



Trabajo Fin de Grado

**LA DESIGNACIÓN DE TUTOR Y LA VOLUNTAD
DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD:**

STS 487/2014 DE 30 DE SEPTIEMBRE

Autor

ALBA QUÍLEZ GUILLÉN

Director

MARÍA VICTORIA MAYOR DEL HOYO

FACULTAD DE DERECHO/UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

2015

ÍNDICE

I.- ABREVIATURAS.....	3
II.- INTRODUCCIÓN.....	4
III.- DESARROLLO DEL TRABAJO:	
1.- ANTECEDENTES.....	5
2.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	7
3.- REGULACIÓN JURÍDICA DE LA DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL:	
3.1.- Capacidad general de obrar.....	12
3.2.- Incapacidad.....	13
3.3.- Sentencia de incapacitación.....	14
3.4.- Instituciones tutelares: tutela y curatela.....	17
3.5.- Delación del tutor. En especial, la delación voluntaria.....	19
4.- CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS:	
4.1.- Introducción.....	23
4.2.- Objetivo de la CDPD.....	23
4.3.- La CDPD y la autonomía de la persona discapacitada.....	25
4.4.- Autonomía, discriminación y dignidad.....	28
4.5.- Incidencia de la CDPD en nuestro ordenamiento jurídico.....	31
4.6.- La CDPD y la autotutela en el caso objeto de estudio.....	40
IV.- CONCLUSIONES.....	41
V.- BIBLIOGRAFÍA.....	43

I.- ABREVIATURAS

Convención Europea Sobre los Derechos de las Personas Discapacitadas=CDPD

Código Civil= Cc.

Ley de Enjuiciamiento Civil= LEC

Constitución Española= CE

Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia= LDep.

Ley General de Personas con Discapacidad y de Inclusión Social= CONUDPD

II.- INTRODUCCIÓN

La cuestión que va a ser tratada en la exposición del Trabajo de Fin de Grado es el análisis y estudio de la STS 487/2014 de 30 de septiembre, relativa al nombramiento de tutor. En instancias anteriores a la persona que estaba incapacitada se le nombró como tutor a su hija, sin tener en cuenta su voluntad de querer como tutor a su hijo. Esto provocó un problema que acabó solucionándose en el Tribunal Supremo con la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dejando en cierto modo nuestro derecho interno al margen.

Ha sido la ratificación por España de este texto jurídico de las personas con discapacidad junto con sentencias como ésta, lo que ha inducido a que sea un tema de especial interés y actualidad. Por ello, diferentes autores lo han estudiado y se han cuestionado acerca de si es o no necesario reformar nuestro ordenamiento jurídico para adaptarlo a la Convención. Al respecto, veremos por qué unos opinan que se debe cambiar de manera drástica nuestro derecho, mientras que otros creen que ese cambio no se ha de producir.

En cuanto a la metodología seguida, comencé con la búsqueda de material bibliográfico, legislativo y jurisprudencial, para poder iniciarme así en el estudio del tema en cuestión. Tras la lectura de diferentes manuales, artículos y revistas, elaboré un guión con la estructura del trabajo para que me sirviese para su redacción. Tras haber leído ya diversos manuales, comencé una lectura más extensa y profunda de todo el material que había encontrado interesante. Conforme seguía leyendo encontraba más materiales que iba añadiendo a mi lista bibliográfica. Durante este proceso, cuando detectaba ideas interesantes, las iba anotando para que luego me fuese más fácil la redacción. Finalmente, cuando vi que era suficiente todo lo que había leído, comencé con la construcción de un guión definitivo sobre el que desarrollaría el trabajo, y tras ello, me quedaba una única tarea que era la de redactar.

III.- DESARROLLO DEL

TRABAJO

1.- ANTECEDENTES

Doña Reyes interpuso una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Oviedo, solicitando la incapacitación de su madre doña Olga y su nombramiento como tutora.

Este Juzgado, en sentencia de 30 de mayo de 2013, estimó parcialmente la demanda y declaró la incapacidad parcial de doña Olga. Esta incapacidad quedaba restringida a los actos de contenido patrimonial y a las decisiones sobre su salud. Doña Olga, manifestó en la instancia preferir como tutor a su hijo Fermín en lugar de a su hija doña Reyes, pero finalmente, el juez consideró conveniente el nombrar a su hija.

Ante esta resolución, doña Olga interpuso recurso de apelación ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo. Esta apelación quedó ceñida a la designación de tutor.

Por sentencia de 7 de noviembre de 2013, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo resolvió desestimando el recurso formulado por doña Olga y por tanto, no se modificó la figura de tutor, siendo éste doña Reyes.

A continuación, se debe destacar que, mediante escrito presentado en la Audiencia Provincial de Oviedo, doña Olga, interpuso un recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Por auto de 25 de marzo de 2014, la Sala acordó admitir los mencionados recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Ante esta admisión, mediante escrito de 2 de diciembre, doña Reyes se opuso al recurso de casación.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, estimó el recurso de casación interpuesto por doña Olga. Se casó la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de

Oviedo. Al mismo tiempo, estimó el mencionado recurso de apelación y se revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

Lo más importante de todo y lo que aquí interesa, es que el Tribunal Supremo acabó nombrando como tutor de doña Olga a su hijo don Fermín.

2.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

En un primer momento, se debe destacar que, el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Oviedo, estimó en parte la demanda interpuesta por doña Reyes. En cuanto al primer pronunciamiento, se declaró la incapacidad parcial de la recurrente, ya que la prueba practicada había verificado que Doña Olga sufría una enfermedad crónica que, sin restarle toda su autonomía, le impedía cuidarse y subvenir a sus necesidades.

Y en lo que respecta al segundo pronunciamiento, argumentó este Tribunal que, la designación de doña Reyes como tutora respondía a que siempre había cuidado a su madre, y a que los recelos de ésta hacia ella carecían de entidad y eran propios de una persona mayor y enferma.

Debido al desacuerdo que mostraba doña Olga hacia estos pronunciamientos, ésta decidió interponer recurso de apelación quedando ceñido a la designación de tutor.

Ante la Sentencia, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo por la que se desestimaba el recurso de apelación, y se confirmaba la sentencia del Juzgado, doña Olga interpuso recurso extraordinario y recurso de casación. Examinados estos recursos, la inconformidad de la recurrente se ciñe a la valoración de la importancia de su voluntad en relación con el nombramiento de tutor: mientras que la Audiencia Provincial confirmó la designación de doña Reyes, la recurrente pretende que sea designación su hijo, don Fermín.

Para resolver tal cuestión, el Tribunal Supremo parte de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia. Y es que, la recurrente fue incapacitada únicamente para los actos de contenido patrimonial y las decisiones sobre su salud. Además los dos hijos de la recurrente son igualmente idóneos para ejercer la tutela de ésta. Y por último, señalar que, la recurrente manifestó en la instancia preferir a su hijo, don Fermín.

De este modo, esta Sala examina directamente el recurso de casación porque, sin alterar los hechos de la sentencia recurrida, es posible una valoración jurídica de la influencia de la voluntad de la recurrente sobre el nombramiento de tutor distinta a la realizada en la instancia, resultando por ello innecesario pronunciarse sobre el recurso extraordinario por infracción procesal.

Argumenta el tribunal, que el recurso de casación tiene los siguientes motivos:

El primer motivo se formaliza con base en el artículo 447.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La recurrente, atribuye a la Audiencia Provincial haber infringido la Convención Europea sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el artículo 234.1 del Código Civil en relación con los artículos 10, 14 y 20.1.a) de la Constitución Española.

El Tribunal Supremo, destaca el motivo relativo a la voluntad y el interés superior de la persona discapacitada. En un primer momento, se debe señalar que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1.5 del Código Civil, las normas jurídicas contenidas en la Convención son de aplicación directa, ya que ésta ha sido firmada por el Plenipotenciario de España, y ratificada y publicada en el Boletín Oficial del Estado. Además, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución Española, los principios de la Convención deben ser aplicados para resolver los casos referentes a los derechos humanos fundamentales y a las libertades.

La Convención reconoce por un lado, la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidos aquellas que necesitan un apoyo más intenso, y por otro, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.

En relación directa con el reconocimiento de estas necesidades de actuación, la Convención señala en su artículo 12.4 que “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”.

Anterior a la Convención, el Código Civil ya prestaba atención a la voluntad de la persona que podría ser incapacitada. Así, el Tribunal Supremo, destaca su artículo 243 el cual dispone que “Para el nombramiento de tutor se preferirá primero al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223, que establece lo siguiente “Cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”.

Tras la Convención, el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social establece en su artículo 3.a) como principio de actuación “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”.

El Tribunal, también expone unos criterios para la protección del interés de la persona con discapacidad. Y es que, con base en lo expuesto, no cabe duda de que el interés de la persona con discapacidad es el interés superior, y está por encima de cualquier otro con el que pueda concurrir. Para conocer cuál es ese interés, es preciso analizar las circunstancias de cada caso, ya que, como se indica en el Preámbulo de la Convención, es indiscutible “la diversidad de las personas con discapacidad”.

El mismo Tribunal Supremo, extrae de la Constitución Española, de la Convención y de la legislación ordinaria, la improcedencia de desconocer la voluntad de la persona discapacitada. Es cierto que, en determinados casos esta voluntad puede estar anulada hasta el extremo de que la persona discapacitada manifieste algo que objetivamente la perjudique. Pero esta conclusión sobre el perjuicio objetivo debe ser el resultado de un estudio muy riguroso sobre lo manifestado por la persona discapacitada y sus consecuencias a fin de evitar que lo dicho por ella se valore automáticamente como perjudicial, y lo contrario, como beneficioso.

