

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXVIII

■ Núm. 2173

■ Diciembre de 2014

ESTUDIO DOCTRINAL



**La interrelación de los aspectos jurídico-civiles
de la discapacidad y la minoridad:
clave en la reforma de la discapacidad**

María Victoria Mayor del Hoyo

CONSEJO DE REDACCIÓN BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Director

D. Antonio Pau
Registrador de la Propiedad y Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y
Legislación

Secretario

D. Máximo Juan Pérez García
Profesor Titular de Derecho Civil

Consejo de Redacción

D. Enrique Peñaranda Ramos
Catedrático de Derecho Penal

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca
Catedrático de Derecho Internacional Privado

Excmo. D. Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Excmo. D.^a Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional

Catedrática de Derecho civil
Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

D.^a Magdalena Nogueira Guastavino
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

D.^a Nieves Fenoy Picón
Profesora Titular de Derecho Civil

D. Ángel Menéndez Rexach
Catedrático de Derecho Administrativo

D.^a Teresa Armenta Deu
Catedrática de Derecho Procesal

Enlaces de contacto:

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad*

MARÍA VICTORIA MAYOR DEL HOYO

Profesora Titular del Derecho Civil. Universidad de Zaragoza

Resumen

Nuestro ordenamiento tiene pendiente todavía la adecuación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad a la Convención de N.U. sobre los Derechos de las Personas con discapacidad. Existe un importante debate en la comunidad jurídica sobre el alcance y contenido de la reforma. En la reflexión sobre el modo de acometerla debe tomarse en consideración necesariamente a la persona menor de edad, puesto que las normas que regulan ambos colectivos están interconectadas y comparten cimientos e instrumentos. Lo contrario conduce a una desestabilización del sistema y a regulaciones contradictorias.

Abstract

Our legal system has yet to adapt the current legal treatment of intellectual disabilities to the UN Convention on the rights of persons with disabilities. An important debate on the scope and content of the reform is under way in the legal community. When pondering how to tackle such a reform one should necessarily take minors into consideration, since the regulations affecting both groups, namely persons with disabilities and minors, are linked and share a number of common foundations and instruments. Not doing so would lead to both destabilizing the system and contradictory regulations.

Palabras clave

Discapacidad. Protección de menores. Capacidad jurídica. Capacidad de obrar. Modificación de la capacidad de obrar. Guarda. Tutela.

Keywords

Persons with intellectual disabilities. Protection of children. Legal capacity. Modification of the legal capacity. Guardianship.

* Fecha de recepción: 18-10-2014. Fecha de aceptación: 19-11-2014

SUMARIO

1. Corriente de cambio en el tratamiento de la discapacidad a partir de la Convención de N.U. sobre los Derechos de las Personas con discapacidad: el ordenamiento jurídico-privado en fase de adaptación.
2. Debate sobre la acomodación de nuestro Derecho privado al art. 12 de la Convención.
3. Propuestas de reforma y problemática que suscitan: desestabilización del sistema jurídico de protección de menores
4. La necesaria toma en consideración de las personas menores de edad en el replanteamiento de la regulación jurídico-privada de las personas con discapacidad. Una reflexión conjunta.
5. Movimiento tendente a la actualización de la legislación de protección de los menores.
6. Propuestas para la reflexión conjunta: su punto de partida y el cauce por el debería discurrir.
7. ¿El camino que adoptará la reforma legal? Algunos indicios al respecto

1. CORRIENTE DE CAMBIO EN EL TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD A PARTIR DE LA CONVENCIÓN DE N.U. SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PRIVADO EN FASE DE ADAPTACIÓN.

La sociedad española se halla inmersa en la actualidad en un proceso de cambio de percepción de uno de los colectivos más vulnerables y con riesgo de exclusión social: las personas con discapacidad. Dicho proceso ha sido impulsado y asumido por los agentes sociales relacionados transversalmente con la discapacidad y ha originado una corriente de reflexión profunda en el mundo del Derecho acerca de las necesidades y los modos de atención a estas personas, sobre todo a partir de la Convención de N.U. sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, que fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007¹.

La Convención, más allá de considerar la discapacidad como objeto de protección social, crea una nueva sensibilidad que vela por la promoción de la autonomía vital y jurídica de las personas con discapacidad en general e insta a los Estados a proporcionar el correspondiente apoyo para el ejercicio de dicha autonomía, con las pertinentes salvaguardas para evitar abusos. El primero de los principios que enumera el art. 3 es, precisamente, el del respeto a “la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”. Y el art. 12, en materia de capacidad, establece: que las personas con discapacidad (en sentido amplio) tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica; y que los Estados Partes reconocerán su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás

¹ BOE nº 96 de 21 de abril de 2008.

También el 23 de noviembre de 2008 España ratificó el Protocolo Facultativo, que fue publicado en el BOE nº 97 de 22 de abril de 2008.

en todos los aspectos de la vida. A continuación, instituye –el citado artículo– el deber de los Estados de adoptar las medidas pertinentes que proporcionen el acceso de estas personas al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esas medidas –según dicho precepto– han de proporcionar salvaguardias para impedir que se incurra en abusos en materia de derechos humanos, se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, y deberán ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de las personas y estar sujetas a exámenes periódicos.

Como es natural, los Estados parte han de adaptar sus ordenamientos internos a la Convención. En nuestro país, por Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010, se aprobó el *Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad* y se encomendó a diversos departamentos ministeriales que, en el ámbito de sus competencias, impulsasen las reformas comprometidas en tal Acuerdo.

Posteriormente, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, llevó a cabo una serie de reformas legales con el objetivo de implementar la Convención. Así, modificó la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Incorporó un nuevo supuesto de sanción accesoria en la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Introdujo modificaciones en diversas leyes en materia de sanidad para incluir la discapacidad como causa de no discriminación en materia de sanidad y regular el derecho a la información en formatos adecuados, así como la prestación de consentimientos. Modificó la Ley de Propiedad Horizontal en relación con la accesibilidad. En materia de empleo, reguló medidas para mejorar el acceso al empleo público de las personas con discapacidad, así como para promover una mayor contratación en el mercado de trabajo ordinario. Por último, introdujo normas en materia de protección civil y en el ámbito de la cooperación internacional para las personas con discapacidad.

Si bien, como vemos, la Ley 26/2011 introdujo modificaciones en numerosos ámbitos de nuestro ordenamiento, no abordó, sin embargo, los aspectos jurídico-privados de la discapacidad, en concreto, los relativos a la capacidad jurídica y capacidad de obrar, los procesos de incapacitación y las instituciones de guarda de las personas con discapacidad. La inquietud, sin embargo, se arrastra desde hace tiempo. Ya en 2009 la Ley 1/2009, de 25 de marzo, que reformó tanto la Ley del Registro Civil en materia de discapacidad como la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, concedió al Gobierno el plazo de seis meses desde su entrada en vigor para remitir a las Cortes Generales “un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”². No se aprovechó esta ley de 2011 de adaptación normativa a la Convención para cumplir con dicha previsión. La Ley 26/2011 no se atrevió a entrar en

² El Ministerio de Justicia llegó a elaborar un Borrador de Anteproyecto de ley de reforma del Código civil, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente, cuyas novedades fueron presentadas por el Secretario General Técnico del Ministerio en una Jornada de la Fundación Hurkoa en diciembre de 2010. Dicho borrador puede consultarse en: www.bizkaia.net/Home2/Archivos/DPTO3/Temas/Adjuntos/21_Ponencia_Santiago_Hurtado.ppt. Pero este documento no tuvo mayor elaboración, ni siguió adelante.

estas cuestiones y se limitó a aplazar nuevamente su tratamiento. En concreto, dispuso en la Disposición adicional séptima: “El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, en 2011, en sus Observaciones finales sobre el Informe presentado por España en virtud del art. 35 de la Convención³, si bien congratuló al Estado español por los progresos que supuso la Ley 26/2011, mostró, sin embargo, su preocupación por el retraso en aplicar una nueva legislación que “regule el alcance y la interpretación del artículo 12” y recomendó a España que “revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona”⁴.

Con esos antecedentes, y transcurrido el plazo otorgado por la Ley 26/2011 sin la presentación del proyecto de ley de adaptación normativa al art. 12 de la Convención, el Grupo Popular presentó en el Congreso, en junio de 2012, una Proposición no de ley relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida⁵. El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 11 de diciembre de 2012, aprobó por 307 votos a favor y 12 abstenciones la proposición en la que se “insta al Gobierno a remitir a las Cortes Generales, en el plazo de tres meses desde la aprobación de esta iniciativa, un Proyecto de Ley para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho Proyecto de Ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”⁶.

Transcurridos todos los plazos mencionados⁷, no hay registrada iniciativa parlamentaria alguna al respecto. La última novedad legislativa es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que viene a cumplir el mandato de la disposición final segunda de la Ley 26/2011, pero que no afecta a estas cuestiones. Tan solo interesa resaltar que “además de revisar los principios que informan la ley conforme a lo previsto

³ El Comité examinó el Informe de España en sus sesiones 56ª y 57ª, celebradas el 20 de septiembre de 2011, y aprobó las siguientes observaciones finales en su 62ª sesión, celebrada el 23 de septiembre de 2011.

⁴ CRPD/C/ESP/CO/1 pp. 5 y 6.

⁵ *BOGG. Congreso de los Diputados*, serie D, número 119, de 29 de junio de 2012, pp. 6 y ss.

