

LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y LA NECESARIA REFORMULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD

Francisco Lledó Yagüe
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 15 de abril de 2019
Fecha de aceptación: 6 de mayo de 2019

RESUMEN: La Convención ha obligado a cambiar el enfoque e impone la distinción entre los distintos tipos de afectación. Sobre la base de la utilización de la palabra *discapacidad*, el legislador y el intérprete se encuentran ante situaciones diversas: (i) en primer lugar, podemos encontrar personas que, desde el punto de vista personal, *sean dependientes*. Ello ocurre con personas ancianas, quienes sufren enfermedades que impiden su autonomía, como los ciegos, los sordos o los que no pueden caminar por cualquier causa. La doctrina actual considera que esta es una situación que incluye un gran número de personas y para calificarles como tales, debe atenderse a su falta de autonomía personal “a la hora de realizar una o varias de las actividades básicas de la vida diaria, ya sea por razón de edad o de enfermedad” se añaden las personas que pueden ser calificadas como *discapacitadas*, que son las que “sufren una deficiencia física, sensorial o mental, que puede afectar en mayor o menor medida a su normal desenvolvimiento”.

ABSTRACT: The Convention had forced a change in approach and required a distinction to be made between different types of impact. On the basis of the use of the word disability, the legislator and the interpreter are faced with different situations: (i) first of all, we can find people who, from a personal point of view, are dependent. This is true of the elderly, who suffer from diseases that impede their autonomy, such as the blind, the deaf or those who cannot walk for any cause. The current doctrine considers that this is a situation that includes a large number of people and to qualify them as such, their lack of personal autonomy must be addressed to perform one or more of the basic activities of daily life, either because of age or illness” are added persons who may be qualified as disabled, who are those who suffer from a physical, sensory or mental impairment, which may affect to a greater or lesser extent their normal development”.

PALABRAS CLAVE: Convención, discapacidad, guarda de hecho, curador, tutela, representación.

KEYWORDS: Convention, disability, de facto guardianship, guardianship, representation.

SUMARIO: I) La Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006): especial protección a las capacidades diferentes. II). Especial atención al artículo 12 de la Convención de Nueva York

D) LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2006): ESPECIAL PROTECCIÓN A LAS CAPACIDADES DIFERENTES.

La Convención ha obligado a cambiar el enfoque e impone la distinción entre los distintos tipos de afectación. Sobre la base de la utilización de la palabra *discapacidad*, el legislador y el intérprete se encuentran ante situaciones diversas: (i) en primer lugar, podemos encontrar personas que, desde el punto de vista personal, *sean dependientes*. Ello ocurre con personas ancianas, quienes sufren enfermedades que impiden su autonomía, como los ciegos, los sordos o los que no pueden caminar por cualquier causa³⁵⁰. La doctrina actual considera que esta es una situación que incluye un gran número de personas y para calificarles como tales, debe atenderse a su falta de autonomía personal “a la hora de realizar una o varias de las actividades básicas de la vida diaria, ya sea por razón de edad o de enfermedad” se añaden las personas que pueden ser calificadas como *discapacitadas*, que son las que “sufren una deficiencia física, sensorial o mental, que puede afectar en mayor o menor medida a su normal desenvolvimiento”³⁵¹.

Las dos anteriores categorías no modifican, por regla general, la capacidad de obrar de la persona. Nos encontramos ante personas que requieren un sistema positivo de protección, en el sentido de los complementos y atenciones a que se refiere el art. 49 CE, sistemas que pueden tener naturaleza general (p.e. la política de eliminación de barreras arquitectónicas, que pueden afectar a los poderes públicos en general y también a las comunidades de vecinos en las casas en régimen de propiedad horizontal, pero también particular, es decir, paliar la dependencia o minusvalía de la concreta persona³⁵².

³⁵⁰ También GARCÍA GARNICA, M.C. “Incapacidad y dependencia (I), concepto y evolución jurídica” en GETE ALONSO (Dir.); SOLE RESINA (Cord.) *Tratado de Derecho de la persona física*. T. III. Civitas, Thompson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 173-210.