Aplicando todo lo expuesto hasta ahora, el Tribunal estima que la Audiencia Provincial de Oviedo no aplicó adecuadamente la Convención Europea sobre las Personas con Discapacidad.

La Audiencia Provincial no hizo una expresa valoración de la voluntad de la recurrente. Aunque exploró a esta y se expresó, la Audiencia Provincial prescindió de lo que la recurrente dijo.

No obstante, el Juzgado de Primera instancia hizo una valoración que puede ser entendida como una valoración de la voluntad de la recurrente. Dado que la Audiencia Provincial, al confirmar la sentencia del Juzgado, se remitió implícitamente a ella, procede ahora analizarla. La valoración de la importancia de la voluntad de la recurrente la Sala no la estima adecuada.

En primer lugar, cabe destacar que se debe tener en cuenta la voluntad de doña Olga a tenor de lo establecido en la Convención. La voluntad de la persona discapacitada debe ser respetada salvo que razones objetivas permitan concluir que ello la perjudicaría.

Al manifestar doña Olga su preferencia por su hijo, su voluntad es inequívoca y no hay posible confusión. De forma clara y rotunda ha dicho reiteradamente que quiere vivir con su hijo, y no con su hija. También, señala doña Olga que “la estancia con su hija se acabó y no quiere volver”. No es a causa de la enfermedad por lo que doña Olga no quiere volver, sino que por el motivo que sea, doña Olga expresa el deseo de vivir con uno de sus hijos, para lo que conservaba en la fecha de la sentencia recurrida el nivel de discernimiento suficiente. Y como doña Olga ha sido incapacitada solo en lo que se refiere a los actos de contenido patrimonial y a las decisiones sobre su salud, ninguna razón existe, según el Tribunal Supremo, para que una expresión de voluntad tan clara no sea atendida.

Como ya se ha señalado anteriormente, ocurre que los dos hijos, a juicio de la Audiencia Provincial, son igualmente idóneos para ejercer la función de tutor de su madre.

Sucede además, que la Sala no observa razón objetiva alguna que permita ni siquiera sospechar que esa voluntad le resulte perjudicial. Y por lo que respecta a las posibles suspicacias sobre la conservación del patrimonio de doña Olga, la Sala subraya que la ley establece medidas suficientes para descharlas. Así el Código Civil, en su artículo 232 dispone que “La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal”. Y en su artículo 233 que “El juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituye la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado. Asimismo, podrá, en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado o del estado de la administración”.

Finalmente señalar, que con la estimación del primer motivo del recurso de casación, hace innecesario analizar los demás motivos.

3.-REGULACIÓN JURÍDICA DE LA DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

3.1.- CAPACIDAD GENERAL DE OBRAR

Antes de adentrarnos en el tema realmente importante que es la discapacidad, hay que hacer referencia a la capacidad de obrar.

Como indica MARTÍNEZ DE AGUIRRE, la capacidad jurídica, no es otra cosa que la aptitud genérica para ser titular de derechos y obligaciones. Esta aptitud genérica no quiere decir, que quien la tiene tenga también algún derecho o se encuentre vinculado por alguna obligación, la capacidad jurídica es la mera posibilidad de tener derechos y obligaciones¹.

Por tanto, y en palabras de este autor, la capacidad jurídica permite ser titular de derechos y obligaciones. La titularidad supone, que se es sujeto, activo o pasivo, de un concreto derecho o de una obligación determinada.

En esta perspectiva, el sujeto de derechos se caracteriza por tener capacidad jurídica.

Además, debemos saber que una persona por el simple hecho de serlo, tiene ya esta capacidad jurídica. Ésta es igual para todos los seres humanos, lo cual aparece como una plasmación radical del principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española (CE en adelante).

Una vez ha quedado claro, en qué consiste la capacidad jurídica, se debe hacer referencia a la capacidad de obrar, para ello acudimos también a MARTÍNEZ DE AGUIRRE². Éste señala que, ni la posibilidad genérica de ser titular de derechos y obligaciones, ni la situación de pertenencia de un concreto derecho a un sujeto, son suficientes para poder llevar a cabo eficazmente actuaciones relacionadas con ese derecho. Por ello, es necesario tener capacidad de obrar, que es, la posibilidad de desarrollar una actuación válida y eficaz desde el punto de vista jurídico.

¹ CFR. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *La persona y el Derecho de la persona*, en P. de Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona* (4^a ED., MADRID, COLEX, 2011), PP. 324 Y SS.

² IBÍDEM

La capacidad de obrar, está relacionada con la llamada capacidad natural de conocer y querer, es decir, con la aptitud natural para atender alguien por sí mismo al cuidado de su persona y bienes. La posibilidad de que quien es naturalmente capaz de atender a sus propias necesidades personales y patrimoniales, y de gobernar sus asuntos, pueda hacerlo con plena eficacia jurídica, aparece como una consecuencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE).

Nuestro Derecho, ha optado por establecer una capacidad general de obrar, que permite realizar todos los actos de la vida jurídica que no exijan una capacidad distinta (artículo 323 del Código Civil, Cc. en adelante), y por vincular esta capacidad general de obrar a la concurrencia de circunstancias objetivas y fácilmente comprobables: la mayoría de edad y la ausencia de incapacitación judicial.

3.2.- INCAPACIDAD

Una vez ha quedado claro en qué consiste la capacidad jurídica de una persona y la capacidad de obrar, debemos señalar, que en ocasiones cuando la capacidad de obrar de un sujeto determinado no es suficiente puede dar lugar a su incapacitación.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, la define como la limitación de la capacidad de obrar establecida por sentencia judicial cuando en la persona concurre alguna de las causas de incapacitación previstas en la Ley³.

Es el propio artículo 200 del Cc. el que señala cuáles son las causas de incapacitación, éstas son las siguientes: “Las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

Como podemos imaginar, el incapacitar a una persona es algo serio y grave, por este motivo, se exige que la enfermedad perdure en el tiempo. El tiempo, ha de tener una entidad suficiente, es decir, debe ser un periodo relativamente largo. Por tanto, no sería lógico por ejemplo, el incapacitar a una persona que durante una semana lleva sufriendo una enfermedad psíquica.

³ CFR. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *La persona y el Derecho de la persona*, en P. de Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona* (4^a ED., MADRID, COLEX, 2011), PP. 423 y ss.

Junto al término persistentes, es interesante destacar que ha de tratarse de una enfermedad que le impida a la persona gobernarse por sí misma, es decir, el artículo 200, permite incluir a todos supuestos que produzcan el resultado de la falta de autogobierno.

Las consecuencias de que una persona padezca estas causas de incapacitación son que existirá una imposibilidad natural de una persona para actuar y decidir libre y responsablemente en el ámbito personal y patrimonial.

Hoy en día, aun con la existencia de este artículo 200 del Cc., se pasa a una situación más flexible donde habrá de atenderse a las circunstancias particulares de cada caso y no a una enumeración cerrada. Como consecuencia, el juez goza de mayores facultades a la hora de apreciar si hay o no causa de incapacitación. Se establece pues, un *numerus apertus*: lo que permite incapacitar no es la enfermedad o deficiencia en sí misma, sino la imposibilidad de autogobierno; esta nueva situación nos obliga a acudir a la medicina y a médicos especialistas para determinar cuándo concurre en una persona una causa de incapacitación.

3.3.- SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN

Como es lógico, una situación tan importante como es la de estar incapacitado, no puede declararse de cualquier modo, sino que es imperativo legal en nuestro ordenamiento que la incapacidad de una persona se declare por sentencia. El artículo 199 del Cc. establece que "Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley".

Se pretende así que esta limitación de la capacidad de la persona venga avalada por las garantías que ofrece el proceso previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC en adelante) para la incapacitación (artículos 756 a 763). En todo caso, cabe señalar, que mientras no haya recaído sentencia firme, rige la presunción de capacidad de las personas. Y es que, la ley parte de la presunción de que toda persona es legalmente capaz, y que solo en aquellos casos expresamente señalados por la misma ley, se debe entender que una persona, en tales condiciones es incapaz para asumir responsabilidades o para ejercer o exigir derechos.

La sentencia de incapacitación es un acto modificativo del estado civil de la persona, en opinión de DE CASTRO⁴. En cambio, para MARTÍN GRANIZO⁵, es aquel acto judicial que al operar la modificación absoluta o relativa del ser jurídico de la persona, o sea, su personalidad, la somete a tutela o curatela. La sentencia, somete al incapacitado, al ámbito de poder de otra persona: tutor, que le representa (artículo 267 Cc.); o curador, que le asiste y complementa su capacidad limitada (artículos 287 y 289 Cc.); o patria potestad (en función de prórroga o rehabilitación, artículo 171 Cc.) con contenido de tutela o curatela⁶.

Por tanto, en el tema que nos ocupa, se parte de la idea que una persona física ostenta capacidad de obrar, y mediante el proceso de la incapacitación se le priva de ella (no así de su capacidad jurídica) en virtud de una sentencia⁷.

Una vez que sabemos que la incapacitación se ha de declarar por sentencia, y una vez visto en qué consiste esta sentencia, hay que ver qué personas están legitimadas para promover la incapacitación de una persona determinada.

En primer lugar, cabe destacar el artículo 757 LEC, por el cual, se legitima para promover la incapacidad al cónyuge y a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, equiparando con ello al conviviente "more uxorio", es decir, a quien convive maritalmente con el presunto incapaz sin que exista vínculo matrimonial.