⁶ *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación permanente, X legislatura, 2012, núm. 79, pp. 26 y ss.

⁷ Hace ya dos años (en concreto, el 3 de agosto de 2012) que venció el plazo para la presentación del proyecto de ley de adaptación normativa al art. 12 de la Convención previsto en la Ley 26/2011 y un año y medio (el 11 de marzo de 2013) que venció el plazo dado por el Congreso al aprobar la citada proposición no de ley.

en la Convención, en su estructura se dedica un título específico a determinados derechos de las personas con discapacidad⁸ y se reconoce que el ejercicio de tales derechos “se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones” –art. 6–.

2. DEBATE SOBRE LA ACOMODACIÓN DE NUESTRO DERECHO PRIVADO AL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN

El retraso en la acomodación del Derecho privado a la Convención es, probablemente, debido a la complejidad de la materia y lo delicado de su tratamiento. La comunidad jurídica debate cómo ha de ser esa adaptación de nuestro ordenamiento al art. 12 de la Convención. No existe acuerdo entre los juristas acerca de cuál es el grado de compatibilidad de las normas jurídico-privadas (Código civil y LEC) con este precepto de la Convención, ni, por tanto, tampoco sobre cuál ha de ser el alcance de la modificación de tales normas. Hay un gran abanico de opiniones, posiciones y corrientes⁹, pero, simplificando en grandes líneas las apreciaciones y la riqueza de los matices vertidos por la doctrina, podemos decir que: para unos, nuestro sistema colisiona con la Convención y es necesario un replanteamiento integral del mismo que lleve a su modificación total, o dicho de otra manera, a la construcción de un nuevo sistema; para otros, el sistema

⁸ Vid. el preámbulo de la citada norma.

⁹ Puede verse –entre otros–, desde puntos de vista diversos: GIL RODRÍGUEZ, “La tutela como garantía del bienestar de las personas incapacitadas y del respeto a sus derechos”, en *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo, Congreso Estatal. Donostia, 9 y 10 de marzo de 2006*, Diputación Foral de Gipuzkoa, pp. 18 y ss; DE PABLO CONTRERAS, “La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 3º –dir. YZQUIERDO TOLSADA–, Madrid, 2009, pp. 556 y ss; DE ASÍS ROIG, “La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad”, *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo –PÉREZ BUENO (dir.) y SASTRE (ed.)–*, Cizur Menor, 2009, pp. 310 y ss; BARIFFI, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”, en *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo –PÉREZ BUENO (dir.) y SASTRE (ed.)–*, Cizur Menor, 2009, pp. 355 y ss; GAZENMÜLLER ROIG, “La función del Ministerio Fiscal en la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad”, en *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo –PÉREZ BUENO (dir.) y SASTRE (ed.)–*, Cizur Menor, 2009, pp. 391 y ss; Álvarez Lata y SEOANE, “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010, pp. 20 y ss; DE ASÍS ROIG, BARRANCO AVILÉS, CUENCA GÓMEZ y PALACIOS RIZZO, “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español”, en *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español* –ed. CUENCA GÓMEZ–, Madrid, 2010, pp. 28 y ss; ELÓSEGUI SOTOS, “Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal”, en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* –coord. DE SALAS MURILLO–, Zaragoza, 2010, pp. 247; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, “Comentario a la STS de 29 de abril de 2009”, *CCJC*, núm. 82, enero-abril 2010, pp. 339 y ss y “La capacidad jurídica y la capacidad de obrar. El art. 12 de la Convención, sus implicaciones en el Derecho privado español”, en *Capacidad jurídica y discapacidad (Un estudio de Derecho privado Comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)*, tomo I Derecho común, Cuaderno de trabajo núm. 7/España (disponible en: www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad_new.html), pp. 31 y ss; BARRANCO, CUENCA, RAMIRO, “Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las personas con discapacidad”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V* (2012), pp. 53 y ss; GARCÍA CANTERO, “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* –coord. DE SALAS MURILLO–, Dykinson, 2013, pp. 41 y ss y en *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 2012, pp. 207 y ss; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad”, en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* –coord. DE SALAS MURILLO–, Dykinson, 2013, pp. 15 y ss y *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014; BARRIO GALLARDO, “La repercusión del artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre el sistema tutelar español”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José M^a Miquel*, t. I, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 465 y ss.

es compatible con la Convención, sin perjuicio de que hayan de realizarse, en su caso, las oportunas adaptaciones y de que se mejore su aplicación por los agentes del Derecho.

Para los primeros, la incompatibilidad afectaría a la clásica distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar que existe en nuestro ordenamiento, en tanto que consideran que la Convención las unifica¹⁰, refiriéndose solo a la capacidad jurídica. Y afectaría también al mecanismo de la incapacitación y a los actuales instrumentos de protección, puesto que la incapacitación limitaría esa capacidad, que, según la Convención, deben tener las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás, y abriría la puerta a las figuras tuitivas de sustitución, especialmente la tutela (aunque también la curatela recibe críticas), que anulan la voluntad de la persona y no respetan sus preferencias¹¹.

Para los segundos, sin embargo, la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar sería compatible con la Convención porque esta no unifica, sino que las dos dimensiones –en terminología de MARTÍNEZ DE AGUIRRE– de la capacidad legal (estática y dinámica) están presentes en el art. 12¹²: se refiere a la capacidad jurídica el segundo párrafo del precepto y a la capacidad de obrar el párrafo siguiente, cuando alude al “ejercicio de su capacidad jurídica”¹³. También consideran compatible con la Convención la modificación de la capacidad de obrar y las figuras legales de protección¹⁴. Entienden que la Convención abarca de forma general la discapacidad

¹⁰ Vid. por ejemplo, GAZENMÜLLER ROIG, “La función del Ministerio Fiscal en la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad”, cit., p. 396; DE ASÍS ROIG, BARRANCO AVILÉS, CUENCA GÓMEZ y PALACIOS RIZZO, “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español”, cit., pp. 28 y ss; BARRANCO, CUENCA, RAMIRO, “Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las personas con discapacidad”, cit., pp. 65 y ss; CUENCA GÓMEZ, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, REDUR 10, diciembre 2012, p. 79; ARSTEIN-KERSLAKE, *El sistema español en materia de capacidad jurídica: aspectos que faltan y otros sistemas que podrían servir de mejores modelos*, p. 1 y ss, disponible en: www.convenciondiscapacidad.es/.../CapacidadJuridica_03032010.doc.

¹¹ Vid. por ejemplo, DE ASÍS ROIG, “La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad”, cit., p. 317; DE ASÍS ROIG, BARRANCO AVILÉS, CUENCA GÓMEZ y PALACIOS RIZZO, “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español”, cit., pp. 28 y ss; BARRANCO, CUENCA, RAMIRO, “Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las personas con discapacidad”, cit., pp. 65 y ss; CUENCA GÓMEZ, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad..”, cit., pp. 71 y ss y 79 y ss; ARSTEIN-KERSLAKE, *El sistema español en materia de capacidad jurídica: aspectos que faltan y otros sistemas que podrían servir de mejores modelos*, cit., p. 3 y ss.

¹² Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, cit., pp. 20 y ss.

¹³ Vid., en este sentido, entre otros, DE PABLO CONTRERAS, “La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, cit., p. 562; GARCÍA CANTERO, “Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad”, cit., p. 48; MAYOR DEL HOYO, *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad. Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 19. Vid. también en el mismo sentido: *La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español. Informe elaborado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”* (financiado por la Fundación ONCE), diciembre 2008, p. 458.

¹⁴ Vid. por ejemplo, DE PABLO CONTRERAS, “La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, cit., p. 575; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, “Comentario a la STS de 29 de abril de 2009”, CJC, núm. 82, enero-abril 2010, pp. 339 y ss y “La capacidad jurídica y la capacidad de obrar. El art. 12 de la Convención, sus implicaciones en el Derecho privado español”, cit., pp. 39 y ss; Álvarez Lata y SEOANE, “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención...”, cit., pp. 23 y 47; GARCÍA CANTERO, “Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad”, en *Los mecanismos de guarda legal...*, cit., p. 53 y ss; SERRANO GARCÍA, *Autotutela*, Valencia, 2012, p. 26; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad”, cit., pp. 24 y ss y *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, cit., pp. 28 y ss; MAYOR DEL HOYO, *Un nuevo modelo de protección*

en todas sus vertientes (física, mental, intelectual y sensorial) y que hay que interpretar sus diferentes artículos de forma adecuada a cada una. Así, en aquellos casos en que la persona tiene afectada su capacidad natural de querer y querer, necesaria para el ejercicio sin peligro de su capacidad jurídica, se hace preciso, en beneficio de la persona, modificar su capacidad de obrar y proporcionarle un modo adecuado de acceso al tráfico jurídico, siempre de modo proporcionado a su capacidad natural. De este modo se daría cumplimiento en estos casos concretos de discapacidad al mandato del art. 12 de la Convención de establecer medidas que proporcionen el acceso a ese ejercicio de la capacidad jurídica y que impidan abusos. En tanto que estas medidas deberán ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de las personas, insisten en la necesidad de que los aplicadores del Derecho cumplan las previsiones legales de graduación de la capacidad.

El Tribunal Supremo se sitúa en esta línea. En la ya conocida sentencia de 29 de abril de 2009 señaló que la regulación actual es conforme con la Convención, por lo que el sistema de protección sigue vigente, aunque con la lectura que propone: “1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección”. “2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias”¹⁵.