Véase, más extensamente, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, Derechos Humanos. Serie de Capacitación Profesional nº 15, en Concreto pág. 2 (examen art. 12), pág. 7 (en qué consiste y qué es, para qué sirve la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad), pág. 8 (qué países han ratificado la Convención y cuándo entrará ésta en vigor, y como se harán cumplir las obligaciones contenidas en la Convención) y pág. 9 (en qué consiste el Protocolo Facultativo, que da al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad la autoridad para examinar denuncias individuales de violaciones de cualquiera de los derechos consagrados en la Convención, cuando la persona haya agotado las vías de recurso en el nivel nacional. Los Estados Partes de la Convención deben firmar y ratificar el Protocolo Facultativo por separado, y deben ser parte de la Convención para poder hacerlo. Como se ha señalado, a fecha 1 de julio de 2008 había 18 Estados Partes del Protocolo Facultativo, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008).

También interesante el comentario de GARCÍA ALGUACIL, “Protección jurídica de las personas con discapacidad” en Editorial Reus, 2016, págs. 17 y 18, quien explica que la Convención plantea la situación de la discapacidad, no como una cuestión que discriminara, como hasta ahora ha sucedido, sino como una situación enmarcada en el ámbito de los derechos fundamentales a través de los que se trataría de promocionar la igualdad, la autonomía y la independencia de todas las personas con discapacidad.

³⁵¹ MUÑOZ ESCANDEU, I. *Op.cit.* (implementación de la Convención de la ONU), especialmente pág. 6 cuando concluye que el cambio de modelo implica una nueva definición de las figuras de guarda y, dado el amplio ámbito de aplicación de la Convención es natural que no especifique nada al respecto, pues corresponderá a cada Estado (con sus múltiples especificidades) realizar las adaptaciones que correspondan conforme a los principios de la misma.

Fundamental el estudio de mi compañera, VIVAS TESÓN I “El nuevo marco constitucional de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU del 13 de diciembre de 2016” en *Derecho Civil Constitucional*, Editorial Marel, 2014, págs. 160 y siguientes.

Asimismo, conviene traer a colación el trabajo de AREVALO, E.J. en donde argumenta: “discurre sobre una noción de la vulnerabilidad que trascienda su vinculación con las situaciones de debilidad individual o colectiva sin excluirlas” y propone (en palabras textuales) “una concepción totalizadora del concepto, recordando que todo ser humano es esencialmente vulnerable...” en “La protección jurídica a las personas en situación de vulnerabilidad y el respeto a la autonomía de la voluntad” en *IUS Revista del Instituto de atención jurídica de Pueblo México*, nº 36. Julio-diciembre, 2015, págs. 61-88.

³⁵² ROCA TRIAS, E. “Discapacidad y Protección de los derechos fundamentales” en *Protección Jurídica de la Persona con Discapacidad* (Coord.) SERRANO GARCÍA, I y CANDAU PEREZ, A. Edit. Tirant lo Blanch, 2018, pág. 18. También MUÑOZ ESCANDELL “Implementación de la Convención de la ONU sobre Acuerdos de las personas con discapacidad y realidad de las personas con enfermedad mental”.

File:///C:/Users/Admin/Downloads/Implementaci%C3%B3n%20de%20la%20Convenci%C3%B3n%20de%20la%20ONU%20

Y así dice CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, por tanto, el tema se plantea en cuanto a la discapacidad psíquica y/o psicosocial y a su vez hemos de distinguir dentro de éstas según los tipos de discapacidad, a este respecto, son algunas las voces de preocupación por parte de la doctrina de la ausencia de referencias en la Convención a la diversidad dentro de la discapacidad pues, como hemos señalado anteriormente, las medidas necesarias para el goce y ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad física o sensorial son muy distintas de las que necesitan las personas con discapacidad psíquica o psicosocial³⁵³. Efectivamente, hasta el momento presente no toda discapacidad llevaba aparejada un proceso de incapacitación que llevase siempre a la falta absoluta de autonomía personal.

