

LA CONVENCIÓN ONU DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA PRÁCTICA JUDICIAL ESPAÑOLA: UNA DÉCADA DE ACIERTOS Y DESACIERTOS

UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES IN SPANISH JUDICIAL PRACTICE: A DECADE OF SUCCESSES AND FAILURES

Inmaculada Vivas-Tesón

Profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Sevilla (España).
Galardonada con el Primer Premio de Premio de Investigación del Observatorio Estatal de la Discapacidad por su trabajo titulado “Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español” y miembro del Comité de Apoyo del CERMI para el seguimiento de la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Resumen: Hito normativo (y, añadiríamos, sociocultural) de enorme repercusión que supone un punto de inflexión al marcar un antes y un después, lo es la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, la cual ha venido a cambiar radicalmente el panorama jurídico en esta materia, no por establecer nuevos derechos humanos a los ya proclamados en otros Acuerdos Internacionales, sino por introducir un nuevo concepto de discapacidad y contemplar medidas de no discriminación y de acción positiva para lograr la efectiva tutela de las personas con diversidad funcional. Su carácter preceptivo y vinculante obliga a los países y organizaciones que ratifiquen la Convención a adaptar sus legislaciones nacionales a los principios, valores y mandatos proclamados en ella. En el presente trabajo se realiza un recorrido crítico por los pronunciamientos judiciales españoles que han aplicado la Convención en estos diez años.

Palabras clave: Discapacidad. Derechos humanos. Dignidad. Sentencias judiciales.

Abstract: The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, adopted on 2006, represents a regulatory (and, we may add, socio-cultural) milestone, a landmark of enormous repercussion, which signifies a turning point, radically changing the legal scene regarding this matter. However it did not bring this about by establishing new human rights in addition to those already proclaimed in other International Agreements, which does not establish them in any case, but by introducing a new approach to disability and considering measures of non-discrimination and positive action in order to achieve the effective protection of persons with disabilities. Its mandatory and binding nature obliges countries and organizations to ratify the Convention to adapt their national legislation to the principles, values and mandates proclaimed in the abovementioned international Agreement. In this article we will carry out a critical review of spanish judicial decisions applying UN Convention during these ten years.

Keywords: Disability. Human rights. Dignity. Judicial decisions.

Sumario: **1** Los derechos de las personas con discapacidad en España: una relectura bajo la Convención de Nueva York – **2** La aplicación judicial de la Convención durante su década de vigencia en el ordenamiento jurídico español

1 Los derechos de las personas con discapacidad en España: una relectura bajo la Convención de Nueva York

Este año estamos de aniversario. La Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad cumple diez años de vigencia en España.

El 3 de mayo de 2008 (instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007, publicado en el BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008 y con entrada en vigor el 3 de mayo de 2008), en virtud de lo dispuesto por el art. 96.1 de la Constitución española de 1978 y por el art. 1.5 del Código civil de 1889, la Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 entró a formar parte del Ordenamiento jurídico español,¹ siendo un instrumento que advierte a España y a los restantes Estados y Organizaciones supranacionales (como la Unión Europea)² firmantes³ que el único abordaje que puede hacerse de la discapacidad es desde los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona.

Conforme a los principios, valores y mandatos contenidos en dicho Tratado internacional, se han producido significativos avances e importantes conquistas en la inclusión y plena ciudadanía de las personas con diversidad funcional (cuatro millones de la población española,⁴ si bien es preciso destacar que las estadísticas

¹ Nuestro legislador, quien ha experimentado una evolución terminológica en la materia, se ha percatado de la enorme importancia de un cuidadoso uso del lenguaje en el entorno de la discapacidad y, así, ya la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, lleva por rúbrica “Protección patrimonial de las personas con discapacidad” (no “discapacitadas”), estableciendo en la Disposición Adicional 8ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, que las referencias contenidas en los textos normativos a los “minusválidos” y a las “personas con minusvalía”, se entenderán realizadas a “personas con discapacidad”, y que dicho término será el utilizado para denominarlas en las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas.

² La Unión Europea ratificó la Convención en el año 2011, siendo la primera vez que dicha organización supranacional llega a ser parte de un Tratado internacional.

³ Los signatarios y ratificaciones de la Convención y Protocolo Facultativo pueden consultarse en <<http://www.un.org/spanish/disabilities/countries.asp?id=578>>. Acceso em: 23 abr. 2018.

⁴ Los únicos datos estadísticos oficiales de los cuales disponemos en España son los de la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (conocida como EDAD) del Instituto Nacional de Estadística, publicada en noviembre de 2008 (si reparamos en la fecha, es más que probable que las cifras se hayan incrementado en estos años), conforme a la cual en nuestro país, alrededor de un

en materia de discapacidad son, a día de hoy, una asignatura pendiente) y siguen suscitándose importantes cambios jurídicos y de políticas públicas no sólo en nuestro país, sino también en todos los Estados y organizaciones signatarios de este primer gran Tratado del sistema universal de derechos humanos del Siglo XXI.

Los legisladores, los gobernantes, los operadores jurídicos, los medios de comunicación y, en general, toda la ciudadanía, desde sus responsabilidades profesionales, prácticas y, muy especialmente, actitudes personales, deben tomar conciencia de la realidad existencial diaria de las personas con discapacidad y del enfoque de derechos que preconiza la Convención, el cual debe calar profundamente en todos los ámbitos de la sociedad, diseñada, sin ninguna duda, para personas “sanas” o “normales”.