3. PROPUESTAS DE REFORMA Y PROBLEMÁTICA QUE SUSCITAN: DESESTABILIZACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO DE PROTECCIÓN DE MENORES

En medio del debate de los juristas expertos y de la indecisión del legislador, han surgido propuestas privadas de modificación, entre las que destaca, por su grado de elaboración y precisión, la *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*, presentada el 13 de junio de 2012, por la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad¹⁶. Esta propuesta aboga “por una modificación profunda y ambiciosa del Código Civil y de la ley procesal en este aspecto, para transformar un procedimiento basado en la identificación de la incapacidad y en la sustitución de la voluntad de la persona por un nuevo sistema que, partiendo de la previa existencia incuestionada de la capacidad, la potencie y la apoye de una forma dinámica, y, desde el realismo, establezca un sistema de provisión de apoyos, obligatoriamente flexible y atemperado a cada persona, a cada decisión, a cada momento. En definitiva, un nuevo enfoque, sustancial y procesal, que se adecue al nuevo paradigma en la visión de la discapacidad, que sustituya o jubile por obsoletos e impropios modelos sanitarios, rehabilitadores o paternalistas, y acomode nuestro derecho al modelo social que la Convención

de las personas con discapacidad. Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar, cit., p. 17 y ss; BARRIO GALLARDO, “La repercusión del artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre el sistema tutelar español”, cit., p. 483.

¹⁵ STS núm. 282/2009, de 29 de abril (F.D. 7º *in fine*)

¹⁶ Otras propuestas son, por ejemplo: *La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español. Informe elaborado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”* (financiado por la Fundación ONCE), diciembre 2008; y *Capacidad jurídica y discapacidad. Propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Informe elaborado dentro del Programa “El Tiempo de los derechos”, Consolider- Ingenio 2010, por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en el marco de un proyecto coordinado por la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, abril 2012.

establece”¹⁷. En concreto, plantea sustituir el actual Título IX del Libro I del Cc, que trata “De la incapacitación”, por otro distinto en el que, bajo la rúbrica “ Del apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica”, se parta en el art. 199 de la premisa de que “[t]odas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica y de obrar en condiciones de igualdad con las demás en todos los aspectos de la vida”. Y propone, asimismo, sustituir el actual Título X, que trata “De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados”, por otro titulado “De la provisión de apoyos para el pleno ejercicio de la capacidad jurídica”, en el que desaparecen las instituciones de la tutela, la curatela y el defensor judicial y se regula un sistema de provisión de apoyos para que las personas con discapacidad puedan hacer pleno uso de su capacidad jurídica; en esa provisión se da una especial preponderancia a la iniciativa de la persona en el diseño de su propio sistema de apoyos –art. 202–, de manera que la autoridad judicial solo entra en juego, en forma subsidiaria, cuando la capacidad de aquella no permite tal actuación –art. 205–.

La propuesta, situada en un extremo del gran abanico de opiniones que ha generado el debate apuntado, plantea problemas de aplicación en la gestión de los apoyos, como, por ejemplo, en caso de conflicto entre la persona con discapacidad y el prestador de aquellos, así como una respuesta insuficiente en el caso de las enfermedades mentales, en las que por definición, no hay conciencia de enfermedad, de tal forma que el apoyo como tal sería poco eficiente, pues en principio nada se podría hacer si se rechaza.

Con independencia de lo anterior, llama la atención, especialmente, la propuesta de eliminación de las instituciones tutelares (tutela y curatela, y también defensor judicial), ya no solo por la ruptura que supone con el actual sistema, que –como ya he señalado– coloca a la propuesta en un extremo, pero es un tema, al fin y al cabo, de política legislativa y por tanto, defendible y opinable; sino que llama la atención, principalmente, porque desestabiliza el sistema de protección de menores, al producir un –permítaseme el término– *socavón* en su regulación que deja un vacío preocupante, y eso sí es problema jurídico.

Recordemos que el ordenamiento jurídico civil configura la patria potestad como el mecanismo de protección de menores por excelencia y que se aplica, por defecto, con carácter general. El Código civil, recogiendo la ley natural, coloca a los padres, con carácter preferente y de forma automática, en el primer escalón de la función protectora de los menores –art. 154 Cc–. Ahora bien, la existencia de menores no sujetos, por razones extraordinarias, a patria potestad determina la necesidad de procurar su protección por medio de otra institución jurídica que revista carácter subsidiario y supletorio de la patria potestad. La institución que tradicionalmente ha previsto para ello nuestro Código civil es la tutela –arts. 215 y 222 Cc–. Con ella se garantiza la complementariedad institucional de la protección: suple la falta o ausencia de los padres y cubre el vacío que puede dejar la ineficacia del régimen protector primario al procederse a la privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a ella.

Por otro lado, si los hijos menores están emancipados, cesa la patria potestad, pero hasta que llegan a la mayoría de edad precisan, para determinados actos, de la asistencia paterna –art. 323 Cc–. En caso de que los padres no puedan prestar esa asistencia al hijo menor emancipado, por fallecimiento o porque se hallan impedidos, se nombra un curador –arts. 215, 286.1 y 323 Cc–. De manera que, si la tutela es subsidiaria y supletoria de la patria potestad, la curatela lo es de la asistencia paterna.

¹⁷ *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*, Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, 2012, p. 25.

En el supuesto de que el menor esté sometido a protección tutelar, puede el tutor concederle, en su caso, el beneficio de la mayor edad. En tal caso, se extingue la tutela, pero ese menor habilitado de edad, para la realización de determinados actos, precisa asistencia. Al no haber padres disponibles, esa asistencia no se la pueden prestar ellos, y el Código civil cubre esa necesidad tuitiva mediante la curatela –arts. 215 y 286.2 Cc–. De forma que la curatela, no solo es supletoria de la asistencia paterna, sino que, además, complementa a la tutela, como la asistencia paterna lo hace a la patria potestad.

Por último, como pieza de ajuste del sistema, el Código civil regula la figura del defensor judicial, con un doble cometido: asumir las funciones de representación o asistencia del menor, cuando haya conflicto de intereses entre este y sus guardadores legales (padres, tutor o curador) –art. 299.1 Cc–; asumir las funciones generales de protección del menor “en el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona para desempeñar el cargo” –art. 299.2–.

Como puede verse, estas medidas configuran un entramado en el que quedan cubiertas institucionalmente todas las situaciones en que teóricamente puede encontrarse el menor. Son las piezas de un *puzzle* perfecto que permiten hablar de un verdadero “sistema” de protección de menores, al que se viene calificando de “institucional” (frente al modelo “funcional”, al que después me referiré) por la protección institucional que ofrece¹⁸. La eliminación, sin más, de buena parte esas medidas (en realidad, de todas, excepto de la patria potestad), como propone el documento ya citado, supone un ataque a ese sistema que lo haría desaparecer, dando lugar a lagunas en la regulación de la protección del menor que son inconcebibles en un ordenamiento desarrollado como el nuestro.

4. LA NECESARIA TOMA EN CONSIDERACIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN EL REPLANTEAMIENTO DE LA REGULACIÓN JURÍDICO-PRIVADA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. UNA REFLEXIÓN CONJUNTA.

Pongo el foco, como se ha visto, en las negativas consecuencias de una supresión como la que pretende la propuesta estudiada porque ello no es más que una llamada de atención a la comunidad jurídica acerca de una realidad que debe tener en cuenta: las normas que regulan la discapacidad no son un ente aislado en nuestro ordenamiento, sino que forman parte de un sistema global en el que tienen conexión directa con otro colectivo que también tiene afectada su capacidad, la infancia.

Nuestro ordenamiento, ante la falta o disminución de capacidad natural de la persona para autogobernarse, ya sea a causa de la edad o de una discapacidad, modifica lo que en sentido técnico-jurídico conocemos como capacidad de obrar con fundamento en el bien de la persona; ahora bien, no se detiene en esa modificación, sino que, como la otra cara indispensable de la moneda de la protección, ofrece al mismo tiempo e inseparablemente unas medidas de guarda de la persona y el patrimonio. El hecho de que esas medidas tengan para los menores y los incapacitados un mismo presupuesto y una misma finalidad¹⁹, permitió que las reformas del

¹⁸ Fue MARTÍNEZ DE AGUIRRE quien calificó por primera vez a este modelo tuitivo de institucional. *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad”, *A.D.C.*, t. XLV, 1992, pp. 1463 y ss.

¹⁹ Conviene destacar que, a pesar de existir un punto de contacto técnico, las diferencias entre estos dos grupos de personas son notables y, de hecho, han sido destacadas por la doctrina, *vid.* GOUBEAUX, “Les personnes”, en *Traité de Droit civile* –dir. GHESTIN–, París, 1989, pp. 435 y ss y, siguiendo a este, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad”, *cit.* pp.1411 y ss.

Código civil de 1981 y de 1983 produjeran un acercamiento entre las figuras previstas para complementar o sustituir la capacidad del menor y atender al cuidado de su persona y bienes, y las dispuestas con las mismas finalidades respecto de las personas que habían sido incapacitadas judicialmente: patria potestad, tutela, curatela y defensor judicial.

Así, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, introdujo la patria potestad prorrogada y rehabilitada para los hijos incapacitados judicialmente –art. 171 Cc–²⁰, que después fue objeto de modificación en 1983 y 1996.