Las personas con discapacidad pasan a ser sujetos activos de derecho, dentro de la capacidad de obrar que consagra la Convención y con los apoyos externos que se necesiten, ahora bien, hay que tener sumo cuidado en las reformas legislativas que abordemos, hemos de establecer un abanico de mecanismos que permitan el fomento de la autonomía de las personas con discapacidad e impidan los abusos o influencias indebidas. En este sentido, la sociedad tiene ante sí un reto, y como señala la doctrina “el reto del artículo 12 requerirá de los Estados, de los legisladores, de los operadores jurídicos y de los tejidos sociales un enorme esfuerzo de creatividad e imaginación para establecer normativamente nuevas instituciones, basadas en otros valores, principios y conceptos”³⁵⁴.

En nuestro Cc vemos de *lege lata* se mantiene el sistema de incapacitación como principio protector del incapaz (que padezca severas anomalías físicas o psíquicas que le impidan el autogobierno de su persona). Y es como muy bien expresa CLEMENTE MEORO *Cabe considerar que toda persona impedida para gobernarse a sí misma padece una discapacidad, pero no toda discapacidad supone incapacitación. Y así concluye: la incapacitación supone un cambio de estado civil; lo que no se da con la declaración de discapacidad. El incapacitado sometido a tutela es sustituido por el tutor en cuanto a la realización de actos jurídicos, salvo los que pueda realizar por sí mismo conforme a la ley o la sentencia de incapacitación (arts. 267 Cc y 760 LEC). Sin embargo, las normas relativas a las personas con discapacidad parten de un planteamiento completamente distinto, el de su integración social y reconocimiento de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de su vida (cfr. Art. 12.2 de la Convención de Nueva York)*³⁵⁵.

II) ESPECIAL ATENCIÓN AL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Nos explica acertadamente MUÑOZ ESCANDELL la interacción entre los derechos de la Convención y la realidad de las personas con enfermedad mental, y pone de manifiesto que: la Convención propone un modelo social frente a un modelo médico-asistencial, fundamentado en la libertad personal sin discriminación alguna y dando al ser humano el lugar que le corresponde como tal. Como el propio texto indica en su artículo 1, su propósito es “*promover, proteger, y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*”.

Desde esta perspectiva se plantea su artículo 12, el reto más destacado en relación al igual reconocimiento de toda persona con discapacidad ante la ley, reconociendo su personalidad y capacidad jurídicas en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

sobre%20los%20derechos%20de%20las%20persona.pdf

También, (necesaria la lectura) de GARCÍA GARNICA, op. cit. (*Incapacidad y dependencia*) pags. 173-210.

³⁵³ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ “La Convención de los derechos de las personas con discapacidad y la actuación notarial: el notario “OMBUANAN SOCIAL”.

³⁵⁴ CASTRO-GIRONA MARTINEZ. “La Convención de los derechos de las personas con discapacidad y la actuación notarial”.

³⁵⁵ CLEMENTE MEORO, M.E. “Consentimiento prestado por persona discapacitada no incapacitada y Derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. Consideraciones en torno a la STC 208/2013 de 16 diciembre” en *Derecho Privado y Constitución*. Nº 28, enero-diciembre 2014, pág. 175.

También en cita del propio autor Vid. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. “La capacidad jurídica y la capacidad de obrar. El artículo 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*, Cuaderno de Trabajo nº 7, España: Derecho Común, Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Aprosuba, Cáceres, 2009ª, págs. 31 y ss.

Con este objetivo se arbitrarán las medidas precisas para proporcionarles el necesario apoyo en su ejercicio y las salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho Internacional en materia de derechos humanos. En ningún lugar se matiza: “excepto las personas cuya discapacidad tenga su origen en una enfermedad mental”.

El sistema de sustitución que nuestra tradición romana ha consolidado se muestra contradictorio con este precepto y la experiencia vivida lo presenta además como ineficaz. Por ello se hace necesario un nuevo sistema, un verdadero modelo de derechos humanos como el que instaura la Convención, que proteja a la persona desde su consideración como tal, desde su libertad y dignidad³⁵⁶.