A parte de éstos, existen otros particulares legitimados para promover la incapacitación, que son los descendientes, ascendientes y hermanos del presunto incapaz. En nuestro caso en concreto, es doña Reyes (hija de la futura discapacitada), la

⁴ Cit. por CERRADA MORENO, MANUEL, ARTÍCULO DOCTRINAL DE DERECHO CIVIL: "La incapacitación: cuestiones problemáticas del proceso civil de declaración a la luz de la jurisprudencia". JULIO DE 2010. ORIGEN: NOTICIAS JURÍDICAS.

⁵ Cit. Por CERRADA MORENO, MANUEL, ARTÍCULO DOCTRINAL DE DERECHO CIVIL: "La incapacitación: cuestiones problemáticas del proceso civil de declaración a la luz de la jurisprudencia". JULIO DE 2010. ORIGEN: NOTICIAS JURÍDICAS.

⁶ CFR. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS, *La persona y el Derecho de la persona*, en P. de Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona* (4^a ED., MADRID, COLEX, 2011), P.425.

⁷CERRADA MORENO, MANUEL, ARTÍCULO DOCTRINAL DE DERECHO CIVIL: "La incapacitación: cuestiones problemáticas del proceso civil de declaración a la luz de la jurisprudencia". JULIO DE 2010. ORIGEN: NOTICIAS JURÍDICAS.

que insta el proceso de incapacitación de su madre, por lo que según hemos visto, se trata de una persona legitimada para hacerlo.

El resto de personas no están legitimadas para promover la incapacitación, pero lo que sí podrán hacer es poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la presunta situación de incapacidad, para que sea éste quien la promueva (artículo 757.3), a través de la facultad de legitimación de apariencia subsidiaria que la LEC le concede (artículo 757.2).

Anteriormente, ya he hecho referencia a que nuestro sistema de limitación de la capacidad de obrar se caracteriza por la flexibilidad con la que regula tanto las causas como la extensión y límites de la incapacitación (artículos 200 Cc. y 760 LEC). Es el juez quien debe establecer, en función de las circunstancias de cada persona, qué actos puede realizar un incapacitado por sí solo, y cuáles con representación de un tutor o asistencia de un curador.

La declaración de incapacidad constituye el contenido principal de la sentencia de incapacitación y algunos de los pronunciamientos que debe adoptar el juez quedan supeditados a lo que se decida sobre la capacidad del sujeto.

Al mismo tiempo, la sentencia de incapacitación, puede incluir el nombramiento de tutor. Pero, tanto la doctrina, como la jurisprudencia, consideran que si no se ha pedido el nombramiento de tutor en la demanda, adolece de incongruencia la sentencia que lo incluye⁸. En los casos en los que no se haya solicitado el nombramiento de tutor en la demanda de incapacitación, se diferirá el nombramiento a un posterior expediente de jurisdicción voluntaria.

Por último, no podríamos terminar con el apartado de la sentencia de incapacitación sin hacer referencia a los efectos que ésta produce.

La sentencia de incapacitación, desde el momento en que adquiere firmeza, reviste la eficacia de cosa juzgada material y formal, tanto si su pronunciamiento es de estimación como de desestimación de la pretensión de incapacidad⁹.

⁸ GARCÍA-LUBÉN BARTHE, PALOMA, *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas*, P 167 Y SAL DE ÁVILA DE 1 DE MARZO DE 2002 (RA 849). SAP SORIA 2 DE DICIEMBRE DE 2002 (RA 43067).

⁹ GARCÍA-LUBÉN BARTHE, PALOMA, *El proceso de incapacitación...*, CIT., P.172.

El artículo 761 LEC, permite que sobrevenidas nuevas circunstancias se inicie un nuevo proceso que modifique o deje sin efecto la incapacitación ya establecida.

3.4.- INSTITUCIONES TUTELARES: TUTELA Y CURATELA

Si sobre una persona ha recaído sentencia de incapacidad, a continuación y para completar la capacidad de dicha persona, será necesario el nombramiento de una institución tutelar acorde con su grado de discernimiento. Es decir, cuando a una persona se le incapacita, es necesario que se suplen las deficiencias de quienes por carecer de una capacidad suficiente para desenvolverse normalmente en la vida se ven necesitados de la asistencia de personas que les representen o complementen su capacidad. Esta necesidad de protección es relevante tanto desde el punto de vista personal, puesto que se trata de proteger al propio discapacitado, y desde el punto de vista social, pues se trata de proteger el interés de quienes se relacionan con estas personas.

Como ya he dicho en ocasiones anteriores, a la vista de las circunstancias que concurren en cada caso, los tribunales deben fijar el alcance de la incapacidad, es decir, determinar para qué tipo de actuaciones se le priva al incapaz de la capacidad de obrar. Asimismo debe fijarse el régimen tutelar a que va a quedar sometido el incapaz (tutela o curatela).

El artículo 760.1 de la LEC establece que "La sentencia que declare la incapacidad determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763".

El juez es soberano en este punto, y del mismo modo que puede graduar la incapacidad, deberá también adecuar el mecanismo de guarda a los límites que haya establecido en la sentencia¹⁰. En conclusión, en todo caso lo que debe hacer el juez no es otra cosa que nombrar una institución tutelar acorde con el grado de discapacidad de una persona.

¹⁰ CHIMENO CANO, MARTA, *Incapacitación, tutela en internamiento del enfermo mental*, ARANZADI, 2003, pp. 96 y 97

Dentro de las instituciones tutelares, la que aquí más nos interesa es la tutela, que está regulada en los artículos 222 y siguientes del Código civil. Se trata de una institución jurídica que tiene por objeto la guarda y protección de la persona y los bienes del incapacitado.

Al hablar de la tutela, es necesario hablar de la figura del tutor, que es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación. El tutor, deberá realizar las funciones que le han sido encomendadas de manera que beneficie en todo momento al tutelado y siempre bajo la supervisión de la autoridad judicial.

Las personas que están sujetas a tutela en virtud del artículo 222 del Cc. son: los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad; los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido; los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela y los menores que se hallen en situación de desamparo.

Los sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor, que les podrá corregir de forma razonable y moderada.

Por otro lado, al igual que la tutela, la curatela, cuya regulación jurídica se recoge en los artículos 286 y siguientes del Código Civil, es un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque su función no es representar, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella, sino asistir, completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esta adición o concurrencia de asesoramiento o consejo¹¹.

En efecto, la curatela, en puridad, no permite otra cosa que complementar la capacidad del discapacitado en las actuaciones concretas señaladas en la sentencia, o en defecto de que la sentencia las especifique, en los actos para los que el tutor necesita autorización judicial. Es una institución que suele utilizarse, en lo que a las personas con discapacidad se refiere, para la protección de aquellas con una deficiencia mental leve.

¹¹ Cfr. JOSÉ LUÍS LACRUZ BERDEJO, FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, AGUSTÍN LUNA SERRANO, JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA, FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, JOAQUÍN RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil*, MADRID 2008, ED. DYKINSON, P. 442.

En virtud del artículo 286 del Cc, “Están sujetos a curatela: los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley. Y además, los que obtuvieren el beneficio de mayor edad, y por último, los declarados pródigos”. Según el artículo 287 del Cc., “Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento”.

3.5.- DELACIÓN DEL TUTOR. EN ESPECIAL, LA DELACIÓN VOLUNTARIA

La decisión sobre la incapacitación afecta de manera directa a los intereses del incapaz, pero también del acierto en la elección de la persona que ha de suplir esa falta de capacidad depende en gran medida el bienestar del sometido a guarda y a la prevención de futuros conflictos.

Podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas legalmente. Y además, podrán ser también tutores, las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados.

El Código Civil incluye, en alguno de sus artículos, pautas dirigidas al órgano judicial para ser tomadas en consideración a la hora de seleccionar un guardador de la persona que ha sido declarada incapaz. Estas normas son de dos tipos: unas regulan los actos de disposición de la voluntad en previsión de una futura incapacitación y otras se refieren a la preferencia de personas en función de su grado de parentesco a la hora de elegir un tutor.

El artículo 234 del Cc., señala que, “Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º al designado por el propio tutelado conforme al párrafo segundo del artículo 223, 2º al cónyuge que conviva con el tutelado, 3º a los padres, 4º a la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad, 5º al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez. Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exige”. Este artículo, deja claro que existe un orden de preferencia para el nombramiento de tutor

que el juez ha de respetar. Solo de manera excepcional y de forma motivada, puede alterarlo.

Según el artículo 234 del Cc., en primer lugar se debe nombrar al tutor que el propio tutelado haya designado. Este fenómeno se conoce como autotutela o delación voluntaria. Ésta permite que cualquier persona o quien ejerce su propia patria potestad manifieste sus preferencias sobre quién debe ejercer su guarda en previsión de una futura incapacitación.

No hay que confundir delación voluntaria o autotutela con la simple delación, la cual según dice ESPÍN CÁNOVAS¹², es el llamamiento a ejercer los cargos tutelares. Para el profesor LETE DEL RÍO¹³, se llama delación de la tutela al llamamiento efectivo de una persona para el cargo de tutor. La delación de la tutela es, pues, el efectivo llamamiento a determinadas personas para ocupar sus cargos en el organismo tutelar¹⁴.

Continuando con la delación voluntaria o autotutela, se debe indicar que es la designación de un tutor para sí mismo, hecha por una persona con plena capacidad para el caso en que deje de ser capaz. Como dice GARCÍA-GRANERO COLOMER, es la facultad que tendría una persona plenamente capaz de prever su propia incapacidad y regularla convenientemente. Para DÁVILA HUERTAS es aquel negocio jurídico en virtud del cual una persona física, en previsión de ser declarada incapaz, nombra, en escritura pública, y para que actúen de forma conjunta o sucesiva, con retribución o sin ella, a una o a varias personas dignas de su confianza, para el cargo de tutor, y en su caso, para integrar los órganos tutelares que constituya en dicho acto¹⁵.