Y la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, llevó a cabo una modificación completa del Título X del Libro I del Cc, al que tituló “De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados”. El contenido de este título es, como sabemos, una regulación conjunta de la “guarda y protección de [...] menores o incapacitados”, como el propio precepto que inaugura el título establece –art. 215 Cc–, mediante las figuras de la tutela, la curatela y el defensor judicial²¹.

La protección de ambos colectivos posteriormente no evolucionó de forma paralela completamente y en algunos aspectos ha llevado ritmos distintos. Y es que la protección de los menores se desmarcó al prever el legislador en 1987 otros mecanismos tuitivos para ellos en los casos de desprotección real o efectiva. Se percató de que, que el menor siempre esté bajo el amparo de una institución protectora (patria potestad, asistencia paterna, tutela, curatela, defensor judicial), no implica que esté siempre protegido de hecho: a pesar de la protección institucional o teórica, puede no gozar de protección efectiva o real, es decir, puede estar desatendido. Dio solución a ello en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, introduciendo en el Código unos mecanismos, que la doctrina ha dado en llamar funcionales²², que actúan de forma inmediata y real cuando existe desamparo del menor: la tutela administrativa y la guarda administrativa –arts. 172 Cc y ss–, modificados después por la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y, con menor intensidad, por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

Enseguida, la doctrina se planteó la posibilidad de someter a los incapacitados a estas nuevas medidas de protección, ya directamente, ya aplicando la analogía. Pero, a pesar de existir alguna voz discordante que no se resignaba a la disgregación de caminos producida²³, resultó claro que los arts. 172 y ss son aplicables solo a los menores²⁴. Eso sí, comenzó a reclamarse

²⁰ La medida fue muy bien acogida por la doctrina, que la calificó como “muy acertada” (LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. IV, vol. 2º, 3ª ed., Barcelona, 1989, p. 222).

²¹ Sobre la preocupación por los menores y los “incapacitados” como destinatarios de esa nueva regulación, *vid. Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela*, Fundación General Mediterránea-Dirección General de Servicios Sociales, Madrid, 1977, pp. 13 y ss, donde se recoge el estudio encargado por el Patronato de la Fundación General Mediterránea que dio lugar a la reforma.

²² Fue MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ el primero en adoptar esta terminología, *vid. “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”*, cit., pp. 1463 y ss.

²³ *Vid.*, por ejemplo, FELIU REY, *Comentarios a la Ley de adopción*, Madrid, 1989, pp. 38 y 39.

²⁴ *Vid.* SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, t. IV, vol. 2º, 3ª ed., Barcelona, 1989, p. 309; LLEBARÍA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Barcelona, 1990, p. 40; MÉNDEZ PÉREZ, *El acogimiento de menores*, Barcelona, 1991, pp. 138 y 139; VARGAS CABRERA, “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas”, en *A.D.C.*, 1991, t. XLIV, fasc. II, p. 632 y *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Granada, 1994, p. 40; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “La protección

una regulación que, en la misma línea, concediese una protección funcional también a los incapacitados²⁵.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, introdujo, por fin, un nuevo párrafo –el tercero– en el art. 239 del Cc, ampliando a los mayores “incapaces” el desamparo y la consiguiente tutela administrativa prevista en el art. 172.1 para los menores. Aunque este precepto ha sido criticado por resultar incompleto y por las deficiencias técnicas que presenta²⁶, lo cierto es que con esta regulación se dio un paso adelante en la protección de los incapacitados, que la colocó en la misma dirección que la de los menores: mirando hacia la protección real. De manera que los caminos de la protección de menores y de la protección de las personas con discapacidad, aunque con posibilidades de mejora²⁷, vuelven a discurrir de forma paralela, también en el ámbito funcional.

En esta línea de acercamiento, alguna Comunidad Autónoma ya ha introducido esta regulación funcional para las personas con discapacidad. Es el caso de Aragón, donde la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, ahora recogida en el Código del Derecho Foral de Aragón²⁸, reguló de forma conjunta el desamparo, la tutela administrativa, la guarda de la Administración y el acogimiento de los menores e incapacitados.

Esta regulación simultánea, en algunos casos, y paralela, en otros, de la protección de menores y personas con discapacidad, que –como se ha visto– comparten cimientos e instituciones, implica que las modificaciones que se produzcan en uno de los colectivos repercuten inevitablemente en el otro. Así, conviene destacar, en concreto, en este momento: (i) la repercusión que el debate y la posible modificación del tratamiento de la capacidad en las personas con discapacidad pueden tener en los menores y (ii) el efecto que una modificación de las instituciones de protección de personas con discapacidad puede tener también en el sistema tuitivo del menor.

i) En relación con lo primero, se ha señalado ya que algún sector interpreta que el art. 12 de la Convención unifica los conceptos de capacidad jurídica y de obrar y entiende que, en aplicación de la Convención, la distinción debe desaparecer de nuestro Derecho. Entiendo que, al margen de lo acertado o no de la tesis, no se puede abrir este debate, ni menos tomar una decisión sobre la correspondiente modificación al respecto en el Código civil, sin tener en cuenta al otro gran grupo afectado por el tema: los menores.

jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, cit., pp. 1413 y 1475; HIJAS FERNÁNDEZ, “Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (aspectos sustantivos y procesales)”, *A.C.*, núm. 2, 1995-1, p. 49; BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Madrid, 1997, pp. 71 y 72; MAYOR DEL HOYO, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, Granada, 1999, pp. 74 y ss. La Fiscalía General del Estado se pronunció también en el mismo sentido en la Consulta 2/1998, de 3 de abril, sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas, asegurando que “no es aceptable la tesis de extender la tutela automática del art. 172 por vía analógica a los discapacitados mayores de edad que pueden encontrarse en situación de desamparo”.

²⁵ Vid. PEREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989, p. 83 –nota 106–; IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencia, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Barcelona, 1996, p. 78; MAYOR DEL HOYO, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, cit., pp. 74 y ss y “Más allá del acogimiento de menores: incapacitados, tercera edad y *nasciturus*”, *RCDI*, núm. 734, 2012, pp. 3219 y ss.

²⁶ Vid. MAYOR DEL HOYO, *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad. Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar*, cit., 2013, pp. 42 y ss.

²⁷ Sobre esas posibilidades de mejora, vid. MAYOR DEL HOYO, *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad. Desamparo, intervención de las entidades públicas...*, cit.

²⁸ Aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón.

Recordemos que la edad es utilizada por nuestro ordenamiento para determinar la capacidad general de obrar, así como capacidades e incapacidades especiales. Así, el Derecho atribuye la capacidad general de obrar a la persona cuando alcanza la mayoría de edad, es decir, cuando cumple 18 años –art. 322 Cc–, lo que quiere decir que el menor de edad carece de ella. Y, por otro, regula para la realización de determinados actos una capacidad distinta a la general, basándose también en la edad de la persona: por ejemplo, se exige haber cumplido 25 años para poder adoptar –art. 175 Cc–; y se admite como suficiente que la persona haya cumplido 14 años para otorgar testamento (salvo el ológrafo) –arts. 662 y 663.1 Cc–.

De manera que una eliminación sin más de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, a partir de la aludida interpretación de la Convención de 2006, sin tener en cuenta a la persona menor de edad y sus necesidades y el sistema configurado por nuestro Derecho en relación con la capacidad, implicaría destruir a la brava el actual sistema, dejándolo incompleto y con grandes contradicciones.

No conviene, por tanto, tocar la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar sin antes haber reflexionado sobre: la procedencia del cambio con una visión de conjunto de nuestro ordenamiento, teniendo presente el porqué o el fundamento del régimen de la capacidad; y sobre, en su caso, el diseño global del mismo que se desea en el futuro, teniendo en cuenta de forma coherente y justa a la persona tanto en función de su edad, como de su discapacidad. Pensemos que los ordenamientos son sistemas y que tocar determinados aspectos de ellos repercuten inexorablemente en otras partes de los mismos, máxime si, como en este caso, lo que se pretende tocar constituye el sustrato y cimiento de buena parte de la regulación jurídico-civil: la capacidad.

ii) Pero no solo las modificaciones relativas a la capacidad afectan al menor, sino que también pueden tener incidencia en su régimen jurídico, como anticipaba, los cambios en las instituciones de protección de las personas con discapacidad. Como se ha visto, nuestro ordenamiento es sensible a la falta de capacidad natural de la persona, ya sea por razón de la edad, ya sea a causa de una discapacidad, y, además de modificar la capacidad para actuar en el tráfico jurídico de estas personas, regula unos mecanismos de protección para ambos colectivos, a veces de forma conjunta, como en caso de la protección que a nivel institucional ofrece a ambos (recordemos, patria potestad –prorrogada o rehabilitada, en el caso de los incapacitados–, tutela, curatela, defensor judicial), a veces de forma paralela, o con tendencia paralela, en el caso de la protección funcional (recordemos, tutela administrativa en el caso de desamparo). De manera que las reformas de esas instituciones en uno de los colectivos no puede dejar indiferente al otro:

Ya se ha visto, con ocasión de la propuesta del Real Patronato sobre Discapacidad, que 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 apoyos para estas personas, desestabilizaría, y aun más destruiría, 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. Antes de abordar una modificación de este calibre habría que plantearse qué pasa con este otro colectivo que también tiene afectada su capacidad natural.