Afirma con razón MONDEJAR PEÑA que la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo Facultativo, aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) han promovido un cambio fundamental en el sistema de protección de las personas discapacitadas, al optar por un modelo de apoyo o asistencia en la toma de decisiones y no por uno de representación³⁵⁷. No obstante, añadimos

³⁵⁶ MUÑOZ ESCANDELL, I. “Implementación de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y realidad de las personas con enfermedad mental”. Curso “De la Implementación de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y su aplicación por los operadores jurídicos y sociales: especial referencia al art. 12”. Mesa redonda “Las Asociaciones representativas de las personas con discapacidad en la defensa de los derechos reconocidos en la Convención. La Litigación estratégica”, págs. 3-12.

Y concluye que *el gran desafío al que nos enfrentamos por tanto es la implementación del Tratado, pero ésta difícilmente se producirá de manera espontánea, por lo que urge una auténtica revolución en nuestros comportamientos a partir de una profunda evolución moral. Desde ahí nos habremos de preguntar cómo afectan a nuestra escala de valores el mantenimiento de figuras jurídicas que contradicen los derechos humanos y actuar en consecuencia. Según Luigi Ferrajoli, “la diferencia abismal entre los derechos solemnemente proclamados en las diferentes cartas constitucionales y la desoladora ausencia de garantías que los aseguren, resulta contraria al derecho positivo vigente y se debe, principalmente, no ya a dificultades técnicas sino a la permanente falta de disposición de los poderes -cualesquiera que sean- a sufrir el coste de los límites, las reglas y los controles”* ver especialmente págs. 11-12.

Naturalmente es de necesaria lectura la propia *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Naciones Unidas*. Derechos humanos, oficina del alto comisionado para los derechos humanos. Serie de Capacitación profesional n° 15. Nueva York, Ginebra, 2008. Especial atención al tenor del art. 12. Y la explicación que la Convención tiene un carácter amplio, que los “Estados parte” están obligados a garantizar y promover la plena realización de todos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales de las personas con discapacidad, y que la Convención supone una mejora respecto de los mecanismos de vigilancia de los Tratados internacionales de derechos humanos.

³⁵⁷ MONDEJAR PEÑA, M.I. “La Guarda de las personas con discapacidad intelectual a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” en RJUAM n° 31, 2015, pag. 370. Al respecto declara en el artículo 12:

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas (...).

(A nuestro juicio un auténtico “brindis al sol...” Nos recuerda la crítica del insigne LÁZARO CARRETER, cuando hablaba de la “cáscara fónica de las palabras...”)

Véase también, VILLERO CROVETTO, B. “Implicaciones del art. 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el sistema jurídico español” en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor José González Gasera*. Coord. Domingues Liébana, 2012, pag. 109-162. Y también, Dictamen del Consejo Económico y Social de 24 de octubre de 2018 sobre el anteproyecto de ley por la que se Reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (se destaca que este art. 12 de la Convención, debe impulsar la adaptación del ordenamiento jurídico español a las obligaciones que establece la Convención de Nueva York a los “Estados parte” (vide pag. 21).

En la misma línea ALONSO PARREÑO, M^a J. “La propuesta de reforma del Código Civil en materia de discapacidad en <http://hoyderecho.expansion.com/2019/05/01/> la propuesta de reforma del código civil en materia de discapacidad. Y se

nosotros, habrá que aclarar en la práctica la “realidad de los sistemas de apoyo necesarios “.....”, ya que puede derivar en una representación atípica.....

La adaptación de la Convención requiere adaptar las normas internas al espíritu y a la terminología de este texto internacional; en este sentido, deberá hablarse de figuras de apoyo al “discapacitado”, y sustituir el término incapacitado por “persona con capacidad modificada”. También resultará preciso profundizar en la necesidad de crear nuevos mecanismos y procedimientos de apoyo para garantizar que la modificación de la capacidad de obrar sea estrictamente necesaria y el apoyo cumpla los requisitos de proporcionalidad y adecuación al fin perseguido, (sí pero, añadimos nosotros, ello requiere medios materiales y humanos.....) La necesidad de apoyo puede venir referida a decisiones patrimoniales, personales, sociales, de trabajo, salud, vida independiente, o de cualquier otra índole. La Convención no enumera las clases de apoyo que pueden prestarse al discapaz, establece un sistema abierto, en el que sólo excepcionalmente se requerirá la incapacitación, o mejor dicho en términos de la Convención, la modificación de la capacidad del discapaz (Lo difícil es la concreción, es fácil navegar en la abstracción...). En principio, se estima suficiente un cargo que apoye al discapaz sin necesidad de que éste sea su representante³⁵⁸.

