la curatela.

VI. CONCLUSIONES FINALES

Tras todo lo recogido anteriormente me gustaría realizar una serie de reflexiones acerca del trabajo realizado.

En primer lugar, es destacable como la discapacidad se encuentra presente en nuestra sociedad, no solo a nivel nacional, sino internacional. Los datos proporcionados en este trabajo son muestra de esta afirmación, por ello considero prioritario realizar una toma de conciencia sobre este tema, para que todos seamos conscientes de cómo actuar ante estas personas discapacitadas que necesitan del apoyo de toda la sociedad para disponer de los mismos derechos y deberes con los que contamos el resto.

La Convención, ha sido el instrumento necesario para que los ordenamientos estatales reflejen esta necesidad, ha sido, en palabras de los autores que he ido mencionado a lo largo de este trabajo, el «hito» normativo que ha vuelto a hacer «visibles» a estar personas en nuestra sociedad. Los principios que imperan en esta Convención son principios fundamentales de cualquier derecho humano y la consecuencia de su aprobación también, puesto que hasta el momento en el cual se realizó la Convención, muchos de los Estados firmantes contaban con una regulación pobre de la normativa que afecta a estas personas. Al fin, y tras varios intentos, vemos como tras la Convención, la normativa de estas personas regulan en beneficio de las mismas y sin crear discriminación y además contamos con organismos por los cuales se sancionarán a aquellos Estados que las incumplan. Tal vez, y es opinión propia, antes de regular el tema de las personas discapacitadas o a su par, debería haberse hecho otra regulación de otros grupos que se encuentran también con grandes dificultades de integración como son las personas mayores, al igual que se han hecho con otros colectivos como son los niños.

Analizando la propia Convención y comparándolo con lo anteriormente recogido en nuestro ordenamiento, vemos cómo es necesaria una depuración del lenguaje o terminología utilizada para referirnos a las personas discapacitadas, sustituyendo aquellas palabras que sean peyorativas para estas, por otras que se adapten más a lo establecido en el texto articulado de la normativa internacional. Sin embargo, considero necesario que una vez establecida esta nueva terminología, de nuevo, se intente realizar

un ejercicio de conciencia para la sociedad, para que el uso de estos términos más acordes no quede, con el paso del tiempo, como otra nueva forma peyorativa de denominar a estas personas.

El concepto de capacidad jurídica que vemos en la Convención es totalmente compatible con nuestra división dinámica y estática de ese concepto, que utilizamos para realizar una división entre ser titular de unos derechos y su ejercicio por lo tanto, no es necesaria una reforma de nuestro ordenamiento por el cual se sustituyan los términos de capacidad de obrar y capacidad jurídica ni tampoco una fusión de ambos términos en uno solo.

El nuevo concepto de mecanismos de «apoyo», a falta de una concreción del mismo, vemos que es o puede ser acorde a los mecanismos con los cuales contábamos anteriormente en nuestro ordenamiento, puesto que las Instituciones Tutelares analizadas, tanto FUTUEX que ya ha incorporado en su denominación este término, como la Fundación Tutelar Luis de Azúa, realizan las mismas actividades aun con distinta terminología, muestra clara de que las cosas, en muchos de estos casos, se estaban realizando de forma correcta en nuestro país aunque tenga que adaptarse a lo establecido en la Convención. Eso sí, quizás haya que tender más hacia la curatela como mecanismos de «complemento» de la capacidad y restringir el recurso de la tutela para casos más grave, al implicar esta figura una «sustitución»

En cuanto al impacto de la Convención, todavía estamos a la espera de un texto normativo que adecue a España según lo establecido en esta Convención, pero mientras dicho texto llega, ha sido imprescindible la doctrina jurisprudencial establecido por el TS para marcar la líneas a seguir en estos casos y reflejo de ello, es que en las nuevas sentencias con motivo de este procedimiento, se sigue lo dictaminado en el Alto Tribunal.

Con respecto a la figura de la patria potestad rehabilitada y su equivalente aragonesa la rehabilitación de la figura de guarda recogida en el CDFa, son unos modelos de guarda que pueden perfectamente cumplir con la Convención, puesto que en ellos podemos ver como se puede asistir al discapacitado en aquellas necesidades que no pueda resolver por sí mismo, ya sea en el ámbito patrimonial como personal, como sucede también en

la curatela, figura esta última que en palabras del TS, mejor se adapta a la Convención. Además, esta prórroga, puede ser también fundamental en los casos en los cuales las personas con discapacidad necesiten de una representación firme, por lo tanto, en una figura vemos comprendidas tanto la tutela como la curatela.