Es indudable que la Convención ONU ha marcado, a nivel mundial, un antes y un después en la promoción y protección de los derechos humanos de las personas con capacidades diferentes.⁵ A raíz de dicho Instrumento internacional, se mira la discapacidad con otros ojos, en clave de derechos. En realidad, no reconoce ningún derecho nuevo o, tal vez, sí, uno: el derecho de la persona a la diversidad y a recibir los apoyos necesarios para realizar su propio recorrido vital de manera independiente y autónoma. Sus principios cardinales son “in dubio pro capacitas” e “intervención mínima”.⁶

El art. 12 de la Convención, su brillante estrella polar, contempla el tránsito de un modelo rehabilitador (asistencial en función del diagnóstico clínico) a uno social o de dignidad humana, lo que ha supuesto, sin duda alguna, un auténtico cambio de paradigma. Se ha dejado de esconder a las personas con discapacidad, consideradas durante mucho tiempo seres inferiores o ciudadanos de segunda clase; ahora son visibles como plenos sujetos de derecho. “Estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad”, afirma el Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1ª) en su Sentencia de 7 de julio de 2014.

8,5% de la población, esto es, más de 3,8 millones de personas residentes en hogares españoles, por sexo, más de 2,30 millones de mujeres frente a 1,55 de hombres (puede consultarse en <www.ine.es/prensa/np524.pdf>. Acceso em: 23 abr. 2018).

⁵ En el ámbito de la discapacidad, se percibe, claramente, la reciente “humanización” que están experimentando los legisladores internacionales, europeos y nacionales, como señalábamos en VIVAS TESÓN, Inmaculada. Retos actuales en la protección jurídica de la discapacidad. *Revista Pensar*, v. 20, n. 3, 2015. p. 825. Disponible em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4110>>. Acceso em: 23 abr. 2018.

⁶ V. GANZENMÜLLER ROIG, Carlos (Dir.). *Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especializados en la Protección de las Personas con Discapacidad y Tutelas del 19 y 20 de Octubre de 2009*. La efectiva aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus efectos en el Derecho interno. Ministerio Fiscal, 2009. Disponible em: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CONCLUSIONES%20JORNADAS%20DE%20FISCALES.pdf?idFile=6433245e-22f9-4531-953f-24f39027a998>. Acceso em: 23 abr. 2018.

Surge el principio del interés superior de la persona con discapacidad,⁷ siendo necesario poner todos los medios posibles para conocer su voluntad, sus deseos, sus preferencias. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1ª) de 30 de septiembre de 2014 señala:

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

Y continúa:

a tenor de lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la voluntad de la persona discapacitada (en el caso, incapacitada por decisión judicial) debe ser respetada salvo que razones objetivas permitan concluir que ello la perjudicaría.

Como expresa el Alto tribunal (Sala de lo civil, Sección 1ª) en su Sentencia de 16 de mayo de 2017, la Convención

opta por un modelo de apoyos para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3). Se trata, como declara el art. 1 de la Convención, de 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. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad respeten los derechos,

⁷ La reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 8 de noviembre de 2017, en relación a un caso de designación de quién ha de desempeñar el cargo de tutor de una persona con capacidad judicialmente modificada, afirma expresamente en su FJ 2º: “no existe ninguna duda de que el interés de la persona con discapacidad es el interés superior; interés que se encuentra por encima de cualquier otro”.

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. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención). Desde esta perspectiva debe interpretarse lo dispuesto en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento civil [...]. (FJ. 5ª)

De este modo, revisten especial importancia los “ajustes razonables”, que, según el art. 2 de la Convención, son

las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 2 de noviembre de 2009 considera que

la entrada en vigor de la Convención debe llevar consigo, obviamente, la adaptación de la normativa española al instrumento internacional en todo aquello que lo contravenga, pero también permite a los órganos judiciales, inmediatamente, interpretar la normativa vigente de conformidad con la Convención, completando las lagunas de nuestro ordenamiento jurídico con el propio texto de la Convención, garantizando así la efectiva aplicación de los derechos reconocidos en la norma internacional a las personas con discapacidad.

En el caso enjuiciado, se consideró un “ajuste razonable” la exoneración a determinadas personas con discapacidad de las exigencias previstas como requisitos para la obtención de una beca para cursar 4º de Derecho, de manera que resultara garantizada la no discriminación de las personas con discapacidad en el ejercicio de su derecho a acceder a la educación superior.

Un paso muy importante se ha dado recientemente con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 14 de diciembre de 2017, en la que resolviendo un caso relativo a un alumno que presentaba una situación de discapacidad, en concreto, trastorno de espectro autista (TEA), y cuyos padres reclamaban la escolarización en un centro educativo ordinario, impugnando la resolución de la Administración educativa que había

decidido su escolarización en un centro de educación especial, establece los principios y contenidos esenciales del derecho a la educación inclusiva (vid., a propósito de ello, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de enero de 2014) y las exigencias que deben cumplir las Administraciones Educativas, debiéndose interpretar la normativa sobre la materia conforme el art. 24 de la Convención. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que, como señala el Informe “Estado mundial de la Infancia 2013: niños y niñas con discapacidad” de UNICEF,⁸

la inclusión va más allá de la integración. Por ejemplo, en la esfera educativa, la integración significaría, sencillamente, admitir a los niños y niñas con discapacidad en las escuelas ‘generales’. La inclusión, sin embargo, solo es posible cuando el diseño y la administración de las escuelas permiten que todos los niños y las niñas participen juntos de una educación de calidad y de las oportunidades de recreación. Esto supondría proporcionar a los estudiantes con discapacidad facilidades como acceso al sistema braille y al lenguaje de señas, y adaptar los planes de estudios.