En el Derecho español existen dos figuras que pueden servir a este propósito, por un lado, se encuentra la figura del *curador*, y por otro, la del *guardador de hecho*, quien de facto apoya a la persona discapacitada sin que previamente se haya incoado un procedimiento de modificación de su capacidad y sin que necesariamente las autoridades tengan conocimiento de su existencia³⁵⁹.

La cuestión fundamental en el análisis de la Convención de Nueva York (13 de diciembre de 2006) supone un salto cualitativo en el ámbito de la interpretación de la “incapacidad”, con un talante claramente garantista. Ya que se dice que todas las personas que sufran algún tipo de discapacidad “física, psíquica, sensorial, funcional o intelectual son verdaderos sujetos de derechos y obligaciones con capacidad jurídica y de obrar, en igualdad de condiciones. Lo que hemos visto ha obligado al prelegislador, en la redacción del anteproyecto de ley, a llevar a cabo una profunda revisión y adaptación no sólo de los conceptos jurídicos (capacidad jurídica y de obrar; sino también de las instituciones de guarda, potenciando la curatela y reconociendo y reglamentando la figura de la guarda de hecho (como analizaremos *infra*).

“Desde el punto de vista normativo, la Convención adopta el modelo de los Derechos humanos, según el cual la persona con cualquier tipo de discapacidad tiene reconocidos y garantizados todos los derechos en igualdad de condiciones que los otros, así como la preocupación de toda la administración pública y los actores sociales porque se cumpla ese reconocimiento y se otorguen

concluye que no ha de olvidarse que el art. 12 de la Convención es de aplicación y entra en vigor en nuestro país el 3 de mayo de 2008.

También GARCÍA LORENTE, J. “La Convención y el derecho de defensa” en *Curso De la implementación de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y su aplicación por los operadores jurídicos y sociales: especial referencia al art. 12*. Consejo General del Poder Judicial. Zaragoza, 5-7 de mayo de 2010 <file:///C:/Users/Admin/Downloads/La%20Convenci%C3%B3n%20y%20el%20derecho%20de%20defensa.pdf> Pág.5. Y concluye el autor: El instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, publicado en el B.O.E. nº 96 de 21 de abril de 2008, contiene tres normas específicas que inciden en el Derecho de Defensa, e impulsan la modificación de determinados procedimientos, entre ellos los de Modificación de la Capacidad de Obrar, las Incapacidades Laborales, las Declaraciones de Discapacidad, y las Valoraciones de las Situaciones de Dependencia y sus efectos.

También RIO FERNÁNDEZ, L. “La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y su aplicación al derecho privado” en *Curso De la implementación de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad y su aplicación por los operadores jurídicos y sociales: especial referencia al art. 12*. Consejo General del Poder Judicial. Zaragoza, 5-7 de mayo de 2010. Págs. 3,4,14. El autor resalta el hecho de la unificación de la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable. Se impone “mecanismos de apoyo adecuados para garantizar a la persona con discapacidad su “plena capacidad de ejercicio para realizar cualquier acto o negocio jurídico. Asimismo, se restringe y limita el instrumento de la incapacitación. Y se robustece la capacidad de las personas con discapacidad solas o con “apoyos” para que puedan informar en todos los negocios jurídicos.

³⁵⁸ MONDEJAR PEÑA, M.I. *Op. cit.* pág. 371 y también de MONDEJAR PEÑA, M.I. “La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho” en *Derecho de Familia*, Editorial Thomson Reuters, 2011, págs. 2013 - 2078.