En definitiva, se debe decir que las opiniones doctrinales apuntadas, todas coinciden con lo dicho en el artículo 223 del Cc., la persona que quiere nombrar a su futuro tutor, debe tener la capacidad suficiente para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación. Esta idea, debo relacionarla con la sentencia que es objeto de análisis. En ésta, la cuestión versa sobre si se deben

¹² DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Derecho Civil español*. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO MADRID, 1972, IV, p. 48.

¹³ JOSÉ M. LETE DEL RÍO, Nombramiento de tutor, en *Actualidad civil*, nº 16, 1999-0, p. 403.

¹⁴ LA VOZ AUTOTUTELA NO APARECE EN EL DICCIONARIO TRIVIUM DE DERECHO Y ECONOMÍA, MADRID, 1998.

¹⁵ EMELINA DÁVILA HUERTAS: *Autotutela. Estudio*. *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, nº 27, ABRIL/2000, p. 1311

tener en cuenta las opiniones que manifiesta una persona incapacitada acerca de quién quiere que sea su tutor. Lo cierto es que en virtud de esta corriente doctrinal, a doña Olga, no se le deberían tener en cuenta sus opiniones ni dejar que designase ella su propio tutor, ya que no tiene capacidad necesaria para hacerlo. En definitiva, decir que, una vez declarada la incapacidad de una persona, nadie puede nombrar tutor para sí mismo, al no poder prestar su consentimiento al acto.

Como es lógico, en ocasiones hay personas que desean organizar y regular su propia tutela, pero su capacidad es dudosa. En este sentido, CORRAL GARCÍA escribe que el Notario asume la responsabilidad de emitir el juicio acerca de la capacidad¹⁶. El Notario ha de hacer constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate.

El papel del Notario en lo relativo al proceso de incapacitación no termina aquí, sino que, para que la elección del guardador que ha sido realizada en su momento sea eficaz, el propio artículo 223 del Cc., exige al Notario autorizante del documento público en que se designa el futuro tutor que lo comunique al Registro Civil a efectos de su oportuna inscripción y también impone al juez que conoce del proceso de incapacitación que reclame certificación al Registro para verificar si el presunto incapaz realizó alguna declaración de voluntad referida a su futuro tutor.

A causa de haber señalado que la designación del tutor ha de constar en documento público, debo indicar que de acuerdo con la mayoría de la doctrina, se entiende que el único documento hábil para que una persona mayor de edad y en pleno uso de sus facultades y derechos, nombre tutor para sí mismo, llegado el caso, es una escritura pública, en la que se designen la persona o personas nombradas o excluidas, y las facultades y competencias que se le otorgan, así como cualquier otra disposición alusiva al evento, como puede ser el plazo, elección de residencia, retribución del tutor, nombramiento de suplente o sustituto, instrucciones concretas, etc. No se debían negar al propio otorgante las facultades que a los padres concedía el propio artículo 223 del Cc.¹⁷.

¹⁶ EDUARDO CORRAL GARCÍA: *Algunas consideraciones sobre el papel de las personas mayores por el Derecho Civil: el papel del Notario como garante de la capacidad de los mayores*, O.C., P. 42

¹⁷ EMILIO DURÁN CORSANEGO, *La autorregulación de la tutela*, ED. UNIVERSITARIA RAMÓN ARECES, 2007, PP. 165 Y 166.

La designación de tutor efectuada en documento válido no puede ser ignorada, debería ser tenida en cuenta por la autoridad judicial a la hora de deferir la tutela, según opina ESTHER MÚÑIZ ESPADA¹⁸. En posición contraria, RIVAS MARTÍNEZ afirma que los nombramientos realizados por una persona en su propia autodelación de la tutela no son absolutamente vinculantes para el juez. En definitiva y como ya hemos visto, la decisión judicial habrá de ser rigurosamente argumentada, valorada y motivada, como exige el artículo 234.2 del Cc. para el caso de alterar el orden de nombramiento hecho por otras personas, incluso por el mismo tutelado.

Una vez hecho referencia a todo este conjunto de ideas, cabe cerrar este apartado señalando, que efectivamente, y de acuerdo con nuestro derecho interno, una persona que ha sido declarada incapaz por sentencia firme, no podrá posteriormente nombrar su propio tutor por no tener la suficiente capacidad. Pero esta cuestión no acaba aquí, en los siguientes epígrafes, veremos cómo la Convención Europea sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad pone en duda este argumento defendido por nuestro Derecho Civil de manera inequívoca.

¹⁸ESTHER MÚÑIZ ESPADA, *Las personas jurídicas privadas tutoras*.

4.-CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS

SOBRE LAS PERSONAS CON

DISCAPACIDAD

4.1.-INTRODUCCIÓN

El 13 de diciembre de 2006 se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD en adelante). Esta Convención es 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.

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

España ha firmado y ratificado esta Convención, más su Protocolo facultativo. Fue firmada por el Plenipotenciario de España el 30 de marzo de 2007, ratificada por la Jefatura del Estado Español el 23 de noviembre de 2007. Tuvo lugar la publicación en el BOE el 21 de abril de 2008.

4.2.- OBJETIVO DE LA CDPD

Al hablar de la Convención Europea de Derechos de las Personas Discapacitadas (CDPD en adelante), es importante destacar lo que tiene por objeto. Éste no es otra cosa que 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 (artículo 1.I CDPD).

Este último artículo mencionado, al hablar de personas con discapacidad, se refiere a aquéllas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo.

Por tanto, según la CDPD, la discapacidad puede afectar a las capacidades intelectuales o mentales, a las capacidades sensoriales, o a las capacidades físicas de una persona. Todas ellas interesan al Derecho, pero desde el punto de vista que ahora nos ocupa, las discapacidades más relevantes son las que afectan a las facultades cognitivas y volitivas de una persona.

Como han señalado, A. PALACIOS y F. BARIFFI, el objetivo central de esta Convención no es crear nuevos derechos, sino identificar en la regulación de cada derecho las necesidades extra que debían ser garantizadas a las personas con discapacidad para lograr adaptar dichos derechos al contexto específico de la discapacidad¹⁹.

Es decir, en el caso de España, ésta no debe crear una nueva clase de derechos que vayan destinados en exclusividad a las personas discapacitadas, sino que debe encargarse, de que todos los derechos que gozan sus ciudadanos, sean también garantizados a las personas con alguna discapacidad, y por supuesto, que si para este disfrute es necesario el cambiar determinadas cuestiones en nuestro ordenamiento jurídico interno, habrá que hacerlo. Ya veremos más adelante, como existen autores que ven como algo necesario, el cambio de nuestro ordenamiento jurídico para adaptarlo a la CDPD.

Este texto legal, establece las normas mínimas para proteger y salvaguardar una gama completa de derechos civiles, políticos, sociales y económicos de las personas con discapacidad. Refleja el compromiso global de la Unión Europea de cara a construir una Europa libre de barreras para los aproximadamente 80 millones de personas con discapacidad que hay en la Unión Europea, tal como se establece en la Estrategia de la UE en materia de discapacidad (IP/10/1505).

Esta Estrategia de la UE se centra en la capacitación de las personas con discapacidad para gozar de sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas y suprimir los obstáculos a su vida diaria. También tiene por objetivo ayudar a

¹⁹ PALACIOS, A. Y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, CINCA, COLECCIÓN TELEFÓNICA ACCESIBLE, MADRID, 2007, P. 56

aplicar en la práctica las disposiciones de la Convención, tanto a nivel de la Unión Europea como nacional. La Estrategia complementa y apoya la actuación por los Estados miembros que son los principales responsables en materia de políticas de discapacidad.

4.3.-LA CDPD Y LA AUTONOMÍA DE LA PERSONA DISCAPACITADA

Los Estados una vez que han ratificado la CDPD tienen que adaptar sus derechos a ella, y se debe poder gozar de los mismos derechos tanto las personas discapacitadas como las que no lo son, y además lo deben hacer en igualdad, es decir, ni un grupo ni otro de personas ha de poder gozar de mayores derechos que el otro.

Hay que detenerse ahora en hasta qué punto las libertades de las personas discapacitadas se pueden asemejar a las del resto de personas. En principio, ya podemos pensar que si los derechos han de ser los mismos, estas libertades no pueden ser muy distintas.

En primer lugar, me planteo la cuestión de en qué medida el discapacitado puede tomar decisiones conscientes y libres, en lo relativo al gobierno de su persona e intereses, y es que como bien sabemos, toda persona no discapacitada tiene derecho a decidir libremente.

Para analizar este punto, hay que hacer referencia a que para poder decidir libremente, es necesario tener la llamada capacidad natural de conocer y querer, que es la que permite a la persona gobernarse por sí misma. Esto cabría relacionarlo con la idea de que, es por este motivo, por el que el juez junto con la ayuda de otros expertos, debe asegurarse del grado de discapacidad que tiene el individuo. De esta manera, podrá saber hasta qué punto queda limitada su capacidad, y por tanto saber qué actos podrá realizar por sí solo la persona discapacitada y para cuáles necesitará asistencia o representación. Solo de esta manera, estaremos respetando los derechos de cada persona.

A los efectos de acercarnos a la autonomía, en relación con la discapacidad en sentido amplio, y más allá de la discapacidad intelectual, el artículo 2.1 de la Ley 39/2006 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (LDep.). Entiende la Ley por autonomía la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales

acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria.