También, por supuesto, habría que tenerlo en cuenta en otras modificaciones que, aun manteniendo básicamente el actual sistema, introdujesen novedades tendentes a implementar la Convención. Y ello porque podría ser que afectasen a la regulación tuitiva del menor –aunque no de una forma tan importante como en la otra hipótesis–, pero también porque, dado el

paralelismo en la regulación de ambos colectivos, quizás resultase justo y coherente plantearse la idoneidad de la nueva regulación para los menores.

Por otro lado, no estaría de más reflexionar sobre la convenciencia práctica de utilizar algunos mecanismos funcionales de protección del menor que todavía no se han implantado en el ámbito de las personas con discapacidad, al menos en la regulación del Código civil, aunque sí en alguna normativa autonómica, como la aragonesa²⁹. Me estoy refiriendo, en concreto, a la guarda administrativa y al acogimiento. A favor de esta posibilidad puede argüirse el éxito incontestable de este último en el ámbito de los menores y las posibilidades de diseñar un acogimiento específico para las personas con discapacidad adaptado a sus necesidades que, en la línea de respeto a la autonomía que proclama la Convención, ayudaría a implementarla en nuestro ordenamiento³⁰.

Estamos, en conclusión, ante dos sistemas tuitivos interconectados desde los cimientos mismos –que prácticamente comparten–, hasta las instituciones que se apoyan en los mismos –que en gran parte son comunes a ambos–. Eso quiere decir, como ha quedado demostrado, que modificar, en mayor o menor medida, un sistema –en este caso, el de la discapacidad– trastoca inexorablemente el otro –el del menor–. De manera que, a la hora de efectuar reformas, conviene tener en cuenta el otro 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 y la interrelación de medidas entre ambos sistemas, enriqueciéndolos y perfeccionándolos.

5. MOVIMIENTO TENDENTE A LA ACTUALIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES

Esta toma en consideración de los menores en el replanteamiento del régimen jurídico de las personas con discapacidad –que propongo–, no resulta forzada, en el sentido de introducir artificialmente inquietud en una regulación en calma; sino que, al contrario, puede resultar oportuna, ya que en la regulación jurídico-civil de los menores comienza en estos momentos a latir un embrión de cambio o perfeccionamiento del sistema. De manera que se podría aprovechar ese momento de cambio, en el que no existe ninguna mención sobre las cuestiones planteadas, para esa reflexión global y coherente que planteo.

Y es que, si cumplidos treinta años de vigencia de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, por la que se reformó el Código civil en materia de tutela, se está procediendo a un replanteamiento de su contenido (el sistema de incapacitación y de tutela), curiosamente, cumplidos también más de veinticinco años de la reforma del Código civil –y de la Ley de Enjuiciamiento Civil– en materia de menores, mediante la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se está iniciando asimismo un procedimiento de revisión de tal regulación.

La Ley 21/1987, con ocasión de la reforma de la adopción, introdujo cambios sustanciales en el ámbito de la protección del menor, que constituyeron el origen de la actual regulación en la materia. Como ya se ha señalado, estableció el modelo funcional de protección de menores,

²⁹ El ya citado Código del Derecho Foral de Aragón.

³⁰ Vid. sobre ello MAYOR DEL HOYO, “Más allá del acogimiento de menores: incapacitados, tercera edad y *nasciturus*”, cit., pp. 3219 y ss y *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad. Desamparo, intervención de las entidades públicas...*, cit., pp. 99 y ss y 107 y ss.

mediante la introducción de la figura del desamparo y los mecanismos tuitivos de la tutela y guarda administrativas, así como de la medida del acogimiento, que permitía el ejercicio de la guarda en ambos casos. Esta regulación fue modificada y ampliada nueve años después por la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor –LOPJM–. Esta ley, a partir del inicio de la nueva filosofía en relación con el menor que marcó la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, pretendió llevar a cabo una regulación general de la protección jurídica del menor. En el primer Título introdujo un reconocimiento general de los derechos del menor, así como la regulación de las medidas y principios rectores de la acción administrativa. Y en el segundo Título reguló “las actuaciones en situaciones de desprotección social del menor e instituciones de protección de menores”, centrándose en la modificación y desarrollo del referido modelo funcional. Este modelo fue objeto de una modificación, de menor entidad, con la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

Así las cosas, el anterior gobierno elaboró en 2011 un Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia³¹ y un Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria al anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia, para los aspectos con reserva de ley orgánica. Con estos anteproyectos se buscaba mejorar los instrumentos de protección regulados en la LOPJM de 1996. Las reformas previstas en ellos giraban fundamentalmente en torno al modelo funcional e iban en la línea de mejorar la regulación de las situaciones de riesgo y desamparo de los menores y todo lo que las rodea, especialmente del acogimiento. Fueron presentados en el Consejo de Ministros de 8 de julio de 2011, pero el final de la legislatura a finales de ese mismo año hizo que no siguieran su desarrollo.

En 2012, el Grupo Parlamentario Socialista presentó una Proposición de Ley de actualización de la legislación sobre protección de la infancia³², con un contenido similar a los anteriores anteproyectos, pero fue rechazada³³ porque el Gobierno llevaba meses trabajando para abordar la reforma legislativa propuesta³⁴.

Mientras sale a la luz ese trabajo anunciado, el citado grupo parlamentario ha presentado dos proposiciones no de ley instando al Gobierno a que avance en la regulación de la protección del menor. Así, a finales de 2012 presentó una Proposición no de Ley sobre protección a la infancia, en la que propone, entre otras cosas, “actualizar la legislación sobre protección a la infancia con medidas como la potenciación del acogimiento familiar frente a los centros tutelares; la simplificación de los mecanismos de acogida y adopción; y la concreción del concepto de *interés superior del menor*”³⁵. Y a comienzos de 2014 presentó una Proposición no de Ley sobre la presentación de un Proyecto de Ley de actualización de la legislación de protección a la infancia, instando al Gobierno “a remitir a la Cámara, de manera urgente, un Proyecto de Ley [...] que tenga, al menos, los siguientes objetivos: garantizar la protección jurídica del menor en cualquier circunstancia de riesgo o desamparo; reforzar la prevención para evitar situaciones de desamparo, mejorando las actuaciones en situaciones de riesgo; simplificar y mejorar los procedimientos

³¹ Sobre el anteproyecto, *vid.* NORIEGA RODRÍGUEZ, “Notas sobre las modificaciones introducidas por el Anteproyecto de Ley de Actualización de la legislación de Protección a la Infancia”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2011.

³² *Vid.* BOCG. Congreso de los Diputados, X Legislatura, serie B, número 83-1, de 6 de julio de 2012, pp. 1 y ss.

³³ *Vid.* BOCG. Congreso de los Diputados, X Legislatura, serie B, número 83-2, de 10 de mayo de 2013, p. 1.

³⁴ *Cfr.* Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación permanente, X legislatura, 2013, núm. 109, pp. 32 y 33.

³⁵ *Cfr.* BOCG. Congreso de los Diputados, X Legislatura, serie D, número 206, de 16 de enero de 2013, p. 17.

para la acogida familiar y la adopción; posibilitar la adopción de mayores de dieciocho años, y regular el funcionamiento de los centros de menores con trastornos de conducta”³⁶.

El actual Gobierno está, efectivamente, trabajando en la materia. Tras varios borradores, existen en este momento dos anteproyectos: el Anteproyecto de Ley de protección a la infancia, de 28 de abril de 2014, y el Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de protección a la infancia, también de 28 de abril de 2014³⁷. Con ambos anteproyectos se busca mejorar el sistema de protección del menor, en tanto que, según se observa en las Exposiciones de Motivos, se han producido cambios sociales importantes que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de los instrumentos de protección jurídica. De este modo se daría respuesta a las propuestas formuladas por el Defensor del pueblo, la Fiscalía General del Estado, el Comité de los Derechos del Niño y la Comisión especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, que desde finales de 2008 estudió la situación de los menores³⁸. Estos Anteproyectos de 2014 prevén la reforma de diversas leyes, pero las modificaciones más importantes, que afectan a la LOPJM y al Código civil, se centran en la adaptación de los principios de actuación administrativa a las nuevas necesidades que presenta la infancia en España (situación de los menores extranjeros, violencia contra los menores, regulación de determinados derechos y deberes) y buscan una profunda revisión de las instituciones del sistema de protección a la infancia³⁹. Esta revisión, sin embargo, no abarca todos los modelos e instituciones tuitivas del menor, en tanto que se centra, como los anteriores anteproyectos, en las medidas del modelo funcional (situaciones de riesgo y desamparo, guarda y tutela administrativas y acogimiento), sin tocar el modelo institucional (patria potestad, tutela, curatela, defensor judicial).

Si bien, quienes han trabajado en estos anteproyectos se han centrado hasta el momento, a la vista de las necesidades de reforma más urgentes, solo en el citado modelo funcional, quizás pueda aprovecharse esta incipiente corriente de reforma de la legislación protectora del menor para realizar la aludida reflexión conjunta sobre el tratamiento jurídico-privado de personas con discapacidad y menores. Reflexión que, además de ayudar en el diseño de la reforma de la discapacidad, puede beneficiar también a la pretendida reforma en materia de menores.

6. PROPUESTAS PARA LA REFLEXIÓN CONJUNTA: SU PUNTO DE PARTIDA Y EL CAUCE POR EL DEBERÍA DISCURRIR

En esa reflexión global que reivindico, propongo tomar como punto de partida, es decir, como cuestión previa y de fondo que determina todo lo demás, la dignidad de la persona.