³⁵⁹ MONDEJAR PEÑA, M.I. *Op. cit.* pág. 371. Y también el mismo autor, “La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho” en *Derecho de Familia*, Edit. Thomson Reuters, 2011, págs. 2013 a 2078. Asimismo, LESCANO FERIA, P. *La guarda de hecho*. Edit. Dykinson, Madrid, 2017. Quien nos da una definición acertada de la Guarda de hecho, diferenciándola de la “gestión de negocios ajenos (*vide* pág. 44). Establece con claridad sistemática las “fases de la Guarda de hecho” (págs. 54-83).

los medios necesarios para que satisfaga su interés. Bajo esta perspectiva, la persona con discapacidad, es para todo, “sujeto de derecho” y no objeto de meras políticas asistenciales que tienen un perfil más de beneficencia y solidaridad que de verdadero respeto de los derechos (¿sí, pero cómo se aplica en la realidad, en la vida cotidiana de residencias de “tercera edad” y los juzgados y su XXXX interpretativa...?). Durante mucho tiempo, en incluso ahora, se ha tenido una concepción errada del discapacitado, otorgándole el sello indeleble de “enfermo” que necesita medidas para tratar su “minusvalía” y protección frente a los actos de terceros. En esta situación, el “mejor” mecanismo de defensa era el aislamiento y la no participación en la sociedad. Este contexto va en contra de la Convención, por ello habrá que proveer una solución más acorde con su espíritu, lo que no implica estructurar un modelo específico de Derechos para la persona con discapacidad por ser diferente; sino, promover, de manera general, el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones y eliminar cualquier tipo de práctica social que la discrimine en razón de su discapacidad, colocándola en situaciones de desventaja frente a los demás (añadimos por nuestra parte, “la teoría no se compadece con la práctica”...). Para lograr el objetivo, el discapacitado debe tener la posibilidad de actuar con verdadera autonomía e independencia individual y tomar sus propias decisiones. En este contexto resulta de interés la capacidad jurídica la que es “condición *sine que non* a los efectos del goce y ejercicio de todos los derechos, en igualdad de oportunidades” y se accede a toda una gama de derechos acorde con la dignidad de la persona. No obstante, la capacidad jurídica ha sido tratada, exclusivamente, por el Derecho privado, el cual, acorde a su función, intenta intervenir en el tráfico jurídico con el fin de proteger la seguridad de éste; olvidando que detrás existe un conjunto de personas que claman por ser escuchadas y pretenden ser los artífices de cada aspecto de su vida. Ahora, ya es tiempo de abordar la capacidad jurídica desde la óptica de los derechos humanos y para este cometido la Convención de las Naciones Unidas ha plasmado su enfoque social”³⁶⁰. A nuestro juicio, la interpretación conceptual en la terminología de la Convención de Nueva York es muy distinta al modo de entender “capacidad jurídica *versus* capacidad de obrar” en muchos textos legales.

Así, dice GARCÍA ALGUACIL, que la Convención ha incorporado dos elementos esenciales en el marco de la discapacidad: por una parte, el papel determinante de la persona con discapacidad en la sociedad en igualdad de condiciones que los demás, independientemente de la disfunción física o psíquica que padezca; y por otro, la necesidad de apoyos puntuales con los que habrá de contar la misma, a fin de poder ejercitar todos y cada uno de sus derechos, sin tener para ello que sustituirse en su voluntad³⁶¹.

La primera se refiere a los derechos. La Convención exige tratar la discapacidad desde la perspectiva de los derechos y no desde una perspectiva asistencial. Exige dejar de lado la solidaridad y la caridad mal entendidas para pasar a considerar la discapacidad como un discurso fuerte en el que tengan acogidas las demandas éticamente justificadas y amparadas por el modelo de la diversidad. Y así se repite insistentemente que la discapacidad no es producto tanto de la enfermedad como de la situación en la que se encuentran ubicadas esas personas en la sociedad. Y finalmente la tercera, se refiere al concepto de capacidad jurídica a la que alude el art. 12, cuya adaptación legislativa aún no se ha producido³⁶². Pero de la lectura del texto de la Convención, el concepto de capacidad jurídica, es diferente al modo de entenderla en nuestro Código civil.