Otra Ley que se refiere a la autonomía de la discapacidad en sentido amplio, es la Ley General de Personas con Discapacidad y de Inclusión Social (CONUDPD), en el artículo 3 relativo a principios y en particular en su apartado a), se hace referencia a que, uno de los principios de esta Ley es el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas. Este precepto vuelve a reiterar que se debe reconocer cierta libertad a las personas discapacitadas y respetar las decisiones que puedan tomar.

Tanto la LDep. como la CONUDPD, llegan a la conclusión de que si una persona discapacitada, tiene capacidad de autogobierno, la solución pasa por la disposición de ayudas personales de apoyo, y por la supresión de barreras de cualquier tipo que puedan impedir su plena participación en la vida social. Con la eliminación de barreras, lo que se consigue es que el resultado sea una participación personal plena o casi plena del discapacitado en la vida social, con efectiva superación personal de los obstáculos derivados de la discapacidad de que se trate. En cambio con la eliminación de barreras en el caso de los discapacitados psíquicos, ocurre lo mismo que para los anteriores pero no en todos los casos, y ello en razón de la intensidad de la propia discapacidad intelectual.

Sobre este panorama legal de la autonomía de las personas con discapacidad, incide la CDPD, de cuyo contenido cabe destacar, a efectos de esta exposición, los siguientes aspectos.

Esta Convención apoya la proclamación del respeto a la autonomía individual de las personas con discapacidad psíquica²⁰, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, y la independencia de las personas (artículo 3.a), así como del derecho a participar plena y efectivamente en la vida social (artículo 3.a).

La idea de autonomía, se ve reflejada también en el artículo 12.4 CDPD, en este precepto se enfatiza el papel que debe desempeñar la voluntad de la persona con una discapacidad, a quien correspondería, de acuerdo con estos planteamientos, tomar en

²⁰ CONFORME AL ART. 1.II CDPD, las personas con discapacidad incluyen a aquéllas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo.

todo caso, la decisión final²¹, de forma que sus deseos y preferencias deberían ser respetados en el funcionamiento de los mecanismos de apoyo²², incluso a lo que se refiere a la propia existencia y funcionamiento de tales mecanismos.

En general, las ideas claves en este caso son, las de respeto a la autonomía de las personas con discapacidad, apoyo para el ejercicio de dicha autonomía, y salvaguardias legales para evitar abusos. Esto podría relacionarse con la idea anterior de que todos los Estados deben adaptar sus derechos para que las personas con discapacidad puedan gozar de ellos, y es que es lógico pensar que, cuanta más autonomía tenga una persona, con mayor facilidad va a poder gozar de los derechos que tiene como persona.

En relación con el concepto de autonomía, nos encontramos con el principio de proporcionalidad. Ha de existir una correspondencia razonable entre la capacidad natural de conocer y querer, la limitación jurídicamente establecida (en función de ese dato) de la capacidad de obrar, y el régimen o figura de guarda que se establece para protegerles, sobre todo por lo que respecta al sistema de sustitución o complemento de capacidad²³.

Este principio encuentra su fundamento constitucional en el artículo 10 de la Constitución Española (principio de libre desarrollo de la personalidad), en el artículo 49 CE (que obliga al Estado a amparar a los discapacitados para que puedan disfrutar de sus derechos), y en el artículo 12.4 de la Convención de la ONU sobre las Personas con Discapacidad (que exige que las medidas legales relativas al ejercicio de la capacidad de obrar de los discapacitados sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de las personas).

Una vez que sabemos que, las personas discapacitadas gozan de autonomía e independencia individual, incluida la de tomar sus propias decisiones, cabe relacionar esta idea con el tema en cuestión que se nos plantea en la sentencia objeto de análisis.

²¹ CFR. F.J. BARIFFI, *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la de la Convención de la ONU*, p. 382.

²² CFR. “International Disability Alliance, Principles for implementation of CRDP”, ARTICLE 12, PP. 4 Y 10; P. CUENCA GÓMEZ, *El sistema de apoyo en la toma de decisiones*, CIT. P. 80.

²³ CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *PANORAMA GENERAL DE LAS FIGURAS DE GUARDA LEGAL DE LOS DISCAPACITADOS INTELECTUALES*.

Si una persona discapacitada, tiene esta libertad de tomar decisiones, según estos argumentos, se debe tener en cuenta su voluntad a la hora de nombrársele un tutor, cuando sea el propio discapacitado el que diga que prefiere tener como tutor a una persona antes que a otra. Ahora bien, esta decisión debería tenerse en cuenta siempre y cuando (como bien dice la propia sentencia) que por razones objetivas, se permita concluir que esta decisión no va a perjudicar a la propia persona discapacitada.

En principio, en el caso de doña Olga, nada apunta a que su decisión de nombrar tutor a su hijo en vez de a su hija, va a perjudicarle, es por ello, una de las razones por las que el tribunal acaba dando la razón a la parte recurrente con la consecuencia inmediata de nombrarle tutor a su hijo.

A modo de conclusión, se podría decir que las claves para mejorar la autonomía de las personas con discapacidad intelectual son: empoderamiento de éstas para darles las herramientas para decidir por sí mismas, darles la información y apoyo necesarios para ayudarles en su proceso y por último, potenciar y ayudar en la concienciación de sus derechos²⁴.

4.4.-AUTONOMÍA, DISCRIMINACIÓN Y DIGNIDAD

En primer lugar, creo conveniente referirme a nuestro propio texto constitucional, en particular a su artículo 14, el cual, y según ha admitido la jurisprudencia constitucional, las personas con discapacidad son iguales ante la Ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna debida a su condición social y personal.

En relación con la discapacidad en sentido amplio, la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de Inclusión Social, hace referencia a los términos de discriminación directa e indirecta en su artículo número 2.

La discriminación directa, “Es la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad”.

Y la discriminación indirecta: “Existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio,

²⁴ ROCÍO TELLO ALCALDE E INMACULADA SANCHO FRÍAS, *Potenciación de la autonomía en personas con discapacidad intelectual desde la perspectiva de los Derechos Humanos*, P. 16.

aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”.

Tras quedar claro en qué consiste la discriminación, debo decir, que es la propia CDPD, en su artículo 4.1, la que señala una serie de obligaciones específicas que tienen los Estados, una de estas obligaciones es la de asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. Y es que, el principio de igualdad de trato supone garantizar un trato no discriminatorio a colectivos que tradicionalmente lo habían padecido, como las personas con discapacidad.

Igualmente, en algunos artículos se prohíbe expresamente que la discapacidad pueda ser motivo de exclusión o restricción en la titularidad, ejercicio o disfrute de los derechos.

Ciertamente, la fórmula de la no discriminación se establece de manera transversal pero se concreta, a la vez, en todos los derechos que recoge la Convención estableciéndose en relación con cada uno de ellos medidas, exigencias y protecciones específicas que pasan a integrar los derechos reconocidos en la Constitución Española.

En opinión de muchos autores, de no respetarse los derechos de las personas con discapacidad o de no respetarse sus propias decisiones cuando éstas no les perjudican, estaríamos en una situación de discriminación que prohíbe la propia CDPD e incluso nuestra Constitución.

Algunos autores como es el caso de MARÍA VICTORIA MAYOR DEL HOYO²⁵, comparan a las personas discapacitadas con los menores de edad para demostrar así que no existe discriminación alguna hacia el primer sector nombrado. Como ya sabemos, la capacidad de obrar no es igual para todas las personas, porque tampoco es igual la capacidad natural. Pero esto incluye no solo a quienes presentan alguna discapacidad

²⁵ VID. MARÍA VICTORIA MAYOR DEL HOYO, *La Interrelación de los aspectos jurídico – civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad*, NÚM. 2173, DICIEMBRE DE 2014.

mental o intelectual, sino también a ese numeroso grupo de personas que también tienen afectada su capacidad natural de conocer y querer, que son los menores de edad²⁶.

En ninguno de estos casos hay discriminación, ya sea por razón de la edad o por razón de la discapacidad, sino que lo que hay es una adaptación de la capacidad legal de obrar a la capacidad natural de conocer y querer a quienes por cualquier razón (edad o discapacidad) la tienen naturalmente limitada.

Para concluir este argumento, cabe señalar que, la limitación legal de la capacidad de obrar no está asociada únicamente a la discapacidad psíquica, sino que se produce en todos los casos en los que hay una limitación de la capacidad natural de conocer y querer: por tanto no cabe hablar de discriminación directa ni indirecta²⁷.

Por otro lado y relacionada con la idea de discriminación y autonomía, nos encontramos con el concepto de dignidad de las personas discapacitadas.

Dentro de la actual corriente de pensamiento que hace hincapié en la defensa de la autonomía de las personas con discapacidad, hay quienes llevando hasta el extremo estas consideraciones, identifican autonomía con dignidad y consideran, en consecuencia, que la modificación de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad y las medidas tutelares de sustitución atentan contra su dignidad.

Como ha destacado MAYOR DEL HOYO, es algo curioso que este atentado contra la dignidad de la persona nunca se haya planteado en relación con los menores de edad, los cuales también se ven privados de la capacidad de obrar²⁸. La explicación a tal argumento podría ser que como todos los menores de edad están privados de capacidad de obrar, no se ve como algo extraño y discriminatorio; pero que esta capacidad la tengan afectada personas discapacitadas mayores de edad siendo que todas las demás personas de su misma edad no la tienen, parece como si a las personas discapacitadas se les estuviera dando un trato desigual. Como se puede observar, esta argumentación no

²⁶ CFR., CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, 2014, THOMSON REUTERS ARANZADI, P. 85

²⁷ CFR., CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica...* CIT., 2014, THOMSON REUTERS ARANZADI, P. 86.