En este sentido, parece que, dentro de la actual corriente de pensamiento que hace hincapié en la defensa de la autonomía de las personas con discapacidad, que está cambiando la percepción y tratamiento social y jurídico de estas, hay quienes, llevando hasta el extremo estas

³⁶ Cfr. *BOCG. Congreso de los Diputados*, X Legislatura, serie D, número 398, de 7 de febrero de 2014, p. 5.

³⁷ Sobre ellos, *vid.* MUÑOZ GARCÍA, “Anteproyecto de Ley de Protección a la infancia: mejorar la situación de la infancia y adolescencia y garantizar una protección uniforme”, *Diario La Ley*, núm. 8310, 2014 y Álvarez Olalla, “Modificaciones de Derecho Civil contenidas en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia”, *Aranzadi civil-mercantil*, vol. 2, núm. 4 (julio), 2014, pp. 37 y ss.

³⁸ A dichas propuestas se refería también en su Exposición de Motivos el Anteproyecto de 2011.

³⁹ A esta revisión profunda se refiere la *Memoria de análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de protección a la infancia*.

consideraciones, identifican autonomía con dignidad⁴⁰ 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.

Resulta curioso que este atentado contra la dignidad de la persona nunca se haya planteado en relación con los menores, que también tienen afectada su capacidad de obrar, cuando, en realidad, puede haber situaciones más injustas o llamativas, en tanto que: la incapacitación de la persona que no ha llegado a los 18 años se produce *ministerio legis*, de forma automática, teniendo cuenta objetivamente el dato de la edad, con independencia de que la persona tenga o no capacidad natural de entender y querer, y por tanto de autogobierno⁴¹; y, además, la incapacitación se produce de forma absoluta, en el sentido de que el menor no tiene capacidad general de obrar (por supuesto, con las excepciones que el ordenamiento introduce), que se alcanza con la mayoría de edad –art. 322 Cc– (cerrando la posibilidad de gradación individual, como resulta preceptivo en el caso de las personas con discapacidad) y, por regla general, debe ser sustituido en su voluntad mediante el mecanismo de la representación. Ni se ha planteado que esta denegación de acceso a la capacidad general de obrar de la persona que no ha alcanzado 18 años atente contra su dignidad, ni que lo haga el hecho de que se sustituya su voluntad mediante los mismos instrumentos que se utilizan para la persona con discapacidad: fundamentalmente, patria potestad (prorrogada o rehabilitada en el caso de estas últimas) y tutela⁴².

Quizás, y por buscar una explicación a la diferente reacción en ambos casos, la privación de capacidad general de obrar y la consiguiente sustitución de la voluntad en el caso de la persona menor de 18 años no ha generado problema porque se aplica de forma general a todas las personas. Mientras que si a una persona que ha alcanzado la mayoría de edad se le aplican estas restricciones, se la está tratando de distinto modo que a la mayoría de las personas que tienen su misma edad.

Esta posible causa de la distinta reacción no desciende a las profundidades de la limitación de la autonomía como posible atentado contra la dignidad, sino que se queda en el ámbito de la igualdad. En relación con ello, es verdad que con la modificación judicial de la capacidad de obrar y las consiguientes medidas tutelares se está tratando a la persona con discapacidad

⁴⁰ Así, por ejemplo, según consta en la emblemática Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, para el Ministerio Fiscal, a la vista de la Convención, “la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz” –F.D. Tercero–. *Vid.* también *La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español. Informe elaborado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, cit.*, p. 192, 204, 205, 230, 458 y *Capacidad jurídica y discapacidad. Propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, cit., p. 147. En la doctrina, esta identificación de dignidad con autonomía puede verse, por ejemplo, en DE ASÍS ROIG, “La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad”, cit., p. 310 y 311 o en CUENCA GÓMEZ, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad..”, cit., p. 72. El propio Tribunal Constitucional, antes de la Convención, en su Sentencia 174/2002, de 9 de octubre, señaló, aunque para defender que la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial y en virtud de las causas establecidas en la ley, que “toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)”.

⁴¹ Sobre la edad como criterio determinante del sometimiento a un régimen de protección, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, cit., pp. 1413 y ss.

⁴² En este sentido, GIL RODRÍGUEZ observó que “a nadie causa extrañeza la *ineptitud operativa* del colectivo de los *menores de edad*” y que “la frustración y la suspicacia acompañan, por el contrario, a esa función, igualmente tuitiva, cuando ha de proyectarse sobre quienes, habiendo ya superado aquella edad normalmente emancipadora, no gozan de posibilidades efectivas de autodeterminación” (“La tutela como garantía del bienestar de las personas incapacitadas y del respeto a sus derechos”, cit., p. 19).

de forma distinta al resto de personas que han alcanzado la mayoría de edad, pero no se la está tratando de forma distinta a aquellas otras personas que tienen su misma capacidad. Y es que debemos recordar que no solo la edad afecta a la capacidad natural, sino que también determinadas discapacidades lo hacen. De manera que se está tratando a todos los que están en esa misma situación del mismo modo. Ese trato distinto de las personas que tienen capacidad para regir su persona y bienes y de las personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas no constituye una violación del principio de igualdad porque, como el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto, “el término de comparación es diferente”⁴³. Y ese trato distinto está justificado dada la necesidad de protección de estas personas. En palabras del Tribunal Supremo, “le proporciona un sistema de protección, no de exclusión”, que está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone el art. 49 de la Constitución⁴⁴. En el mismo sentido, la propia Convención, que reconoce expresamente “la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía”⁴⁵, pone de relieve también la “necesidad” de “proteger” los derechos de las personas con discapacidad⁴⁶ y en el propio art.12 impone a los Estados Parte la obligación de asegurar “que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias”.

En cualquier caso, el que no haya planteado ningún problema el limitado acceso a la capacidad de obrar y el establecimiento de un sistema de representación para las personas menores de edad, no puede pasar desapercibido. Debemos reflexionar sobre ello porque permite relativizar muchas de las afirmaciones críticas que se han realizado por esa misma razón en relación con las personas con discapacidad. Ni se ha visto puesta en peligro la dignidad de las personas menores; ni se considera que se las discrimina, en tanto que se acepta con naturalidad que los términos de la comparación son distintos⁴⁷.

Y es que ciertamente resulta peligrosa la identificación de autonomía y dignidad en la que se basa la corriente citada porque llevaría, inaceptablemente, a negar la dignidad de personas que, por la razón que sea, tienen limitada, mucho o poco, su autonomía, bien en el ámbito sensorial o físico, bien en el de la voluntad, bien en el de ambos, o que incluso carecen totalmente de ella. Sería tanto como negar la dignidad a una persona con deficiencia visual o auditiva por tener –parcial o totalmente– limitada su autonomía sensorial, al no poder ver u oír; o como negar la dignidad a una persona que no puede andar por su propio pie, bien por razón de la edad (porque todavía no alcanzado el grado de desarrollo motor necesario para ello o porque, al contrario, la avanzada edad le dificulta sus movimientos), bien por razón de una discapacidad física, porque de este modo tiene limitada su autonomía física; o como negar la dignidad a una persona que no tiene capacidad natural para entender, conocer y querer y, por tanto, autogobernarse, ya sea por razón de la edad, ya sea por razón de una discapacidad psíquica o intelectual, en tanto que ello le afecta a la autonomía de la voluntad.

⁴³ STS de 29 de abril de 2009 –F. D. Sexto–.

⁴⁴ STS de 29 de abril de 2009 –F. D. Sexto–.

⁴⁵ Apartado n) del Preámbulo de la Convención de N.U. sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

⁴⁶ Apartado j) del Preámbulo de la Convención de N.U. sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

⁴⁷ Observa en este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ que el hecho de que muchas de las afirmaciones críticas que sustentan el modelo social de la discapacidad podrían predicarse sin demasiados problemas de los menores de edad, sirve para desactivar la acusación de discriminación injusta que se lanza contra sistemas que, como el español, optan por limitar la capacidad de obrar de quienes están afectados por una discapacidad psíquica (Cfr. *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, cit., p. 54).

La dignidad de las personas no depende de que padezcan o no una deficiencia que les resta autonomía o de si se hallan o no en un tramo de vida que les limita su autonomía. Quien ve limitada su autonomía por no poder ver, oír, andar, ser capaz de autogobernarse tiene la misma dignidad que quien no tiene dicha limitación⁴⁸. Y ello porque, como ya ha señalado MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “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 psíquicas”⁴⁹ y de su edad.

Ante esa limitación de la autonomía, que no tiene un origen externo, sino que obedece a causas intrínsecas a la propia persona –edad o discapacidad–, la sociedad y, por ende, el Derecho no pueden permanecer al margen, sino que han de contribuir a minimizar sus efectos negativos y a ayudar a la persona a que acceda a cuanto tiene dificultad, sin que, a la vista de lo anterior, pueda considerarse que ello atenta contra su dignidad⁵⁰. Ya se ha señalado, en relación con la discapacidad, como la Convención de N.U. de 2006 establece la “necesidad” de “proteger” los derechos de las personas con discapacidad –Preámbulo– e impone a los Estados Parte, en relación en concreto con el ejercicio de la capacidad jurídica, la obligación de asegurar que “se proporcionen salvaguardias” –art. 12–. Y respecto de los menores, también la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las N. U. el 20 de noviembre de 1989⁵¹, tiene presente como punto de partida de su articulado que, “como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal”. Por otro lado, la Constitución en el art. 49 vela por las personas con discapacidad indicando que se les prestará la atención especializada que requieran y que se les amparará especialmente para el disfrute de los derechos y en el art. 39 dispone la protección de los menores.