Si bien contamos con numerosas herramientas jurídicas tuitivas creadas por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (la autotutela, el poder preventivo, el patrimonio especialmente protegido, la sustitución fideicomisaria que grava la legítima estricta en favor de hijo con capacidad modificada, etc., eficaces mecanismos de protección pero aún, lamentablemente, muy desconocidos)⁹ y se han ido sucediendo diversas reformas de adecuación del Ordenamiento jurídico español a los dictados de la Convención ONU (la más reciente, la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, según la cual, desde febrero de 2018, las personas con discapacidad ya pueden formar parte del jurado popular, lo que es conforme al art. 13 del Tratado internacional), con alguna imperdonable metedura de pata por parte de nuestro legislador¹⁰ y una

⁸ Puede consultarse en <https://www.unicef.org/spanish/sowc2013/files/SPANISH-SOWC13-Ex_Summary_Lo-res_web.pdf>. Acceso em: 23 abr. 2018.

⁹ Para un estudio más detenido de tales instrumentos jurídicos tuitivos, vid. VIVAS TESSÓN, Inmaculada. *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*. Madrid: Difusión Jurídica, 2010. p. 113-177.

¹⁰ La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria modificó la redacción del art. 56 del Código civil en los siguientes términos “si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el secretario judicial, notario, encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”, lo que suponía una discriminación contra las personas con discapacidad al contraer

evidente disfunción (a nuestro entender, la imprescindible exigencia normativa de un reconocimiento formal de discapacidad con un grado mínimo del 33% no encaja en absoluto en la definición de discapacidad contenida en el art. 1, pfo. 2º de la Convención y, por tanto, creemos que no se ajusta al modelo social de la misma como sí, en cambio, el art. 2.a) del 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 discapacidad¹¹ y de su inclusión social, así como el art. 25 del Código penal en su redacción de 2015),¹² se echa en falta que, a día de hoy, a punto de cumplirse diez años desde que el Tratado aterrizara felizmente en nuestro Ordenamiento, aún no se haya afrontado la reforma (prometida expresamente por el legislador en dos ocasiones)¹³ del procedimiento de modificación de la capacidad de la persona (lo único que se ha cambiado, por ahora, es su nomenclatura: “incapacitación judicial”), perdiéndose una magnífica ocasión con la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. De este modo, seguimos sin aplicar las recomendaciones del Comité de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad en las observaciones finales al Informe de España en cuanto a revisar

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

matrimonio. Tras la Ley Ordinaria 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se modifica lo dispuesto en el art. 56 del Código Civil, éste pasa a tener el siguiente tenor literal: “el Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

- ¹¹ Art. 2: “A efectos de esta ley se entiende por: a) Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.
- ¹² Art. 25: “A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”.
- ¹³ Concretamente, en la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, así como en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

y las preferencias de la persona. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes.¹⁴

A ello ha de sumarse que centenares de personas se hallan privadas, incomprensiblemente, de su derecho al sufragio activo y miles de mujeres, niñas y adolescentes (quienes suponen el 60% de las personas con diversidad funcional) hayan sido esterilizadas forzosamente sin su consentimiento, en contravención de lo dispuesto por el art. 23 de la Convención.¹⁵

Educación segregada, falta de accesibilidad (física y, sobre todo, cognitiva) de entornos, productos y servicios son otras de las muchas violaciones sistemáticas de derechos humanos que son intolerables tras una década de vigencia del Tratado internacional en nuestro país. La discriminación por discapacidad o disfobia se ha incrementado en los últimos años en España.¹⁶

En materia de capacidad jurídica de la persona no estamos cumpliendo con el mandato del art. 12 de la CDPD como sí, en cambio, lo están haciendo otros

¹⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención, UN Doc. CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, par. 34.

¹⁵ En España, la esterilización forzosa y el aborto coercitivo siguen practicándose en el caso de las mujeres y niñas con discapacidad intelectual o psicosocial, consideradas socialmente “no aptas” para ser madres, sin contar con su consentimiento o sin que comprendan el propósito de la intervención quirúrgica y bajo el pretexto de su bienestar. Pese a las numerosas voces que se han alzado para reformar el Código Penal con el fin de prohibir la esterilización forzosa, la reforma de dicho Cuerpo legal ha acontecido recientemente en 2015 pero, en nuestra opinión, al legislador le ha faltado valentía para llegar hasta el final. El nuevo art. 156 CP dispone que “no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”. Como puede comprobarse, la esterilización forzosa o involuntaria no es punible cuando se trate de una persona que no pueda prestar, “de forma permanente”, su consentimiento. Habrá que esperar a la interpretación que de dichas tres palabras realicen nuestros órganos judiciales.

¹⁶ Según el Informe anual del Ministerio del Interior, en 2015 se produjeron 226 incidentes relacionados con la discapacidad, mientras que en 2016 fueron 262, experimentándose, por tanto, un incremento del +15,9%. En 2016, la discapacidad ocupa el segundo lugar entre los distintos contextos establecidos en el Sistema Estadístico de Criminalidad, tras el de “racismo y xenofobia”. Disponible em: <<http://www.interior.gob.es/documents/10180/5791067/ESTUDIO+INCIDENTES+DELITOS+DE+ODIO+2016.pdf/c5ef4121-ae02-4368-ac1b-ce5cc7e731c2>>. Acceso em: 23 abr. 2018.

países de nuestro entorno europeo como Francia, Italia, Alemania o Austria¹⁷ o de fuera de él como, entre otros, Brasil¹⁸ o, próximamente, Perú.¹⁹

Ante la pasividad de nuestro legislador de reformar el procedimiento de modificación de la capacidad (confiamos en que, por fin, vea la luz en el presente año, como ha anunciado la Sección 1ª de la Comisión General de Codificación), es como si la Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad, norma de nuestro Ordenamiento jurídico con fuerza vinculante, directamente aplicable y susceptible de ser invocada (así lo reconoce expresamente la Instrucción 1/2017, de 27 de marzo, de la Fiscalía General del Estado sobre la actuación del fiscal para la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual),²⁰ estuviera excluida del célebre principio *iura novit curia*.