²⁸ VID. MARÍA VICTORIA MAYOR DEL HOYO, *La Interrelación de los aspectos jurídico – civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad*, NÚM. 2173, DICIEMBRE DE 2014, P. 16.

está tan en relación con la autonomía como con el principio de igualdad que proclama nuestra propia Constitución Española. Y por tanto, se están tratando a todos que están en la misma situación de igual forma²⁹.

En palabras de MARÍA VICTORIA MAYOR DEL HOYO, resulta peligrosa la identificación de autonomía y dignidad, ya que no es aceptable negar la dignidad de personas que por la razón que sea, tienen limitada su autonomía en el ámbito que sea.

Por tanto, la dignidad de las personas no depende de que padeczan o no una deficiencia que les resta autonomía, ya que como bien señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE, la dignidad de toda persona deriva simplemente de que es un ser humano, que es valioso por sí mismo con independencia de sus capacidades (o discapacidades) físicas, sensoriales o psíquicas³⁰ y de su edad.

No es lógico el pensar que porque a una persona se le limite la autonomía se le esté discriminando. Podría decirse que de alguna manera se le está beneficiando, ya que se le está protegiendo a ella misma y a las personas que le rodean.

4.5.-INCIDENCIA DE LA CDPD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO:

Como ya hemos podido comprobar, la entrada en vigor de la CDPD ha afectado de manera considerable y en ciertos aspectos a nuestro ordenamiento jurídico español.

Esta influencia ha dado lugar a que parte de la doctrina considere necesario que este ordenamiento ha de ser modificado para adaptarlo a la Convención. Otros por el contrario, opinan que un cambio tan drástico no es necesario que se produzca.

Según el modelo médico, la discapacidad es un problema que tiene su causa principal en las limitaciones funcionales del individuo originadas por el padecimiento de una deficiencia. Por tanto, desde este punto de vista, el objetivo a la hora de abordar

²⁹ VID. MARÍA VICTORIA MAYOR DEL HOYO, *La Interrelación ...* CIT., NÚM. 2173, DICIEMBRE DE 2014, P. 118

³⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, P. 39.

este fenómeno consistente en rehabilitar a las personas con discapacidad para que puedan integrarse a un entorno social normalizado³¹.

De acuerdo con esta visión, el tratamiento jurídico de la discapacidad se desenvuelve prioritariamente en el ámbito sanitario y asistencial³². Esta es la visión de la discapacidad de la Ley de Interacción Social de los Minusválidos, la cual desarrolló el artículo 49 de la CE. Esta Ley se centra básicamente en la atención a las dificultades derivadas de las circunstancias personales e individuales que desde la concepción manejada por el modelo médico ocasionan la discapacidad.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad supera este modelo médico, y asume una nueva forma de entender la discapacidad expresada en el llamado modelo social³³, el cual viene impuesto por imperativo del artículo 10.2 CDPD, a la hora de determinar el sentido de los derechos constitucionales en el ámbito de la discapacidad y, por tanto, a la hora de crear, aplicar o interpretar cualquier otra norma de inferior rango que pueda afectar a los derechos o a la situación de este colectivo.

Este modelo considera que las causas que originan la discapacidad no son únicamente individuales, sino preponderantemente sociales por lo que el tratamiento de este fenómeno tiene que apuntar no tanto a la persona como al entorno social. Es por ello, por lo que este entorno es el que debe adaptarse y normalizarse para garantizar que las personas con discapacidad puedan desarrollar plenamente su dignidad y participar en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás³⁴. Por tanto, no es la propia persona discapacitada la que tiene que hacer lo posible para adaptarse a esta sociedad,

³¹ PATRICIA CUENCA GÓMEZ, *Estudios sobre el impacto de la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, ED. DYKINSON, P. 44.

³² CAMPOY CERVERA, I., *La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución española DE 1978* Y PALACIOS, A. (EDS), *IGUALDAD, DISCRIMINACIÓN Y DISCAPACIDAD*, DYKINSON , MADRID, 2007, PP. 145-207, PP. 153 Y 154.

³³ PALACIOS A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, COLECCIÓN CERMI, EDICIONES CINCA, MADRID, 2008.

³⁴ PATRICIA CUENCA GÓMEZ, *Estudios sobre el impacto de la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, CIT., ED. DYKINSON, P. 45.

sino que es la propia sociedad la que tiene que poner los medios necesarios para que personas discapacitadas puedan convivir en comunidad de forma igualitaria.

Desde el modelo médico, se señala que la persona con discapacidad debe adaptarse y normalizarse para poder ser integrada en una sociedad diseñada por y para las personas sin discapacidad³⁵. En cambio, desde el modelo social, la integración no implica asimilación, sino emancipación y equiparación en derechos³⁶ y exige que las personas con discapacidad participen en el diseño de una sociedad adaptada a las necesidades de todos³⁷. De este modo, no es la persona con discapacidad la que tiene que adaptarse, sino la sociedad la que la tiene que incluir.

El modelo social considera a la discapacidad como una cuestión de derechos humanos (pues son los derechos los instrumentos idóneos para posibilitar que las personas con discapacidad puedan desarrollar su dignidad en igualdad de condiciones con los demás). Estos derechos, se plasman de manera clara en la propia aprobación de la Convención y en todo su texto. Así la CDPD proclama en su artículo 1 como su objetivo básico “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”.

Puede señalarse, que en opinión de diferentes autores, el modelo médico junto con los sistemas jurídicos que aceptan la restricción de la capacidad de obrar por razón o motivo de discapacidad impidiendo el autogobierno de la persona así como la administración, disposición y gestión de sus bienes, derechos e intereses personales y patrimoniales, admiten la desigualdad ante la Ley, vulnerando el principio de igualdad que consagra la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Cabe hacer ahora referencia a nuestro ordenamiento jurídico español. El cual, sigue el tradicional sistema de sustitución (que generalmente se plasma a través de la tutela) en el que, existen tres figuras que lo fundamentan: la personalidad jurídica, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

³⁵ ASÍS ROIG, R, *SOBRE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL EN EL DERECHO*, P. 31.

³⁶ IBÍDEM.

³⁷ VID. ESTA REFLEXIÓN EN PALACIOS, A Y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, P. 83.

En nuestro derecho, la presencia de una discapacidad que opera como elemento que anula o limita la toma de decisiones pone en marcha los mecanismos de sustitución, es decir, la posibilidad de que una persona pueda actuar en nombre y en interés de otra que ha sido declarada incapaz para hacerlo por sí misma³⁸.

Los mecanismos de sustitución a los que ya he hecho referencia, son variados (tutela, curatela, patria potestad rehabilitada o prorrogada, guarda de hecho...) y sus efectos alcanzan no solo a la esfera patrimonial y personal del sustituido o incapaz, sino también a sus derechos personalísimos e inviolables, dándose situaciones extremas hoy legalmente admitidas, como la posibilidad de decidir la esterilización, internamientos no voluntarios o tratamientos forzados, que comprometen los derechos humanos más básicos de la persona, pues en nuestro derecho como en el de muchos otros países pervive la idea de que la discapacidad permite y obliga a la sustitución³⁹.

Por el contrario, el modelo asumido por la Convención, es diferente al modelo asumido por nuestro ordenamiento jurídico según esta corriente doctrinal. El modelo social de la discapacidad que inspira todo el contenido de la CDPD, es el modelo de asistencia en la toma de decisiones. Como señala Agustina Palacios (2008)⁴⁰ mientras que el sistema tradicional a la hora de abordar este tema viene siendo un modelo que podría denominarse de sustitución de la autonomía, la Convención aboga por un modelo de apoyo en el ejercicio de dicha autonomía. Este modelo supone la superación del hasta ahora vigente modelo tradicional de sustitución, aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno.

Este modelo de asistencia fue presentado en el proceso de elaboración de la Convención como el sistema idóneo para garantizar la libertad, la autonomía individual de las personas con diversidad funcional y la posibilidad de aprender de los errores, en definitiva, el derecho a ser parte en las decisiones de su propia vida⁴¹.

³⁸ INFORME OLIVENZA, *La Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad y su aplicación en España*, 2010.

³⁹ IBÍDEM

⁴⁰ PALACIOS AGUSTINA, *Modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización, y plasmación en la Convención Internacional*, ED. CINCA, 2008.

⁴¹ INFORME OLIVENZA, *La Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad y su aplicación en España*, CIT., 2010.

La Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es contraria a cualquier forma de intervención restrictiva o limitación de la capacidad, y orienta la legislación de los Estados parte a la regulación de apoyos y asistencias para que la completa capacidad sea una realidad, exigiendo la adopción de garantías o salvaguardas por parte de los Estados miembros que hagan posible esa asistencia, eviten situaciones de abuso e injusticias y permitan el acceso de las personas con discapacidad a derechos patrimoniales básicos en igualdad de condiciones con el resto de la población⁴².

El modelo de asistencia implica que una persona puede aceptar ayuda en la toma de decisiones, pero sin renunciar al derecho a tomar las propias decisiones. En dicho sistema la libertad de elección nunca es vulnerada. Este párrafo tiene vital importancia en nuestro caso en concreto, y es que la decisión que toma la señora que está incapacitada (doña Olga), según este modelo, tendría que haberse tenido en cuenta sin duda alguna.