Por último, y con motivo de un tema de actualidad como es el voto ciudadano para las elecciones europeas, quisiera mencionar una noticia⁴⁷, de nuevo relacionada con el tema de un derecho personal de cada uno de nosotros, como es el sufragio. Esta noticia, pone de manifiesto la labor realizada por FEAPS, con la finalidad de que las personas discapacitadas no pierdan su derecho a voto, mediante la campaña «tu voto cuenta», exigiendo esta Fundación una reforma de la práctica judicial, que sea acorde a lo establecido en el artículo 29 de la Convención, por el cual, los Estados firmantes deberían asegurar la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la vida política y pública en igualdad de condiciones que los demás.

⁴⁷http://www.teinteresa.es/espana/EUROPEAS-PRINCIPALES-CANDIDATOS-CUENTA-FEAPS_0_1127887912.html

BIBLIOGRAFÍA

Libros y revistas:

CONDIÑO SOPA, JOSÉ «*configuración jurídica de un modelo de apoyo, planteamientos y propuestas del sistema de medidas de apoyo que viene aplicando FUTUEX en Extremadura y otras propuestas de reformas legislativas*» Olivenza, 2010

CONDIÑO SOPA, JOSE «Un modelo de apoyo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad» en *Derecho y discapacidad: in Memoriam José Soto García-Camacho*, García (dir.), Grupo Editorial Cinca S.A., Madrid, 2012.

DE SALAS MURILLO, SOFÍA «Repensar la curatela» en *Derecho Privado y Constitución*, nº27 Calson SL, Madrid 2013

GANZENMÜLLER ROIG, CARLOS, «*Cinco años después de la convención de los derechos de las personas con discapacidad*» disponible en:

<http://www.otrosi.net/sites/default/files/01%20Carlos%20Ganzenmuller%20Roig.pdf>

GANZENMÜLLER ROIG, CARLOS «Conclusiones jornadas fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas. *La efectiva aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus efectos en el derecho interno*», Madrid, 2009.

GARCÍA CANTERO, GABRIEL «Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad» en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, De Salas (coord.) DYKINSON, Madrid, 2013,

IBÁÑEZ GARCÍA, ALBA «conceptualizando los apoyos y las necesidades de apoyo de personas con discapacidad intelectual» en *Siglo Cero Revista Española sobre Discapacidad Intelectual* Vol. 41 (1), Núm. 233, 2010

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS «La persona y el derecho de la persona» en *Curso de Derecho Civil I: Derecho Privado y Derecho de la persona*, De Pablo (coord.) COLEX, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS «El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad» en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, De Salas (coord.) DYKINSON, Madrid, 2013.

MAYOR FERNÁNDEZ, DAVID. Estudio doctrinal: «La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de Diciembre de 2006» Boletín del Ministerio de Justicia, N°2133,2011.

OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD, «las personas con discapacidad en España, informe Olivenza 2010» Badajoz, 2010.

PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES «capacidad y estado de las personas», manual de Derecho civil aragonés conforme al Código del Derecho Foral de Aragón, Delgado (dir.) 4ª Edición, El Justicia de Aragón.

PÉREZ ALVAREZ, MIGUEL ÁNGEL «La protección de los menores e incapacitados, en general. La Patria Potestad» en *Curso de Derecho Civil IV: Derecho de Familia*, Martínez de Aguirre (coord.) Constitución y Leyes, Madrid, 2011.

PÉREZ BUENO, LUIS, «La libre elección como parte de la dignidad, autonomía e independencia de las personas con discapacidad: su reconocimiento en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su reflejo en la Ley 39/2006» en *Derecho y discapacidad: In Memoriam José Soto García-Camacho*, García (Dir.) Grupo Editorial Cinca S.A., Madrid, 2012.

SEISDEDOS MUIÑO, ALBA «La regulación de la patria potestad prorrogada en el Código Civil y en las legislaciones autonómicas» *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 10. 2012.

Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad « *Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*». Madrid, a 13 de junio de 2012

VIVAS TESÓN, INMACULADA, «La Convención ONU de 13 de diciembre de 2006: impulsando los derechos de las personas con discapacidad». *Comunitania, Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, nº1,2011, págs. 113-128.

Páginas web:

Página principal de la Convención en español: <http://www.convenciondiscapacidad.es/>

Página de la Fundación Luis de Azúa:

<http://www.fundacionluisdeazua.com/fundacion.do>

Página web de la Revista Disability World:

http://www.disabilityworld.org/01-03_03/spanish/noticias/unconvention.shtml