Sólo algunos jueces y tribunales (a los que han de sumarse, por supuesto, otros operadores jurídicos) con cierta sensibilidad hacia los derechos de las personas con discapacidad están haciendo cambiar, a golpe de sentencia, la visión de las cosas en este ámbito. Y si bien debemos felicitarnos por ello, tampoco se nos oculta que el respeto de los derechos y la dignidad de la persona diversamente capaz se ha convertido en una auténtica “lotería judicial”, al depender de que toque un juzgador que conozca (e interprete adecuadamente, lo que no siempre sucede) o no una norma de tan profundo calado. La existencia de la persona con diversidad funcional y el respeto de sus derechos y libertades no puede quedar al albur de sensibilidades y buenas voluntades, sino del estricto cumplimiento de un mandato normativo. No sólo existe una gran inseguridad jurídica, sino que, además, el daño ocasionado cuando se priva indebidamente a la persona de su capacidad jurídica nombrándosele un representante que gobierne su vida en lugar de un mecanismo de apoyo o asistencia para la toma de decisiones personales y patrimoniales, incluso aunque con posterioridad dicha decisión judicial fuera revocada en segunda instancia, es irreparable.

¹⁷ Para un análisis con mayor profundidad, vid. VIVAS TESÓN, Inmaculada. *Más allá de la capacidad de entender y querer*. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español. Olivenza (Badajoz): Futuex, 2012. p. 40 y ss. Disponible em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=494711>>. Acceso em: 23 abr. 2018.

¹⁸ Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

¹⁹ Proyecto de Ley Nº 872/2016-CR, que modifica el Código Civil, el Código Procesal Civil y la Ley de “Notariado en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”. Disponible em: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0087220170112.pdf>. Acceso em: 23 abr. 2018.

²⁰ Disponible em: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INSTRUCCION%201-2017%20%20PROTECCION%20IMAGEN%20MENORES%20CON%20DISCAPACIDAD.pdf?idFile=dbf8197e-058d-4934-bc68-c39a01a5cf38>. Acceso em: 23 abr. 2018

Tampoco es respetuoso con la persona con discapacidad nuestro Código civil en materia testamentaria, cuando en su art. 697 exige que al acto de otorgamiento del testamento abierto concurren dos testigos idóneos:

2º. Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.

De este modo, el precepto dispensa un trato desigual y desproporcionado a las personas con discapacidad a la hora de testar, quienes, ante la presencia de los testigos, no pueden gozar de su derecho de sigilo respecto de su voluntad testamentaria como los demás testadores. Bastaría con que se pusieran todos los medios necesarios para que la información y documentación testamentaria fuera accesible y comprensible para la persona.

Las personas con capacidades diferentes deben poder disfrutar de su plena ciudadanía. En relación a esto último, cabe reseñar las enormes dificultades que las personas con discapacidad encuentran para acceder a los derechos y a los bienes sociales básicos. En este sentido, destacamos la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de enero de 2018, la cual resuelve un recurso de amparo contra las resoluciones de la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidades de Madrid que, si bien reconocieron el grado de dependencia solicitado al recurrente con una discapacidad del 65%, le denegaron, por motivo de edad (haber rebasado los 60 años), el tratamiento de servicio residencial para personas con discapacidad, concediéndosele una plaza en una residencia para personas mayores, sin tratamiento para su discapacidad, y una asignación de 300 euros mensuales hasta tanto no ingresase en ella. El Tribunal Constitucional considera que existe discriminación múltiple del recurrente por razón de edad y discapacidad.

2 La aplicación judicial de la Convención durante su década de vigencia en el ordenamiento jurídico español

Podría afirmarse que el punto de partida en relación a la doctrina jurisprudencial generada por la aplicación de la Convención ONU comenzó con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1ª) de 29 de abril de 2009, apegada al

actual sistema legal de incapacitación judicial de 1983,²¹ el cual fue considerado por el Alto tribunal acorde con los principios de la Convención de Nueva York:²²

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

Esta doctrina (que, adelantamos, no compartimos) ha sido posteriormente reiterada, con algunos matices, por las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de

²¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera. In: GUILARTE MARTÍN-CALERO (Dir.); GARCÍA MEDINA (Coord.). *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016. p. 59-60.

²² La citada Sentencia afirma en su Fundamento Jurídico 5º: “Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Hay que leer por tanto conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE, por lo que: a) La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección. En este sentido ha sido siempre entendida la incapacitación, como pone de relieve, entre otras la sentencia de esta Sala de 16 septiembre 1999 que declaró que “implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial” (asimismo STS de 14 julio 2004). b) No es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad. c) La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (artículo 14 CE), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección”.

lo civil, Sección 1ª) de 11 de octubre de 2012, 24 de junio de 2013, 1 de julio de 2014, 13 de mayo y 18 de diciembre de 2015.

La Convención contempla un modelo de apoyos necesarios para que la persona ejercite su capacidad jurídica, apoyos que, como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1ª) de 27 de noviembre de 2014:

no enumera ni acota pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales para, en definitiva, procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas, que sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones con los demás, como se ha dicho en el informe del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014), sobre el contenido normativo del artículo 12 de la Convención.