Según el Informe de Olivenza al que nos venimos refiriendo, el modelo de apoyo sustituiría a las instituciones de guarda que tenemos en nuestro ordenamiento. Acorde con la CDPD, el apoyo es aquél que permite que las decisiones de la persona discapacitada sean tomadas, y la configuración e intensidad de dicho mecanismo de apoyo tiene que ser suficiente como para compensar la ausencia o limitación de la capacidad de obrar: el apoyo consiste, en este caso, en completar legalmente lo que falta a la capacidad natural. La falta o limitación de la capacidad natural, unida a la eventual ausencia de un mecanismo de sustitución o complemento de capacidad, afecta a la posibilidad de ejercitar los derechos con normalidad.

Este apoyo puede adoptar múltiples modalidades: cabe un apoyo familiar prestado por los familiares más allegados, un apoyo asistencial en todas sus vertientes (personal, económica y social), o incluso una asistencia institucional para el caso de desamparo de una persona con discapacidad prestado por una o varias personas tanto físicas (una sola persona de confianza o un grupo de personas) como jurídicas (Fundaciones tutelares, Asociaciones de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad), ocasionalmente o de manera continuada.

⁴² IBÍDEM

Los mecanismos de apoyo no deberían afectar a la capacidad para actuar de quienes se encuentran afectados por una discapacidad psíquica, ni serles impuestos contra su voluntad.

En todo caso, el sistema de apoyo adoptado debe reflejarse en la resolución judicial como un traje a medida, que ha de tener en cuenta las circunstancias específicas de la persona, ha de respetar sus derechos, intereses y preferencias individuales, y ha de estar aplicado en su propio beneficio⁴³.

Partiendo del modelo social, la Convención adopta un punto de vista en cierta medida inverso al asumido en la norma constitucional. Mientras que la Constitución reconoce una serie de derechos a todos los ciudadanos, dando por sentado que se reconocen también a los ciudadanos con discapacidad, sin atender específicamente a las garantías que estos últimos necesitan para su efectivo ejercicio; la CDPD recoge en su articulado toda una serie de derechos sustantivos (individuales y civiles, políticos y sociales) que presupone predicables de todos los seres humanos, pero se concentra en aquellas medidas y previsiones necesarias para que las personas con discapacidad puedan gozar de estos derechos en igualdad de condiciones con los demás⁴⁴.

Es por este motivo, por lo que algunos autores apoyan el cambio de nuestro ordenamiento jurídico, ya que argumentan que éste no ofrece todas las garantías necesarias a las personas con discapacidad.

Además, la CDPD concreta los derechos constitucionales, estableciendo formas específicas de ejercicio, garantías suplementarias, contenidos adicionales, medidas instrumentales que resultan de la interactuación de cada uno de los derechos con el principio de igualdad de oportunidades, y que se estiman imprescindibles para el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de los derechos por parte de las personas con

⁴³ INFORME OLIVENZA, La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su aplicación en España, 2010.

⁴⁴ INFORME ELABORADO POR EL INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS” en el marco del Proyecto de investigación, *El impacto que la incorporación y ratificación de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene en el Ordenamiento jurídico español*, FINANCIADO POR LA FUNDACIÓN ONCE, DICIEMBRE DE 2008, P. 937 Y SS.

discapacidad⁴⁵. Este añadido en la CDPD pasa a formar parte del contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales.

Se nos plantea el problema de que si este cambio se produce, y se establece un modelo de apoyo sustituyendo así al modelo de representación y eliminando la institución de la tutela, lo que ocurriría, es que ciertas decisiones un menor de edad no las podría adoptar, pero sí un mayor de edad discapacitado. Esto como es obvio, no sería algo acorde con el principio de igualdad reconocido por la Constitución. A dos personas a las que se reconoce que no tienen capacidad suficiente, se estaría permitiendo que unos pudiesen tomar sus propias decisiones con autonomía mientras que los otros (los menores) no podrían por no tener la edad suficiente. Con el planteamiento de esta cuestión, llegamos al punto siguiente en el que parte de la doctrina apuesta por el cambio de nuestro ordenamiento jurídico para adaptarlo a la CDPD no se debe producir de una manera drástica.

Como bien señala MAYOR DEL HOYO, una modificación abrupta del sistema tuitivo de las personas con discapacidad, eliminando por completo la tutela, la curatela y el defensor judicial para instaurar un sistema de apoyo para estas personas, desestabilizaría el sistema tuitivo del menor, que quedaría mutilado y no permitiría ofrecer a los menores una solución para los casos en que no pueda haber patria potestad. Y es que, los casos que necesitara tener una capacidad mayor que la que tiene, si ésta no se ve completada, no los podría realizar. Por tanto, la autora, argumenta que, antes de abordar una modificación de nuestro ordenamiento jurídico, hay que plantearse qué pasa con el colectivo de los menores de edad, los cuales también tienen afectada su capacidad natural⁴⁶.

Estamos como indica MAYOR DEL HOYO, ante dos sistemas tuitivos interconectados desde los cimientos mismos, hasta las instituciones que se apoyan en los mismos. Eso quiere decir, que modificar, en mayor o menor medida un sistema como puede ser el de las personas discapacitadas, trastocaría el sistema de los menores de edad. De manera que, a la hora de efectuar reformas, conviene tener en cuenta el otro

⁴⁵ VID. PALACIOS, A. Y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, CIT., PP. 55 Y 56.

⁴⁶ VID. MARÍA VICTORIA MAYOR DEL HOYO, *La Interrelación de los aspectos jurídico – civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad*, NÚM. 2173, DICIEMBRE DE 2014, P. 13

régimen y llevar a cabo una reflexión conjunta. Esa visión conjunta ayudaría a centrar muchas cuestiones y aportaría luces ocultas tras una perspectiva parcial; evitaría disfunciones, contradicciones e incluso injusticias, y permitiría el trasvase bidireccional a la interrelación de medidas entre ambos sistemas, enriqueciéndolos y perfeccionándolos⁴⁷.

Por todo lo expuesto, podría concluir diciendo que es adecuado que a las personas con discapacidad se les confiera una mayor autonomía y la posibilidad de tomar sus propias decisiones. Pero, en todo caso, se debería estar a cada caso en concreto para poder así otorgar el grado de autonomía correcto. Y por supuesto, ni la autonomía ni la toma de sus decisiones debería en ningún caso perjudicarles. Para ello es necesario que, ya sea bien el juez, el notario o médicos especialistas, examinen de manera profunda al incapaz para poder observar así su capacidad de discernimiento a la hora de tomar decisiones.

En mi opinión, es lógico que a todas las personas discapacitadas no se les debería dar la misma autonomía, ya que podría conllevar el que una determinada decisión o acto jurídico no lo pudieran llevar a cabo por no tener la suficiente capacidad y no tener una institución que le complete la misma. Con esto quiero decir que, el juez tiene que estar a cada caso en concreto para evaluar la capacidad que tiene cada persona, así podrán tener un grado de autonomía justo y a la vez podrán tener una institución que les complemente su capacidad en lo necesario.

Por otro lado, lo cierto es que a los menores no se les permite realizar determinados actos por ley. Para llevar estos actos a cabo, necesitan de la asistencia o representación necesaria. Los discapacitados se diferencian de estos, en que sí que pueden tener la mayoría de edad y a la vez, pueden tener la suficiente capacidad para realizar un determinado acto. Con ello quiero decir, que puede haber actos que no pueda realizar un menor de edad, pero sí que pueda realizar un discapacitado mayor de edad. Por ello, una buena solución que vería, es separar las instituciones de guarda existentes para menores y para discapacitados, así conseguiríamos dar la autonomía correspondiente a cada discapacitado sin perjudicar al mismo tiempo al sector de los menores de edad.

⁴⁷ IBÍDEM

Por último, antes de finalizar este apartado, me gustaría hacer referencia a la STS 282/2009 de 29 de abril, la cual afirma la compatibilidad entre nuestro sistema jurídico – privado relativo a la discapacidad mental o intelectual, y las reglas de la Convención.

En concreto, querría hacer referencia al fundamento jurídico quinto, en éste se señala que la privación de todos o parte de los derechos que ostenta una persona con discapacidad psíquica solo puede adoptarse como un sistema de protección. Esta necesidad de protección derivada de la falta de entendimiento y voluntad justificaría la adopción de medidas específicas relativas a dichas personas con discapacidad psíquica: se trataría, entonces, de sistemas de protección, y no de exclusión, que no entrañarían discriminación. Con esta idea, se hace referencia a que nuestro derecho interno, con las instituciones de guarda, solo se quiere beneficiar al discapacitado.

Además, se señala que la regla de proporcionalidad de las medidas de apoyo contenida en el artículo 12.4 de la Convención, se cumple en el Derecho común a través de lo dispuesto en los artículos 215 del Cc. (la guarda puede referirse solo a la persona, solo a los bines, o a la persona y bienes del incapacitado) y 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (la sentencia de incapacidad determinará la extensión y los límites de ésta). Por último, en cuanto a las instituciones de guarda, se subraya que la tutela es un mecanismo razonable cuando, como consecuencia de la discapacidad intelectual o mental, la capacidad natural de conocer y querer de una persona es casi inexistente⁴⁸, en conclusión, este sistema que prevé instituciones que, dependiendo del grado de capacidad natural de entender y querer del sujeto, afectan con mayor o menor intensidad al ejercicio de su capacidad de obrar, resulta por completo compatible con la exigencia contenida en el artículo 12.4 de la Convención⁴⁹.

⁴⁸ CFR. ELÓSEGUI SOTOS, A., *Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal*, P. 253.

⁴⁹ DE PABLO CONTRERAS, P., *La incapacidad en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, P. 575

4.6.-LA CDPD Y LA AUTOTUTELA EN EL CASO OBJETO DE ESTUDIO:

Ya se ha hecho referencia en multitud de ocasiones a lo largo de la redacción del tema en cuestión, que la CDPD proporciona una mayor autonomía a las personas discapacitadas.