Y como dice CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, ahora bien, no sólo el artículo 12 impone esta obligación a los Estados firmantes; sino que a lo largo de todo su articulado enumera las medidas necesarias, que deberán adoptar los diferentes países signatarios, para remover los obstáculos que puedan suponer desigualdad o trato discriminatorio respecto de las personas con discapacidad, así, pensemos en el artículo 8, que habla de “promover la toma de conciencia respecto de las capacidades.... de las personas con discapacidad” o en el artículo 26 que señala

³⁶⁰ MONDEJAR PEÑA, M.I. *Op. cit.* pág. 371. Es interesante y bien centrado el comentario de LESCANO FERIA, P. “La guarda de hecho a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad” en *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* (Dir.) ALCAIN MARTINEZ, E. (coord.) ALVAREZ RAMIREZ, G., Edit. Tirant Lo Blanch, 2015.

³⁶¹ GARCIA ALGUACIL, M.J. *Op. cit.* (“La protección jurídica de las personas con discapacidad”) págs. 18 y 19, y cita la autora a AZUA BERRA, P. “Evolución de la legislación española en materia de discapacidad en la etapa democrática”, en *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*. Dir. PÉREZ BUENO, L.C., Edit. Thomson-Reuters, Navarra, 2009, pág. 140.

³⁶² GARCIA ALGUACIL, M.J. *Op. cit.* pág. 19

que los Estados adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el “apoyo” de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional y la inclusión y participación en todos los aspectos de la vida, o el artículo 32.1 que, basándose en la importancia de la cooperación internacional, señala como medida “el facilitar y apoyar el fomento de la capacidad incluso mediante el intercambio y la distribución de información, experiencias, programas de formación y prácticas recomendadas entre los Estados”³⁶³.

En fin, la idea es, siguiendo la inteligencia de la Convención de Nueva York (otra cuestión distinta será la adaptación y extrapolación de estos principios a las distintas legislaciones de los diferentes países) implica un cambio de mentalidad, en la que están comprometidos todos los operadores jurídicos, sociales y económicos que convierten en realidad estos requisitos reformistas.

Así las cosas, la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York, y su protocolo, no tiene otro propósito que promover el “goce en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad”³⁶⁴. Que no deja de ser una pleonástica declaración de principios (“en el cielo de los conceptos” como diría el maestro I. Hering).

Como dice PEREÑA VICENTE, la Convención supone una oportunidad única para llevar a cabo una reflexión seria sobre qué modelo queremos para los más vulnerables de nuestra sociedad, para nosotros mismos si nos llegamos a encontrar en tal situación. En esta reflexión debemos escuchar lo que nos dicen quienes día a día están al lado de las personas vulnerables: los que ejercen los cargos tutelares, los médicos y las familias, que son las grandes olvidadas de estas reformas. Quizás, algunos deben olvidar ciertos dogmatismos y otros el espejismo que produce utilizar eufemismos y palabras políticamente correctas para designar realidades dolorosas y, en muchos casos, límite. Podemos hablar de un sistema de apoyos sin hacer referencia a incapacitación ni a tutela, pero ¿en qué va a consistir la labor de quien presta el apoyo cuando la persona a la que apoya no está en condiciones físicas o psíquicas de manifestar su voluntad? Podremos llamarlo de muchas maneras, pero al final su labor será la que ahora corresponde al tutor, es difícil inventar otra forma de “apoyar” a la persona vulnerable en los casos más graves. Y, si la enfermedad no es totalmente incapacitante, podremos designar una persona que preste esos apoyos, y esa es, precisamente, la labor actual del curador³⁶⁵.

De ahí que sea muy importante, como dice CAMPO IZQUIERDO, saber **“para qué y por qué”**

³⁶³ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, “La Convención...” *Op. cit.* Asimismo, muy recomendable MERINO HERNÁNDEZ, J.L., “Nuevo Tratamiento de la discapacidad en el Código Civil Español” en *Standum est Chartae* (Revista digital del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza), último número. Reafirma el criterio que la capacidad jurídica y capacidad de obrar se “erigen en pilares básicos...”