En nuestra opinión, el procedimiento de modificación de la capacidad no se ajusta a dicho Instrumento internacional. No podemos seguir adelante dando mayor uso a la curatela²³ en detrimento de la tutela pero construyendo a la persona a pasar, necesariamente, por una previa declaración judicial de incapacitación a la cual se llega a través de un juicio contradictorio que suele durar, aproximadamente, un año. Ello no se ajusta ni mucho menos al sistema de apoyos previsto en la Convención. Para proteger a la persona no es preciso incapacitar.²⁴ Nada avanzamos si nos limitamos a cambiar el término “incapacitación” por el de “modificación judicial de la capacidad”, pues de lo que se trata es de desplazar el centro de gravedad a la autonomía individual y autodeterminación de la persona con apoyos (sólo cuando éstos sean necesarios) y no de mantenerla en el ámbito de la incapacidad.

²³ Vid. DE SALAS MURILLO, Sofía. Repensar la curatela. *Derecho Privado y Constitución*, n. 27, p. 11-48, 2013 y BOTELLO HERMOSA, Pedro. La sentencia del Tribunal Supremo 421/2013, de 24 de junio de 2013, como prueba de la eficiente adaptación del artículo 12 a través de la curatela. *Actualidad Civil*, n. 9, p. 10-15, 2015 y El refuerzo de la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención ONU sobre derechos de personas con discapacidad al Ordenamiento jurídico español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 91, n. 749, p. 1345-1380.

²⁴ Ya tuvimos ocasión de manifestar nuestra opinión hace años en VIVAS TESSÓN, Inmaculada. Una propuesta de reforma del sistema tutitivo español: proteger sin incapacitar. *Revista de Derecho Privado*, año 96, p. 3-40, 2012.

En materia de alimentos, nuestro Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1ª), en su Sentencia de 7 de julio de 2014,²⁵ en relación a un hijo mayor de edad con esquizofrenia paranoide reconocida superior al 65% (sin modificación judicial de la capacidad) que sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, afirma en su Fundamento Jurídico 2º:

la Convención sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano que al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del incapacitado en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad. Decir que el hijo conserva sus derechos para hacerlos efectivos en el juicio de alimentos, siempre que se den los requisitos exigidos en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, no solo no responde a esta finalidad, sino que no da respuesta inmediata al problema. El problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 CC, pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico.

²⁵ Vid. VIVAS TESÓN, Inmaculada. La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor in potestate a efectos de alimentos matrimoniales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 90, n. 745, p. 2510-2541, 2014.

Y sienta la siguiente doctrina “la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos”, la cual ha sido reproducida por las posteriores Sentencias del Alto tribunal (Sala de lo civil, Sección 1ª) de 10 de octubre de 2014 y 17 de julio de 2015.

Sin embargo, la Convención no siempre es correctamente entendida y, por consiguiente, aplicada por nuestros jueces y tribunales. En la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1ª) de 13 de diciembre de 2017 el caso de autos difiere de los pronunciamientos recién reseñados, dado que el alimentista, hijo mayor de edad con discapacidad, desarrolla una actividad laboral remunerada y, por tanto, cuenta con ingresos propios.

A la vista de ello y de la situación del progenitor alimentante, en incapacidad laboral y sin capacidad económica para pagar la pensión alimenticia de su hijo fijada en su momento en el procedimiento de separación matrimonial, el Juzgado de Primera Instancia declara extinguida la obligación del demandante de prestar alimentos a su hijo. Sin embargo, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y revoca el fallo, manteniendo la pensión de alimentos a cargo del hijo al sostener que:

la supresión de los alimentos vulnera lo dispuesto en el artículo 39.3 CC y en los artículos 93 y 142 del Código Civil, ya que los progenitores están obligados a prestar alimentos a sus hijos menores de edad y a los mayores, como en este caso, discapacitados que no pueden mantenerse por sí mismos: La Convención Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos de Personas con Discapacidad, que ha sido ratificada por España en fecha 23 de noviembre de 2007, reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y la mejora continua de sus condiciones de vida (STS 7 de julio 2014).

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el padre demandante, manteniendo, en su integridad, el fallo de primera instancia al considerar que:

1. La respuesta al problema planteado es simplista y desviada de lo que debió tenerse en cuenta para resolverlo. La sentencia da a entender que todos y cada uno de los supuestos de minusvalía, física, mental,

intelectual o sensorial, conllevan la misma solución y que a todos ellos resulta de aplicación la doctrina de esta sala que cita, relativizando los principios y fundamentos que resultan de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006, sin ofrecer una respuesta adaptada a las particulares circunstancias de las personas afectada por la minusvalía, y sin valorar si son o no necesarios los apoyos que la Convención ofrece, referidos en este caso a la continuidad de la prestación alimenticia en favor de un hijo mayor de edad, cuya minusvalía resulta de la enfermedad de Crohn, a cargo de un padre en situación de incapacidad absoluta para toda actividad laboral. (FJ 2º)

Así las cosas, la Convención de Nueva York no obliga a establecer apoyos a la persona con diversidad funcional en todo caso, esto es, de manera automática por el hecho mismo de la discapacidad, sino sólo cuando sean imprescindibles y necesarios para llevar una vida independiente. Las ayudas o apoyos (personales, económicos, sociales, educacionales, etc.) son meros complementos ortopédicos que proceden sólo cuando la persona los necesite para el ejercicio efectivo de sus derechos (sólo en caso de no ver bien necesitaré gafas o cuando tenga dificultad para caminar haré uso de una muleta o bastón), de modo que la Convención ONU propugna un modelo de apoyos de diversa índole y personalizados para favorecer la autodeterminación del sujeto en atención a sus concretas circunstancias vitales. Por consiguiente, no siendo preciso el apoyo alimenticio en el caso enjuiciado al contar el hijo alimentista con ingresos suficientes para hacer frente a sus necesidades, la solución al mismo viene dada por la mera aplicación de los artículos 146, 147 y 152 del Código civil, razón por la cual se declara su extinción.