Si esta Convención no se hubiese tenido en cuenta a este caso en concreto, se hubiera aplicado simplemente nuestro derecho interno, lo que hubiese provocado el no respetar la decisión de doña Olga, y como consecuencia se hubiese nombrado tutor a su hija en vez de a su hijo.

Aun habiendo sido la CDPD ratificada por España y por tanto aun siendo de obligatorio cumplimiento, en instancias anteriores no se tuvo en cuenta y es el motivo por el que se nombró como tutor a su hija.

También, hemos comprobado, que este texto jurídico, ha provocado que personas con discapacidad tengan mayores libertades para realizar actos de su vida cotidiana. Entonces, la autonomía unida a estas libertades, ha conducido a que se haya llegado a la conclusión de que las opiniones que pueda tener una persona discapacitada se tengan que tener en cuenta.

Y es esto último, la cuestión controvertida en la sentencia planteada, la cual, tiene en cuenta lo que dice la propia CDPD en lo relativo al respeto de las opiniones de las personas discapacitadas.

La decisión final, tomada por el magistrado juez, puede decirse que ha respetado en todo momento la ley, debido a que, aunque se haya tenido en cuenta la decisión de doña Olga, a ésta no se le había incapacitado para tomar decisiones de tal envergadura y al mismo tiempo, tampoco es una decisión que pueda perjudicarle, ya que ha sido la propia discapacitada la que si ningún género de duda ha manifestado el querer como su tutor a su hijo.

Por tanto, podemos concluir, que ha sido por influencia de la Convención Europea de Personas con Discapacidad por lo que a doña Olga se le ha respetado y tenido en cuenta su decisión de nombramiento de tutor y por el contrario si solo se hubiese estado ante nuestro ordenamiento jurídico, esto no hubiera sido así.

IV.-CONCLUSIONES

Según nuestro ordenamiento jurídico, una persona cuando está incapacitada por sentencia judicial al no tener la suficiente capacidad de obrar, hay determinados actos que no puede realizar, sería el caso por ejemplo del nombramiento de su propio tutor, ya que el mismo artículo 223 del Cc., hace referencia a que una persona ha de tener capacidad suficiente para regular el mecanismo protector de su tutela.

Si el Tribunal Supremo al igual que en instancias anteriores solo hubiese tenido en cuenta nuestro derecho interno, no hubiera llegado a la conclusión de que se debe tener en cuenta la voluntad de una persona discapacitada para el nombramiento de su propio tutor. Para ello, este Tribunal se basó en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que crea una nueva sensibilidad a favor de la discapacidad potenciando la autonomía vital y jurídica de la persona.

Al contrario que el Tribunal Supremo que basándose en la anterior Convención, llega a la conclusión de nombrar como tutor a la persona que designa la propia incapacitada; hay que ver que en las anteriores instancias basándose en nuestro derecho interno no se tiene en cuenta la voluntad de la persona discapacitada y no se nombra tutor a la persona requerida por no tener ésta la suficiente capacidad. Parece ser que dependiendo en qué normativa nos fijemos, la solución es una u otra.

Por ese problema planteado, una de las cuestiones cruciales a lo largo de toda la exposición es la referente a si ha de cambiarse o no nuestro ordenamiento jurídico para adaptarlo a la Convención. Existen autores que están de acuerdo en que nuestro ordenamiento jurídico ha de cambiarse de manera drástica, ya que si no se hace se seguirán violando algunos de los derechos fundamentales de las personas discapacitadas. Por el contrario, otros opinan que nuestro ordenamiento jurídico no vulnera ningún derecho por la simple restricción de la capacidad y el nombramiento de instituciones tutelares. La pregunta anteriormente formulada, no puede contestarse de manera objetiva con un sí o un no, sino que dependiendo del sector doctrinal donde nos situemos, nuestra respuesta será una u otra.

En mi opinión, no considero algo negativo el tener en cuenta la voluntad de una persona discapacitada, y por tanto el dejarle decidir por ella misma. Es lógico, que esta libertad tiene que tener unos límites. Determinadas decisiones por su especial gravedad como podría ser el sometimiento a un tratamiento médico, no debería permitirse que una persona sin plena capacidad pudiese decidir.

Con esto quiero decir que la opinión de las personas discapacitadas debería ser siempre oída, y dependiendo de la cuestión de la que se trate podría tenerse en cuenta o no. Para estas cuestiones de especial relevancia, es necesario que se cuente con las instituciones tutelares necesarias para poderlas llevar a cabo. Si como opinan algunos autores a los discapacitados solo se les otorga determinados sistemas de apoyo, habrá actos y decisiones que no podrían realizar por no tener la suficiente capacidad.

Por lo tanto, y concluyendo, se debe explorar a la persona discapacitada y ver qué grado de capacidad tiene, así podremos saber qué institución de guarda es la idónea y hasta qué punto podemos tener en cuenta sus decisiones y su voluntad en los diferentes ámbitos de la vida. Si no se pasa por cada uno de estos trámites, veremos como a personas discapacitadas se les están vulnerando derechos fundamentales consagrados incluso en nuestra norma suprema, la Constitución.

V.-BIBLIOGRAFÍA

- ASÍS ROIG, R.: *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho.*
- BARIFFI F.J.: *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU.*
- CAYO PÉREZ BUENO, LUIS (dirección) y SASTRE, ANA (edición): *Hacia un Derecho de la Discapacidad: Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, 2009, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- CERRADA MORENO, MANUEL: Artículo Doctrinal de Derecho Civil: *La incapacitación: cuestiones problemáticas del proceso civil de declaración a la luz de la jurisprudencia*. Julio de 2010. Origen: Noticias Jurídicas.
- CHIMENO CANO, MARTA: *Incapacitación, tutela en internamiento del enfermo mental*, Aranzadi, 2003.
- CAMPOY CERVERA, I.: *La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución española de 1978* y Palacios, A. (eds), *Igualdad, discriminación y discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2007.
- CORRAL GARCÍA, EDUARDO: *Algunas consideraciones sobre el papel de las personas mayores por el Derecho Civil: el papel del Notario como garante de la capacidad de los mayores.*
- CUENCA GÓMEZ, PATRICIA: *Estudios sobre el impacto de la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, cit., Ed. Dykinson.
- CUENCA GÓMEZ, PATRICIA: “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja (REDUR)*, 10/2012.
- CUENCA GÓMEZ, PATRICIA: *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, núm. 24, 2011.
- DÁVILA HUERTAS, EMELINA: *Autotutela. Estudio*. Boletín de Información de la Academia Granadina del N Eduardo Corral García: *Algunas consideraciones sobre el papel de las personas mayores por el Derecho Civil: el papel del Notario como garante de la capacidad de los mayores.*

-De Pablo Contreras, P., *La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, p. 575

-DE SALAS MURILLO coord., *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico – privados de protección en materia de discapacidad*, 2010, Zaragoza, El Justicia de Aragón.

-DURÁN CORSANEGO, EMILIO: *La autorregulación de la tutela*, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2007.

-ELÓSEGUI SOTOS, A., *Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal*.

-ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO: *Derecho Civil español*. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, 1972.

-GARCÍA-LUBÉN BARTHE, PALOMA: *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas, y SAL de Ávila de 1 de marzo de 2002 (RA 849). SAP Soria 2 de diciembre de 2002 (RA 43067)*.

-Informe elaborado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en el marco del Proyecto de investigación, *El impacto que la incorporación y ratificación de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene en el Ordenamiento jurídico español*, financiado por la FUNDACIÓN ONCE, Diciembre de 2008.

-International Disability Alliance, Principles for implementation of CRDP article 12.

-LETE DEL RÍO, JOSÉ M.: *Nombramiento de tutor*, en Actualidad civil, nº 16, 1999.

-LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS; SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS; LUNA SERRANO, AGUSTÍN; DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS; RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO; RAMS ALBESA JOAQUÍN: *Elementos de Derecho Civil*, Madrid 2008, Ed. Dykinson.

-MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS: *La persona y el Derecho de la persona, en P. DE PABLO CONTRERAS (coord.), Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona* (4ª ed., Madrid, Colex, 2011).

-MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS: *El Tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, 2014, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.

-MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS: *Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales*.

- MAYOR DEL HOYO, MARÍA VICTORIA: *La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad*, núm. 2173, diciembre de 2014.
- MÚÑIZ ESPADA, ESTHER: *Las personas jurídicas privadas tutoras*.
- PALACIOS, AGUSTINA: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.
- PALACIOS, A. Y BARIFFI, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Cinca, Colección Telefónica Accesible, Madrid, 2007, p. 56
- TELLO ALCALDE ROCÍO Y SANCHO FRÍAS INMACULADA: *Potenciación de la autonomía en personas con discapacidad intelectual desde la perspectiva de los Derechos Humanos*.

PÁGINAS WEB

- <https://discapacidadeuts.wordpress.com/de-interes/discapacidad-vs-incapacidad/>
- <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201007-549098907767.html>
- <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200404-265513131044911.html>
- <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/incapacitacion/incapacitacion.htm>
- <http://www.discapnet.es/Castellano/areastematicas/derechos/faqs/Paginas/faq2.aspx>
- <http://usuarios.discapnet.es/disweb2000/cif/discapacidad-dependencia.pdf>
- <http://www.convenciondiscapacidad.es/>
- http://www.redi.org.ar/docs/derecho_autonomia.pdf
- <http://www3.uah.es/congresoreps2013/Paneles/panel4/sesion3/isancho@ugr.es/TCPON ENCIAPANEL4ENVIADA.pdf>
- <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/incapacitacion/incapacitacion.htm>