Por supuesto, esta intervención del ordenamiento ha de ser respetuosa con la autonomía de la persona en el más amplio sentido (en extensión e intensidad); eso sí, sin que una defensa a ultranza de la misma, por encima de cualquier otro criterio, llegue a producir, en algunos casos, un efecto distinto o contrario al legítimamente pretendido.

Por ello, en mi opinión, la reflexión acerca del modo de adecuar la regulación de la capacidad de las personas con discapacidad al sentir actual de la sociedad y a la propia Convención ha de discurrir por el cauce de la tensión entre autonomía y protección, para dilucidar cuál es el punto óptimo de esa tensión, o el punto de equilibrio perfecto, en el que se deben colocar las normas

⁴⁸ Vid. en este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales”, en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* – coord. DE SALAS MURILLO–, Zaragoza, 2010, pp. 198 y 199 y *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, cit., p. 38.

⁴⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, cit., p. 39.

⁵⁰ ELÓSEGUI SOTOS, en relación, en concreto, con la declaración de incapacidad (y advirtiendo de que deja a un lado problemas de semántica), observa que, aunque “se contempla a la incapacitación como una situación degradante, en cierto modo vergonzante, que minusvalora a la persona”, esta, sin embargo, debe ser considerada como algo beneficioso porque le va a permitir recibir ayudas y apoyo y le va a facilitar el ejercicio de los derechos de que es titular y que no puede actuar por sí solo (“Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal”, cit., p. 249). Observa DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ que, desde este punto de vista, la incapacitación no debe ser considerada como una “institución odiosa”, sino que es “plena y absolutamente compatible con el respeto a la persona y al libre desarrollo de su personalidad” (cfr. *Incapacitación y mandato*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 71 y 72).

⁵¹ La Convención fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y publicada en el BOE nº 313 de 31 de diciembre de 1990.

y cuáles son los instrumentos más idóneos para hacerlo efectivo, en coherencia siempre con el tratamiento de las personas menores de edad, a las que no se puede dejar al margen del debate. Me inclino por pensar que esta estructura bipolar de promoción de la autonomía y protección en la que ha de cimentarse el tratamiento de las personas con problemas de autogobierno, amparada por las Convenciones y la Constitución, tiene cabida en el actual sistema diseñado por nuestro ordenamiento, sin que sea necesaria una demolición total del mismo. Sistema que, por supuesto, es susceptible de mejora al hilo de las conclusiones que se obtengan como consecuencia de la reflexión propuesta y de la revisión de nuestras leyes bajo ese prisma. Por otro lado, no debemos olvidar que nuestras normas siempre deben ser leídas a la luz de las Convenciones y que no hay que escatimar esfuerzos en que los aplicadores del Derecho, y en especial los jueces, se esmeren en hacer realidad las previsiones que teóricamente permiten nuestras normas, sobre todo en relación con la graduación.

7. ¿EL CAMINO QUE ADOPTARÁ LA REFORMA LEGAL? ALGUNOS INDICIOS AL RESPECTO

Se ignora, no obstante, cuál será el camino real por el que se decantará el debate acerca del tratamiento legal de las personas con discapacidad, aunque, ciertamente, puede intuirse que, como ha ocurrido hasta el momento, las reflexiones y opiniones serán dispares y que no habrá un único camino, sino muchos y con muchas ramificaciones. Y se ignora, sobre todo, cuál será el camino por el que discurrirá la reforma que planea sobre nuestro ordenamiento, que es lo que realmente importa. Lo único que puede darnos una pista sobre ello en este momento son dos instrumentos prelegislativos que no versan sobre discapacidad: el Proyecto de Ley de la jurisdicción voluntaria y el Anteproyecto de Ley de protección a la infancia.

El primero, el Proyecto de Ley de la jurisdicción voluntaria, fue presentado en el Congreso de los Diputados el 2 de agosto de 2014. El 2 de septiembre de 2014 la Mesa de la Cámara encomendó su aprobación con competencia legislativa plena a la Comisión de Justicia⁵², que es donde se encuentra en este momento en fase de enmiendas.

No parece que este proyecto deje entrever ninguna intención de eliminación o modificación sustancial de la hasta ahora llamada “incapacitación”. Únicamente, en el proyecto se aprovecha para ir introduciendo un cambio terminológico al respecto y se habla de “capacidad modificada judicialmente”, contribuyendo así a acuñar esa expresión⁵³. La propia Exposición de Motivos del Proyecto indica al respecto que la Convención afecta “a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, que se sustituyen –en el Proyecto– por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente”⁵⁴. Y tampoco se trasluce ninguna intención de prescindir del sistema de sustitución y de las instituciones que tradicionalmente han estado vinculadas a él, en tanto que el proyecto regula el expediente de jurisdicción voluntaria relativo a las mismas. Así, dentro del Título II, relativo a “los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas”, el Capítulo IV regula los relacionados con la tutela y curatela y el Capítulo II el relacionado con el nombramiento de defensor judicial.

⁵² *BOCG. Congreso de los Diputados, X Legislatura, serie A, número 112-1, de 5 de septiembre de 2014, pp. 1 y ss.*

⁵³ Es la expresión que utiliza también la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

⁵⁴ Recordemos que cuando la Ley 1/2009 concedió al Gobierno el plazo de seis meses para remitir “un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial”, ya estableció “que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención”.

En cuanto al Anteproyecto de Ley de protección a la infancia, de 28 de abril de 2014, ya citado, fue presentado en el Consejo de Ministros hace unos meses. En concreto, fue el 25 de abril de 2014 cuando el Consejo de Ministros recibió un informe de la ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, sobre el mismo, iniciándose así un procedimiento que en la actualidad sigue su curso.

Este anteproyecto utiliza la expresión “capacidad judicialmente complementada”. Ello podría dar pie a pensar que bajo esa expresión subyace una intención de reforma más sustancial, puesto que, al emplear el término “complementada”, pudiera parecer que la tendencia es eliminar la sustitución y establecer un sistema generalizado de complemento de capacidad. Sin embargo, si se tiene en cuenta globalmente el Anteproyecto, así como el posible origen o causa de la expresión, se observa que no es así.

En relación con esa consideración global del Anteproyecto, conviene partir de la previsión de reforma del art. 1263 del Código civil que contiene⁵⁵. Se prevé una nueva redacción de este precepto en la que se mantiene la actual regla general: “no pueden prestar consentimiento” “los menores no emancipados” y “los que tienen su capacidad judicialmente complementada”, sin tocar, por tanto, el actual sistema de limitación o privación de capacidad de obrar. Con la modificación se busca, únicamente, en el caso de los menores, introducir la constancia expresa de las excepciones legalmente previstas y la relativa a los contratos de la vida corriente propios de la edad; y, en el caso de las personas con discapacidad, sustituir el término “incapacitados” por otro más actual acorde con la Convención⁵⁶. La expresión utilizada para evitar referirse a la incapacitación resulta desafortunada en un precepto como ese en el que precisamente se establece que esas personas no pueden prestar consentimiento. Y ello porque en la referida expresión se alude, como estamos viendo, a una capacidad “complementada”, cuando la ausencia de posibilidad de prestar consentimiento lleva a la sustitución en su prestación y no al complemento de la capacidad.

En coherencia con esa continuidad del sistema de capacidad (y con ello seguimos en esa consideración global que propongo para entender mejor dicha expresión), el Anteproyecto no modifica el sistema de protección de menores e incapacitados en lo que se refiere al modelo institucional: mantiene intactos los instrumentos de la tutela, curatela, defensor judicial. La tutela, que lleva implícita la representación de la persona, permanece sin alteración.

Probablemente, en el Anteproyecto se utiliza, sin más, la expresión en cuestión porque se tomó del Anteproyecto de Ley de la jurisdicción voluntaria. Y es que ese anteproyecto, antes de la expresión “capacidad judicialmente modificada”, contenía la expresión “capacidad judicialmente complementada”. Precisamente, esa versión fue la presentada en el Consejo de Ministros de 31 de octubre de 2013, en el que el Ministro de Justicia presentó un informe de la misma donde que se indicaba que esa era la expresión que se iba utilizar por ser acorde con la Convención de 2006. Pero el Consejo General del Poder Judicial fue muy crítico con esta expresión en el Informe emitido sobre el Anteproyecto⁵⁷. Observó que, “en rigor, en estos casos no es el Juez

⁵⁵ La redacción del art. 1263 Cc que prevé el Anteproyecto es: “No pueden prestar consentimiento: 1) Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes expresamente les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. 2) Los que tienen su capacidad judicialmente complementada, en los términos señalados por la resolución judicial en la que se determine la institución de protección y apoyo que precisa”.