Si bien la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014 realiza una equiparación entre hijos mayores de edad con discapacidad reconocida (no declarada judicialmente) y menores de edad, aquélla no es absoluta, siéndolo sólo a efectos de alimentos y no de vivienda familiar, como precisa en su Sentencia de 19 de enero de 2017:

el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el Ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad. Esta equiparación la hizo esta Sala en las reseñadas sentencias en supuestos muy concretos

de prestación de alimentos y con un evidente interés de que puedan superar esta condición de precariedad mediante un apoyo económico complementario y siempre con la posibilidad de que los alimentos puedan ser atendidos por el alimentante en su casa. «Sin que ello suponga ninguna disminución (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico», dice la Sentencia 372/2914 de 7 de julio.

El interés de las personas mayores con discapacidad depende de muchos factores: depende de su estado y grado, físico, mental, intelectual o sensorial; de una correcta evaluación de su estado; del acierto en la adopción de los apoyos en la toma de decisiones y de la elección de la persona o institución encargada de hacerlo, que proteja y promueva sus intereses como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado, y un respeto a su derecho a formar su voluntad y preferencias, que le dé la oportunidad de vivir de forma independiente y de tener control sobre su vida diaria, siempre que sea posible, lo que supone, como en este caso ocurre, que la toma de decisiones derivadas del divorcio de los padres sea asumida por la hija y no por su madre.

Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art. 142 CC). En lo que aquí interesa supone que una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores.

El alcance del deber alimenticio de cada uno, transcurrido el tiempo de uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, estará en función de los recursos y medios del alimentante y de las necesidades del alimentista, así como de la posibilidad de prestarlos. (FJ 2^o)

Debemos dar cuenta de un reciente pronunciamiento judicial que ha roto moldes en relación a la atribución de la guarda y custodia de los hijos.²⁶ Se trata de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1^a) de 23 de enero de 2018, la cual ha impuesto a un padre la custodia compartida (a cuyo régimen se opuso) de sus dos hijos menores de edad, padeciendo uno de ellos, desde temprana edad, trastorno de desarrollo y retraso madurativo con discapacidad reconocida del 33%, situación considerablemente agravada en la adolescencia.

En el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo en 2013 se había asignado a la madre la guarda y custodia individual de los dos hijos del matrimonio y un régimen de visitas al padre. Con posterioridad, la madre, al pasar a encontrarse, de manera sobrevenida, en una complicada situación personal (además de sus obligaciones laborales –enfermera con rotación de turnos-, el cuidado permanente de los hijos y la atención especial del menor con diversidad funcional, tras dejar de contar para ello con el imprescindible apoyo de sus padres a causa de una grave enfermedad de uno de ellos, quién falleció durante el proceso), solicita, en un procedimiento de modificación de las medidas acordadas en su momento, mayor implicación del padre en el cuidado de sus hijos (en dicho momento, de 14 y 16 años de edad). La madre solicita, como pretensión subsidiaria de no ser posible el establecimiento del régimen de custodia compartida, el aumento de la pensión alimenticia para atender los gastos de contratación de una persona especializada para atender al hijo con diversidad funcional. El padre también solicita modificación de medidas ante la negativa del hijo a pernoctar con él, oponiéndose al régimen de custodia compartida, a pesar de que sólo trabaja por las mañanas, lo que le permitiría dedicarse al cuidado de sus hijos.

El Juzgado de primera instancia decide mantener la custodia materna, pero incrementa la pensión de alimentos del hijo a cargo del progenitor no custodio en 75 euros.

Interpuesto recurso de apelación por la madre, el padre se opone impugnando, además, el incremento de la pensión de alimentos establecida a su cargo al reputar que la actual es ajustada, proporcionada y atiende suficientemente las

²⁶ En relación a la protección de los hijos en el seno de una ruptura parental tuvimos ocasión de pronunciarnos en nuestro trabajo VIVAS TESÓN, Inmaculada. Protección de la discapacidad en el seno de la ruptura parental. *La Ley Derecho de Familia*, n. 10, p. 1-17, abr./jun. 2016.

necesidades de los hijos comunes. Por su parte, el Ministerio Fiscal se adhiere parcialmente al recurso de apelación de la madre, interesando, en esencia, el incremento de las pernoctas de los hijos con el padre y el aumento de la pensión de alimentos a cargo del padre, oponiéndose al recurso de éste.

La Audiencia Provincial, al resolver sendos recursos de apelación, hace las siguientes consideraciones en el Fundamento Jurídico 3º de su Sentencia: “el art. 90.3 del C.c., en su última redacción establece que: «3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código».

Como viene señalando el Tribunal Supremo “esta redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio ‘sustancial’, pero sí cierto” (v.gr. Sentencia de fecha 12 de abril de 2016 dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo). Apreciado así el interés del menor en correspondencia a los mandatos normativos internos e internacionales que lo tutelan (art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 2011[sic], el art. 39 de la Constitución, y el art. 2 de la Ley 1/1996 de Protección del Menor). Revocándose por ello aquellas sentencias que “petrifican” la situación de la menor desde el momento del convenio regulador aprobado judicialmente “sin atender a los cambios que desde entonces se han producido”, como precisa la Sentencia 390/2015, de 26 de junio. Así en particular “el hecho de que un determinado régimen establecido se haya «venido llevando a cabo, sin incidencia alguna” desde su inicio, desde sus inicios con determinada edad del menor, “no es especialmente significativo para impedirlo. Lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo de los hijos y deja sin valorar el mejor interés del menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen STS, Sala de lo Civil, Sección: 1ª, 29/11/2013 (rec. 494/2012)” (STS, Civil Sección 1ª de 25 de octubre de 2017). Habiéndose considerado entre otros parámetros para valorar el cambio de circunstancias relevante desde la fecha de la sentencia antecedente a estos efectos la propia evolución de los menores por razón de edad (STS 17.10.2017), dado que ello supone cambios sustanciales en la personalidad de los mismos, debiendo comprender con mayor razón las peculiaridades de los supuestos de hijos discapacitados, que demandan una mayor atención y exigencia de corresponsabilidad parental. Sin perjuicio de valorar conjuntamente con ello