También remitirnos al interesante documento de trabajo elaborado por el Ministerio de Justicia sobre la posible 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. Cuyos criterios, como se refiere a la unificación de la capacidad jurídica y de obrar, y ahora sólo de *lege ferenda* se hablará de capacidad jurídica. Se suprime la incapacitación, y es sustituida por un “sistema de apoyo” (un “traje a medida” del sujeto incapaz), siempre que respetando su “autonomía y el derecho de autodeterminación”. Como dice el Documento de Trabajo, siempre respetándose “los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” y así se dice, que la “modificación de la capacidad” será la estrictamente necesaria para proteger los intereses de la persona. Se modifica el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y así se profundiza en la “exigencia de determinar en la sentencia los actos o categoría de actos que la persona con capacidad modificada no puede realizar por sí sola y se potencia la figura de “apoyo y protección más adecuada”.

³⁶⁴ Informe del CGPJ sobre el anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (29 de noviembre de 2018) - Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), pág. 4.

³⁶⁵ PEREÑA VICENTE, M. “La Convención de las Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica” en *LA LEY* 15234/2011, pág. 5. Como bien dice CUENCA GÓMEZ, P., aunque desde el año 2009 se inició una nueva etapa en la jurisprudencia del tribunal Supremo que afirma que la incapacitación debe articularse como un “traje a medida” en función de la concreta situación de la persona y que defiende la curatela, entendida como una figura de asistencia, como régimen preferente frente a la sustitución general que supone la tutela, esta nueva jurisprudencia todavía no es seguida mayoritariamente por las sentencias de instancia y, en todo caso, continúa admitiendo la procedencia de la limitación, incluso total, de la capacidad de obrar y la posibilidad de recurrir a la tutela, y a la sustitución absoluta voluntad, para la protección del mejor interés de la persona como medida excepcional. Por todo ello, resulta imprescindible acometer con urgencia –y en diálogo constructivo con el movimiento de las personas con discapacidad de acuerdo a los mandatos de la *Convención*– la revisión de la regulación civil española de la capacidad jurídica. “Reflexiones sobre el anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad de las personas con discapacidad” en *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho-CEFD*. N° 38, 2018. ISSN: 1138-9877, 10.7203/CEFD, 38.12549, especialmente pág. 84.

se inicia el proceso y si la estimación de esta pretensión va a suponer algún beneficio a la persona. Estas dos cuestiones se las debe plantear quien presente la demanda, así como los fiscales y los jueces, sabiendo que, si con la sentencia no se genera un real y práctico beneficio a la persona con discapacidad, algo se ha hecho mal. En este sentido, la función del juez no es solo la del árbitro o director del proceso, sino que también pasa a ser activo integrante del mismo, sin ser una parte procesal, pero interesado en la aportación de todo el material probatorio: informes, audiciones de parientes, examen personal de la persona con discapacidad, a fin de obtener una imagen real de lo que sucede y adoptar las medidas de apoyo adecuadas³⁶⁶.

La protección de la persona vulnerable es un tema muy complejo en el que cada caso es diferente y en el que, por desgracia, no existen soluciones milagro. Comencemos por mejorar lo que tenemos, por reclamar más medios en el ámbito judicial, más formación, que también es una de las exigencias de la Convención, pero nadie lo menciona, más especialización. El legislador debería ser más riguroso en las reformas que introduce y debemos vigilar por que la incorporación, plausible y deseada del principio de autonomía de la voluntad no suponga una contractualización de la protección de las personas vulnerables como está ocurriendo con los poderes preventivos, ya que una institución tipificada para agilizar el tráfico jurídico se está aplicando sin matices y sin las necesarias adaptaciones para una finalidad que no era la suya y esto puede generar graves perjuicios para la persona que, entre otras cosas, va a quedar desprotegida frente a sus propios actos que seguirán presumiéndose válidos³⁶⁷. No podemos estar más de acuerdo con estas sensatas afirmaciones.

³⁶⁶ CAMPO IZQUIERDO, A. L. “Los procesos judiciales a la luz de la Convención de Nueva York, derechos de las personas con discapacidad” en *Ley Derecho de familia*. N° 2, abril 2014, págs. 3-4

³⁶⁷ PEREÑA VICENTE, M. “La Convención de Naciones Unidas...” *Op. cit.* Pág. 2.