⁵⁶ En la *Memoria de análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de protección a la infancia*, se explica que “es oportuno, al dar nueva redacción al nº 1 del artículo 1263, que se adapte ya el nº 2 a los requerimientos de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

⁵⁷ *Informe al Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria*, Consejo General del Poder Judicial, de 27 de febrero de 2014.

el que complementa la capacidad del sujeto sometido a alguna institución de protección, como puede ser la tutela o la curatela, sino el tutor o curador designados por aquél. El Juez lo que puede determinar en su resolución es una modificación de la capacidad de obrar del sujeto en cuestión, o del ejercicio de la misma. Por consiguiente, en lugar de la expresión «persona con capacidad judicialmente complementada», sería preferible utilizar la de «persona con capacidad modificada judicialmente», terminología ésta, por lo demás, empleada en la Ley 20/2011, del Registro Civil [...]. En esta línea, los procedimientos que pueden derivar en un régimen de ese tipo deberían pasar a denominarse «procedimientos de modificación de la capacidad de obrar». Parece que la sugerencia fue tenida en cuenta porque, como sabemos, la actual versión del Proyecto, que está en el Congreso, contiene esa otra expresión.

Probablemente (sería lo lógico), el Anteproyecto de Ley de protección a la infancia actualizará la terminología adaptándola a la nueva versión del Proyecto de la Ley de Jurisdicción voluntaria. Aunque, de momento, y curiosamente, el Consejo General del Poder Judicial en el informe sobre este Anteproyecto de Ley de protección a la infancia⁵⁸ no plantea problema alguno con esa terminología, como acabamos de ver que hizo, pocos meses antes, en el Informe del Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria, y ni siquiera se da cuenta de la falta de coherencia con la actual versión del Proyecto que parece ignorar. Simplemente, con ocasión de la introducción en el anteproyecto del art. 239 bis del Cc, observa que “el precepto se refiere a las «personas con capacidad judicialmente complementada», acogiendo así la nueva denominación de las personas con discapacidad que se introdujo en el que ya es Proyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria- cuya remisión a las Cortes general se aprobó el 1 de agosto de 2014-, haciéndose eco de las recomendaciones de Naciones Unidas”. En este caso, resulta más crítica la Fiscalía General del Estado, que en el Informe correspondiente al Anteproyecto, observa, en relación con la expresión “capacidad judicialmente complementada” utilizada, en concreto, en el art. 239bis, que “el prelegislador hace uso de un concepto jurídico indeterminado, cuyo alcance y contenido se desconoce y que resulta ciertamente perturbador al no venir acompañado de justificación ni definición en la E M.” y que, además, “el nuevo concepto aporta confusión al referirse exclusivamente a la capacidad complementada ya que en el régimen vigente tal denominación viene referida a la institución de la curatela”⁵⁹.

A la vista de cuanto antecede, puede decirse que ambos instrumentos prelegislativos tienen en común que ninguno de ellos deja entrever una ruptura con la actual regulación del tratamiento de las personas con discapacidad. Pero son solo instrumentos prelegislativos y, además, sobre otras materias: su objeto no es la regulación de los aspectos jurídico-privados de la discapacidad⁶⁰. Habrá que esperar, por tanto, a la futura ley que reforme estos aspectos. Ley que, a día de hoy, no se atisba.

⁵⁸ *Informe al Anteproyecto de protección a la infancia*, Consejo General del Poder Judicial, de 30 de septiembre de 2014.

⁵⁹ *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de protección a la infancia*, de 11 de julio de 2014.

⁶⁰ La Fiscalía General del Estado critica las reformas que introduce el Anteproyecto de Ley de protección a la infancia en relación con las personas con discapacidad y propugna una regulación propia de esa materia. Así, en el Informe sobre el mismo, ya citado, observa que “no se alcanza a entender la finalidad de abordar en el presente Anteproyecto la reforma de la tutela [...] –se refiere al art. 239bis– y la guarda de hecho de las personas con discapacidad. Si tan solo se pretende una adecuación terminológica debiera realizarse una revisión completa del articulado de toda la normativa aplicable a la materia y de tratarse de una reforma de carácter sustantivo sería conveniente que el prelegislador reflexionase sobre la oportunidad de realizar una modificación del CC y de la LEC para la adaptación de las normas sustantivas y procesales que rigen la materia a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York de 2006, ratificado por España y a las Recomendaciones que el Comité de Naciones Unidas hizo a nuestro país en octubre de 2011”.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA y SEOANE, “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010.

ÁLVAREZ OLALLA, “Modificaciones de Derecho Civil contenidas en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia”, *Aranzadi civil-mercantil*, vol. 2, núm. 4 (julio), 2014.

ARSTEIN-KERSLAKE, *El sistema español en materia de capacidad jurídica: aspectos que faltan y otros sistemas que podrían servir de mejores modelos*, disponible en: www.convenciondiscapacidad.es/.../CapacidadJuridica_03032010.doc.

BARRANCO, CUENCA, RAMIRO, “Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las personas con discapacidad”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V* (2012).

BARRIO GALLARDO, “La repercusión del artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre el sistema tutelar español”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José M^a Miquel*, t. I, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Incapacitación y mandato*, La Ley, Madrid, 2008.

DE ASÍS ROIG, “La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad”, *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo – PÉREZ BUENO (dir.) y SASTRE (ed.)*–, Cizur Menor, 2009.

DE ASÍS ROIG, BARRANCO AVILÉS, CUENCA GÓMEZ y PALACIOS RIZZO, “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español”, en *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español* –ed. CUENCA GÓMEZ–, Madrid, 2010.

DE PABLO CONTRERAS, “La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 3^o –dir. YZQUIERDO TOLSADA–, Madrid, 2009.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Madrid, 1997.

BARIFFI, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”, en *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo –PÉREZ BUENO (dir.) y SASTRE (ed.)*–, Cizur Menor, 2009.

CUENCA GÓMEZ, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR* 10, diciembre 2012.

ELÓSEGUI SOTOS, “Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal”, en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* –coord. DE SALAS MURILLO–, Zaragoza, 2010..

FELIU REY, *Comentarios a la Ley de adopción*, Madrid, 1989

GARCÍA CANTERO, “Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad”, *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 2012 y *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* –COORD. DE SALAS MURILLO–, Dykinson, 2013.

GAZENMÜLLER ROIG, “La función del Ministerio Fiscal en la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad”, en *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* –PÉREZ BUENO (dir.) y SASTRE (ed.)–, Cizur Menor, 2009.

GIL RODRÍGUEZ, “La tutela como garantía del bienestar de las personas incapacitadas y del respeto a sus derechos”, en *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo, Congreso Estatal. Donostia, 9 y 10 de marzo de 2006*, Diputación Foral de Gipuzkoa.

GOUBEAUX, “Les personnes”, en *Traité de Droit civile* –dir. GHESTIN–, París, 1989..

HIJAS FERNÁNDEZ, “Tutela, guarda y acogimiento en la Ley 21/1987 (aspectos sustantivos y procesales)”, *A.C.*, núm. 2, 1995-1.

IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencia, tutela ex lege y acogimiento de menores*, Barcelona, 1996.

LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. IV, vol. 2º, 3ª ed., Barcelona, 1989.

LLEBARÍA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Barcelona, 1990.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad”, *A.D.C.*, t. XLV, 1992.

– “Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales”, en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* –coord. DE SALAS MURILLO–, Zaragoza, 2010.

– “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad”, en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* –COORD. DE SALAS MURILLO–, Dykinson, 2013.

– *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

MAYOR DEL HOYO, *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*, Granada, 1999.

– “Más allá del acogimiento de menores: incapacitados, tercera edad y *nasciturus*”, *RCDI*, núm. 734, 2012.

– *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad. Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

MÉNDEZ PÉREZ, *El acogimiento de menores*, Barcelona, 1991.

MUÑOZ GARCÍA, “Anteproyecto de Ley de Protección a la infancia: mejorar la situación de la infancia y adolescencia y garantizar una protección uniforme”, *Diario La Ley*, núm. 8310, 2014.

NORIEGA RODRÍGUEZ, “Notas sobre las modificaciones introducidas por el Anteproyecto de Ley de Actualización de la legislación de Protección a la Infancia”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2011.

PEREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, 1989.

PÉREZ DE Ontiveros BAQUERO, “Comentario a la STS de 29 de abril de 2009”, *CCJC*, núm. 82, enero-abril 2010.

– “La capacidad jurídica y la capacidad de obrar. El art. 12 de la Convención, sus implicaciones en el Derecho privado español”, en *Capacidad jurídica y discapacidad (Un estudio de Derecho privado Comparado a la luz de la Convención INTERNACIONAL sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)*, tomo I Derecho común, Cuaderno de trabajo núm. 7/España (disponible en: www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad_new.html).

SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, t. IV, vol. 2º, 3ª ed., Barcelona, 1989.

SERRANO GARCÍA, *Autotutela*, Valencia, 2012.

VARGAS CABRERA, “El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas”, en *A.D.C.*, 1991, t. XLIV, fasc. II.

La protección de menores en el ordenamiento jurídico, Granada, 1994.

Capacidad jurídica y discapacidad. Propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Informe elaborado dentro del Programa “El Tiempo de los derechos”, Consolider-Ingenuo 2010, por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, abril 2012.

Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela, Fundación General Mediterránea-Dirección General de Servicios Sociales, Madrid, 1977.

Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Informe al Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria, Consejo General del Poder Judicial, de 27 de febrero de 2014.

Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de protección a la infancia, de 11 de julio de 2014.

Informe al Anteproyecto de Ley de protección a la infancia, Consejo General del Poder Judicial, de 30 de septiembre de 2014.

Memoria de análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de protección a la infancia.

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, Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, 2012.

Maquetación:
Secretaría General Técnica

Subdirección General de Documentación
y Publicaciones

Enlaces de contacto:

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del
Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