la estabilidad perseguida en los mismos, conflictividad subsistente en la pareja, dificultades de comunicación, posibilidades de conciliación de vida familiar y profesional, deseos de los menores, y desde luego la capacitación e idoneidad personal de cada progenitor. Habiendo incidido el Tribunal Supremo en Sentencias de 21 de julio y 27 de septiembre de 2011, en la nota de Derecho dinámico que caracteriza el Derecho de familia e insiste en la posibilidad de efectuar un seguimiento del modelo de guarda establecido. En la primera de las citadas recuerda que “en esta materia decisiones judiciales pueden ser modificadas mediante el procedimiento de modificación de medidas siempre que las nuevas circunstancias sean favorables al interés del menor” y la segunda citada señala que “este tribunal no puede decidir sobre la conveniencia general o no de esta forma de protección del hijo en los casos de separación de los padres sino de si ello es conveniente para aquel menor en el concreto momento y todo teniendo en cuenta que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando han cambiado las circunstancias por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas”.

Por lo demás es cierto que en la actualidad se establece como modelo preferible o preferido el de la guarda compartida entre los progenitores. Ahora bien, esta preferencia legal frente a la guarda individual solo se dará si las circunstancias concurrentes avalan su adopción de modo que deberá ceder si es contraria al interés del menor, porque el modelo preferente es aquel que mejor tutela el interés del menor, considerando a estos efectos a los anteriores parámetros señalados.

Descendiendo al caso de autos, la Audiencia Provincial, consciente de que “las peculiaridades del estado mental y evolución de la personalidad del referido menor no permiten aventurar una certidumbre plena sobre la repercusión o alcance venidero del cambio de régimen”, considera aconsejable “la adopción de un régimen paritario y lo más equilibrado posible de consideración a ambos menores, que comprende la análoga exigencia de partes sobre los mismos, y de un modo estructural y no meramente coyuntural, que únicamente el establecimiento de un régimen de custodia compartida puede abarcar”.

Y continúa afirmando:

la oportunidad del cambio sobrevenido, se valora así de acicate o estímulo a la progresión e implicación más intensa en la corresponsabilidad de ambos padres para el mejor desarrollo y atención sobre los dos menores, y en particular del hijo de discapacitado.

La conflictividad, por otro lado, de los progenitores en el marco del régimen de custodia exclusiva de la madre hasta la fecha considerado, resultaba así en el presente caso otro elemento que cuestiona la persistencia de dicha situación previa, sirviendo con

mayor razón -y contradictoriamente a lo que ocurre en los supuestos ordinarios sin hijos con discapacidad-, para apreciar prudencialmente la necesidad del cambio de régimen interesado. Ello por cuanto no cabe desconectar además que las desavenencias de aquellos se relacionan o implican directamente con el estado y evolución adversa del menor discapacitado.

En el caso, no se advierte mayor duda de la realidad apreciable y apreciada por todos -cada uno a los efectos que a su instancia interesaba- del cambio circunstancial de la evolución de la conducta del menor, con los hechos y episodios diversos conocidos y vividos por ambos padres, e incremento de las dificultades de su adecuado control y atención al compás de su crecimiento y mayor edad, y que evidenciaban los distintos informes de autos. Realidad por sí misma que dejaba cuestionada por insuficiente y sobrepasada tanto la medida vigente de la sola custodia materna hasta la fecha mantenida, como la de su mera modificación parcial en cuanto a las visitas paternas, dada la entidad del problema familiar que subyace entre las partes de autos, y que por su peculiaridad y alcance exige extremar las posibilidades y deberes respectivos de ambos, sin que pueda por, ello hacerse recaer sobre ninguna de ellas en particular o con mayor protagonismo personal como hasta la fecha resultaba, esencialmente a través de la madre demandada. Habiendo decaído, respecto de esta última además, la red de apoyo sustentada en la figura de su padre y abuelo de los menores, recientemente fallecido, como circunstancia relevante asimismo a considerar, precipitando la entera crisis de sostenimiento familiar finalmente avocada a esta alzada.

Así las cosas, consciente de la excepcionalidad de las circunstancias del caso y pese al estrecho margen de tiempo por la cercana mayoría de edad de los hijos, la Audiencia Provincial, fija un régimen de custodia compartida de alternancia semanal (de lunes a lunes) con supresión de visitas intersemanales y períodos vacaciones por mitad, el cual

brinda la oportunidad de poner en juego la mejor estrategia y habilidades de conciliación de las partes en beneficio de los menores, con suficiencia para superar en todo momento el riesgo de enfrentamientos que pudieren propiciarse con ocasión de la sucesión en los periodos de las estancias cortas que la previsión de custodia compartida semanal comprende, hasta la esperada normalización de las relaciones familiares mutuas venideras, apartándola de su actual judicialización.

En relación a la pensión de alimentos:

cada progenitor abonará los gastos ordinarios de sostenimiento de los menores durante el tiempo en que estén bajo su cuidado. Los gastos extraordinarios se abonarán en la misma proporción entre partes en que se venían atendiendo hasta la fecha a conformidad de las mismas.

Todo lo cual se advierte, por su sencillez, de perfecto encaje en el caso, al menos, como punto de partida y sin perjuicio de su mejor desarrollo o desenvolvimiento oportuno que fuere preciso, conforme a las dificultades que su práctica ponga de manifiesto. Remitiéndonos al efecto, al debido entendimiento de partes, con preferencia a cualquier intervención judicial.

