



CONFERENCIA INTERNACIONAL
2008-2013: CINCO AÑOS DE VIGENCIA
DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL
SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD

Cristina Guillarte Martín- Calero
Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid, España

PARTICIPACIÓN EN LA MESA REDONDA: PLENA IGUALDAD ANTE LA LEY, CAPACIDAD JURÍDICA Y LIMITACIÓN DE DERECHOS

Siguiendo la inveterada costumbre de comenzar por los **agradecimientos**, brevísimamente quiero manifestar mi satisfacción por estar hoy aquí, me siento honradísima con esta invitación que me permite compartir tribuna con personas a las que tanto he leído y a las que tanto admiro.

Me ajustaré al tiempo propuesto por la organización y, de forma muy rápida, expondré mis reflexiones siguiendo, para ello, las indicaciones propuestas por nuestro moderador: *Los regímenes de tutela o curatela vigentes que generan el efecto de sustituir la decisión de una persona a favor de un representante legal, son contrarios a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad.*

I. ¿Está de acuerdo con esta afirmación?

En primer lugar, y en una descripción a vuela pluma de nuestro Código civil, puede afirmarse que su regulación originaria (1889), fiel al llamado modelo de la prescindencia, era palmariamente contraria a la Convención. Se establecía, con carácter general, un modelo de incapacitación de intensidad única, máxima y completa con una única figura de protección, la llamada tutela de familia cuya complicada constitución exigía el nombramiento de tutor, protutor y consejo de familia con una finalidad casi exclusivamente patrimonial. Se configuraba como una restricción de la personalidad civil para los supuestos de demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil. **Esquema legal que se resumía en incapacidad total- ineficacia jurídica de la propia voluntad- sustitución por otra persona.**

En 1983 se reforma moderna y completamente esta materia y se reforma sobre la base de tres principios que considero, con matizaciones, plenamente adecuados a la filosofía de la Convención:

a) **el principio de graduabilidad de la incapacitación** que permite ajustar la incapacitación al grado de incapacidad singular y concreta de cada persona; la discapacidad no es relevante en sí misma sino sólo si afecta a la capacidad de autogobierno y como garantía se exige que su constatación se haga en un procedimiento judicial (arts.199 y 200 Cc). Correlativamente se incluye en el Código civil la regulación del llamado procedimiento de incapacitación que, posteriormente y con buen criterio, se traslada a la Ley de Enjuiciamiento civil (2000) que introduce algunas mejoras importantes (nombramiento del cargo tutelar en la propia sentencia, por ejemplo).

b) **el principio de tutela de autoridad**, conforme al cual esta materia sale del ámbito de lo privado y se somete al control y fiscalización de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal (art.216 Cc).

c) **el principio de pluralidad de guarda** que permite dispensar una protección diversa en función de las circunstancias; una intensidad variable que se corresponde con dos regímenes legales, la sustitución o representación legal y la asistencia (art.215).

II. Este modelo es respetuoso con el artículo 12 de la Convención? Si y no; si, con matizaciones.

El respeto a la Convención exige una relectura de esta regulación en clave modelo social y esto puede hacerse ya –sin necesidad de esperar a una reforma que no llega- pero que puede imponerse, en la práctica, desde la eficacia directa de la Convención; y los Tribunales podrían hacerlo porque tienen en sus manos un valioso instrumento para conseguirlo: art.760 Lec y es, desde luego, lo que me consta **intenta el Ministerio Fiscal** desde su día a día como garante del interés de la persona con discapacidad.

Telegráficamente puede señalarse:

-Existe en nuestro ordenamiento jurídico una presunción de capacidad jurídica de toda persona mayor de edad que sólo puede ser destruida a través de un procedimiento judicial.

-La discapacidad por sí misma no es relevante, sólo lo es si incide en la capacidad de autogobierno y, por tanto, sólo si constituye una discriminación en el ejercicio de la capacidad jurídica.

-Si la convención supera la **dicotomía capacidad jurídica-capacidad de obrar** que tradicionalmente explicamos en las facultades de Derecho, e instaura una nueva configuración de la capacidad jurídica que únicamente admite variaciones en su ejercicio conforme a un sistema de apoyos, es precisa entonces una importante reforma que suprima el procedimiento de incapacitación actualmente en vigor. Este es el verdadero problema del Derecho español y no tanto la configuración de las tradicionales instituciones tutelares que sí podrían reinterpretarse desde la Convención.

El procedimiento de incapacitación persigue constatar la falta de capacidad –total o parcial- y en función de esa constatación previa se constituye el estado civil de incapacitado y se articula un régimen de protección de la persona incapacitada. En la práctica de nuestros Tribunales, incapacitación total y sometimiento a tutela o a patria potestad prorrogada o rehabilitada.

Este es el auténtico obstáculo a la plena implantación del artículo 12 de la Convención; desde luego, debe existir un procedimiento judicial que constate **la necesidad de los apoyos** (principio de necesidad) y su correspondiente intensidad (principio de proporcionalidad); con las garantías legales exigidas hoy: intervención judicial, examen de la persona con discapacidad, audiencia de los parientes, informe técnico, médico y social que permita evaluar las facultades personales de la persona con discapacidad. Por tanto un procedimiento que no incida en la capacidad de las personas, como sucede hoy, sino que esté dirigido a constatar la necesidad y proporcionalidad de los apoyos necesarios y que nazca con fecha de caducidad, es preciso prever la duración o, en su caso, la revisión de la medida.