En materia sucesoria destacamos un pronunciamiento muy reciente del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, el cual versa sobre la impugnación de dos testamentos notariales otorgados por una mujer con discapacidad intelectual, siendo el primero de ellos otorgado antes de la sentencia de modificación judicial de la capacidad pero cuando el Ministerio fiscal ya había instado el procedimiento judicial de modificación de la capacidad de obrar, en tanto que el segundo testamento fue otorgado con posterioridad a la sentencia que había sometido a la testadora a curatela para la realización de actos de disposición sin expresa mención a la facultad de testar. Familiares no beneficiados testamentariamente solicitan la declaración de nulidad de ambos testamentos por no tener capacidad bastante para otorgarlos o, alternativamente, por no cumplir las correspondientes formalidades.

En apoyo de su pretensión los demandantes sostienen que la testadora carecía de capacidad bastante para otorgar los testamentos al no estar en su sano juicio y no poder comprender el alcance del acto dispositivo que estaba realizando, por padecer desde siempre de discapacidad intelectual. Respecto del segundo de los testamentos añaden que, además, tenía modificada judicialmente su capacidad cuando lo otorgó.

Por su parte, la parte demandada se opone alegando que la testadora padecía una minusvalía que no le impedía hacer vida autónoma y desenvolverse en su vida privada con independencia y que la sentencia que la incapacitó la consideraba apta para la vida normal y cotidiana, limitando su capacidad para los actos de disposición inter vivos, no para otorgar testamento. Respecto del segundo testamento añaden que fue otorgado cumpliendo las previsiones del art. 665 CC, dado que el notario requirió la intervención de dos facultativos de los que la testadora era paciente.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara la nulidad de los testamentos otorgados ante notario por no tener capacidad bastante para otorgarlos. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia provincial lo estima, revocando la sentencia de instancia, concluyendo:

Lo que revela una capacidad de juicio suficiente y una voluntad clara y coherente expresada en los testamentos, de dejar sus bienes, tanto en 1993, como cuando estaba ya diagnosticada de cáncer terminal y preveía su fin, a las personas que le prestaron su apoyo durante toda su vida y en quienes confiaba, que no son otras que su prima Isabel y la hija de ésta y es claro su deseo en todo momento exteriorizado de excluir de su sucesión a su cuñada con quien no tenía ninguna relación afectiva positiva y por extensión, a los hijos de ella hoy actores; voluntad clara, inequívoca, coherente y decidida que se mantiene en el tiempo y que obliga a considerar capaz a la causante cuando otorgó el testamento en el año 2012, en lo que coincidieron el notario y los facultativos que la examinaron, por lo que dejamos sin efecto la declaración de nulidad de dicho testamento y también la del otorgado en el año 1993 que responde a la misma voluntad, de acuerdo con el propio informe de la demandada que señala que la capacidad de la finada debido a su enfermedad no experimentó cambios en el tiempo por lo que ha de deducirse que era la misma que en el año 2012, en aquella fecha, por todo lo cual se revoca la apelada y se desestima la demanda.

Los demandantes interponen recurso de casación planteando la cuestión de si puede otorgar testamento conforme al art. 665 CC una persona que, de acuerdo con lo dispuesto en una sentencia de modificación de la capacidad de obrar, precisa de la intervención del curador para realizar actos de disposición. El Tribunal Supremo lo desestima por los siguientes motivos:

1.ª) El principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE, art. 322 CC, art. 760.1 LEC, ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. La Convención proclama como objetivo general el de 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 así como promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1).

2.ª) De manera específica para el testamento, el art. 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe «expresamente». De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción. En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad.

3.ª) Atendiendo a su diferente naturaleza y caracteres, la disposición de bienes mortis causa no puede equipararse a los actos de disposición inter vivos y existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual.

4.ª) Partiendo de que el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC), ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento.

5.ª) Conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar testamento, debe atenderse al estado en el que el testador se halle al tiempo de otorgar el testamento (art. 666 CC). Por eso, el testamento hecho antes de la «enajenación mental» es válido (art. 664). Por eso también el notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (art. 685 CC).

6.ª) Con el fin de garantizar la suficiencia mental del testador, para el otorgamiento de testamento por la persona con la capacidad modificada judicialmente el art. 665 CC impone una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos.

Como ha declarado reiteradamente esta sala, ello no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes (entre otras, sentencias de esta sala 250/2004, de 29 de marzo, 289/2008, de 26 de abril, 685/2009, de 5 de noviembre, 20/2015, de 22 de enero, 435/2015, de 10 de septiembre, 461/2016, de 7 de julio).

Así las cosas, el Tribunal Supremo concluye en el Fundamento Jurídico 5º de su Sentencia:

La aplicación al caso de la doctrina expuesta lleva a desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia de la Audiencia Provincial. De acuerdo con lo dicho, acierta la sentencia recurrida cuando afirma que la limitación de la capacidad de obrar establecida

por la sentencia que exige la intervención del curador para los actos de disposición no puede interpretarse en el sentido de que prive de la capacidad para otorgar testamento. El testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades exigidas por el art. 665 CC y no se desvirtúa el juicio de capacidad del notario favorable a la capacidad para testar mediante otras pruebas cumplidas y convincentes.

Todo un acierto, a nuestro modo de ver.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VIVAS TESSÓN, Inmaculada. La Convención ONU de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la práctica judicial española: una década de aciertos y desaciertos. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 127-150, out./dez. 2018.

Recebido em: 23.04.2018
1º parecer em: 06.05.2018
2º parecer em: 17.07.2018