En función de la necesidad constatada de los apoyos y de su intensidad, el juez optará por la figura que se adapte mejor al caso concreto. *Es necesario flexibilizar la respuesta jurídica*, el artículo 1.2 de la Convención recoge una definición amplia de la

persona con discapacidad que incluye una variedad de situaciones, dotar del mismo apoyo a situaciones diversas es caer en el mismo error que hoy denunciamos.

La medida será proporcional y adaptada a las circunstancias; esto permitirá, por ejemplo, nombrar un defensor judicial para un caso concreto y determinado –en papel de asistente o representante legal-. Es preciso prever, *lege ferenda*, medidas de apoyo simples y poco onerosas.

La adopción de esta medida debe tener en cuenta las circunstancias particulares y las necesidades de la persona con discapacidad y debe partir del principio de la preservación de máxima autonomía. Por tanto los principios básicos citados hasta aquí son el principio de necesidad, el principio de proporcionalidad y el principio de la preservación de la máxima autonomía.

Adoptada la medida, su desenvolvimiento pasa por respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; el respeto a sus deseos y sentimientos se refleja en prestar asistencia a los actos que manifiesten esta voluntad y, si excepcionalmente se acogiera una medida que comportara representación, debe ser obligada la información y consulta a la persona de toda decisión relativa a las cuestiones importantes que la conciernan.

III. ¿Hay lugar para la incapacidad parcial?

Por lo tanto, mi respuesta a su pregunta ¿hay lugar para la incapacidad parcial? Es rotundamente NO. **Hay lugar para la provisión de distintos apoyos, con intensidad variable en función de las circunstancias particulares y las necesidades de la persona con discapacidad;** por lo tanto, admito el régimen de sustitución para todos aquellos casos en los que la discapacidad incida directamente en la imposibilidad de manifestar la voluntad. Pero es imprescindible expulsar y condenar la idea de **incapacidad – capacidad limitada- privación de capacidad;** este es el mandato del artículo 12 de la Convención, todos tenemos la misma capacidad jurídica y lo que varía de unos a otros son los apoyos, más o menos intensos, que precisamos para ejercer nuestra capacidad jurídica en igualdad de condiciones.

IV. ¿Cree que existen herramientas jurídicas vigentes en nuestros derechos que puedan cumplir los objetivos del sistema de apoyos previsto en la CDPCD?

Por último, considero que en el Derecho español existen algunos mecanismos que permiten alcanzar los objetivos de la convención; así, desde la previsión, pueden citarse los poderes preventivos o mandatos de protección, la autotutela o las instrucciones previas en el campo de la salud. En los casos que falte una voluntad manifestada previamente por la persona con discapacidad, considero que los regímenes de representación y asistencia, personalizados en la tutela y curatela pueden ser reinterpretados en clave de convención, sin olvidar la figura del defensor judicial, cuya intervención sería recomendable en casos concretos y puntuales, en todos aquellos casos, que son muy frecuentes en la práctica, en los que se requiere la constitución del apoyo para la conclusión de un solo acto o de un grupo de actos conexos.

En todo caso, se exige una intervención valiente del legislador que, atendiendo a los principios de la Convención y a las Recomendaciones europeas, reforme esta materia de forma monográfica y de conjunto.

Y, por último, quiero aprovechar este foro para manifestar mi preocupación en torno a la regulación de los actos personalísimos en el Derecho español y su aplicación por los Tribunales, entendiendo por tales aquellos que sólo pueden ser concluidos por su titular sin que quepa asistencia o representación.

El Código civil establece para estos actos un expediente particular y concreto que permite su conclusión si se respetan los apoyos previstos para su eficacia jurídica. Podríamos decir que se constituyen *ex lege* los apoyos necesarios para que la persona con discapacidad pueda concluir actos personalísimos; me estoy refiriendo al acto de contraer matrimonio –art.56 Cc-, al reconocimiento de hijos –art.121 Cc-; el testamento –art.665 Cc-; el Código civil, a mi juicio, con buen criterio, establece un procedimiento al margen del actual expediente de la incapacitación que permite constatar que la persona con discapacidad comprende el alcance del acto que realiza, acto concreto y momento concreto. Esto, a mi juicio, impide a los jueces, al delimitar los actos para los cuales es preciso el apoyo –sustitución o asistencia- incluir el matrimonio, el reconocimiento de hijos, el testamento (a pesar de que en la actual regulación del Código civil parece permitir al juez que excluya la capacidad de testar en la sentencia de incapacitación).

Es forzoso reconocer que son muchas las sentencias de incapacitación que incluyen en el listado de actos vedados a la persona con discapacidad el voto, el matrimonio, la vida en pareja o formar una familia, en clara contradicción con lo dispuesto en el Código civil y con los principios de la Convención (Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de abril de 2003).

Pues bien, este proceder del Código civil, debería exigirse al legislador para que suprima la privación del derecho de sufragio por sentencia de incapacitación judicial o como consecuencia del internamiento en un hospital psiquiátrico admitido en el artículo 3.1 de la ley de Régimen Electoral General y para que articule un procedimiento que permita comprobar de forma concreta y puntual la aptitud para comprender la trascendencia del acto en cuestión, el acto concreto en el momento concreto.

Como ven, tenemos una ardua tarea por delante, la adaptación de la Convención exige la intervención decidida del legislador, la aplicación respetuosa de jueces y tribunales, la formación de los operadores jurídicos y la sensibilización de nuestra sociedad.

Muchas gracias por su atención



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

**Instituto de Derechos Humanos
"Bartolomé de las Casas"**



COMITÉ ESPAÑOL
DE REPRESENTANTES
DE PERSONAS
CON DISCAPACIDAD