

Grado Universitario en Derecho
2021-2022

Trabajo Fin de Grado

“Protección legal de las personas con discapacidad en España”

Lucas López Lago

Tutor

Ángel Llamas Cascón

Getafe, septiembre de 2022



[Incluir en el caso del interés de su publicación en el archivo abierto]

Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons **Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada**

RESUMEN

Este trabajo analiza la situación actual de los derechos de las personas con discapacidad en España, a la luz de la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. En primer término, se conceptualiza el nuevo modelo social de discapacidad y se establecen sus principales críticas. En segundo término, se examinan los aspectos positivos y negativos de la nueva regulación sobre las medidas de apoyo de las personas con discapacidad.

En el desarrollo de este trabajo se ha recurrido a doctrina de numerosos autores jurídicos, a legislación española y francesa, a jurisprudencia española, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y a diversas resoluciones y observaciones de las Naciones Unidas.

En consecuencia, se evalúa de forma generalmente positiva las novedades que trae consigo la Ley 8/2021 en relación con la protección legal de las personas con discapacidad en España

PALABRAS CLAVE

Modelo social de discapacidad; personas con discapacidad; diversidad funcional; personalidad jurídica; capacidad jurídica; sistema de apoyo para la adopción de decisiones.

ABSTRACT

This paper analyses the current situation of the rights of persons with disabilities in Spain, in the light of the reform introduced by Law 8/2021 and the 2006 Convention on the Rights of Persons with Disabilities. In the first place, the new social model of disability is conceptualized and its main criticisms are established. Secondly, the positive and negative aspects of the new regulation regarding support measures on decision-making are examined.

This project is mainly based on the writings of various Spanish legal writers, on Spanish and French law, on Spanish case law, on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and on some resolutions and observations of the United Nations.

As a consequence, the provisions brought about by Law 8/2021 in regard to the legal protection of persons with disabilities in Spain are generally evaluated positively.

KEY WORDS

Social model of disability; persons with disabilities; functional diversity; legal personality; legal capacity; model of supported decision-making.

DEDICATORIA

Agradezco a mi madre, Beatriz; a mis hermanos,
Clara Rosa y Vicente; a Peter; a mi tutor y a mis
compañeros y amigos por el apoyo prestado durante los
meses de redacción de este trabajo.

ÍNDICE GENERAL

- 1. INTRODUCCIÓN.**
- 2. ESTADO DE LA CUESTIÓN.**
 - 2.1. El modelo social de discapacidad.**
 - 2.2. El papel de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.**
 - 2.2.1. La elaboración de la Convención.
 - 2.2.2. Los derechos contenidos en la Convención.
 - 2.3. Modelos legislativos de discapacidad en España. Del sistema de sustitución en la toma de decisiones al sistema de apoyo en la toma de decisiones.**
 - 2.3.1. Sistema de tutela familiar. La perspectiva asistencialista.
 - 2.3.2. Sistema de tutela de autoridad. El paso a la perspectiva de los derechos.
 - 2.3.3. Sistema de apoyo en la toma de decisiones.
- 3. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN.**
 - 3.1. El alcance de la reforma introducida por la Ley 8/2021.**
 - 3.1.1. Aspectos esenciales de la reforma del Código Civil.
 - 3.1.2. Aspectos esenciales de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
 - 3.1.3. Aspectos esenciales de la reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.
 - 3.2. Análisis de la situación legal de la discapacidad en el derecho comparado.**
 - 3.3. Principales líneas jurisprudenciales en España.**
- 4. CONCLUSIONES.**
- 5. BIBLIOGRAFÍA.**

ABREVIATURAS

Art.	Artículo.
CE	Constitución Española de 1978.
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.
CIF	Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud.
CDPD	Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
FVI	Foro de Vida Independiente.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LGD	Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social.
LIONDAU	Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
LISMI	Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
Párr.	Párrafo.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
Vol.	Volumen.

1. INTRODUCCIÓN.

Las personas con discapacidad pertenecen a un colectivo históricamente discriminado, al que se le ha negado el reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones. De esta forma, durante décadas la discapacidad estuvo excluida del discurso de los derechos humanos por parte de los Estados. Sin embargo, con la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (en adelante, la “CDPD” o la “Convención”) la discapacidad ha tomado una posición central en el desarrollo de políticas relativas a los derechos humanos.

En un primer momento, la ratificación de la Convención por parte de España en 2008 originó una contradicción entre la regulación relativa a la incapacitación en el Código civil español y el artículo 12 de la CDPD. Tras numerosas leyes en materia de discapacidad, la reforma introducida por la Ley 8/2021 supone un significativo cambio en materia del reconocimiento de la capacidad jurídica que exige la Convención y para la cual se precisaba una importante reforma en las leyes sustantivas y procesales españolas.

Tanto la CDPD como la reforma introducida por la Ley 8/2021 se inscriben en el modelo social de discapacidad, que abandona el anterior modelo médico-rehabilitador, por considerar que la discapacidad no trae su causa únicamente en una deficiencia física, psíquica o sensorial. En consecuencia, el modelo social establece que el origen de la discapacidad se encuentra generalmente en las barreras y los obstáculos sociales que impiden la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad.

En este contexto, la necesidad de un nuevo marco jurídico de la discapacidad en España se fundamenta en que los restrictivos sistemas de guarda, que no tomaban en consideración la voluntad, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad, impedían de forma relevante el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Los antecedentes históricos a este sistema de apoyo en la toma de decisiones se encuentran definidos por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, y por las leyes en materia de discapacidad, entre las que se encuentran la LISMI, la Ley 41/2003, la LIONDAU, la Ley 39/2006 y la LGD. No obstante, la creación de un Comité Especial por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2001 para analizar la posibilidad de elaborar una convención

específica sobre los derechos de las personas con discapacidad supuso un avance decisivo hacia este modelo social.

El objetivo general de este trabajo es evaluar si el modelo social de la discapacidad y la igualdad en el reconocimiento de la capacidad jurídica han sido acogidos efectivamente en España tras las últimas reformas legales. Los objetivos específicos se centran en analizar el recorrido histórico de los distintos modelos de capacidad y las críticas a los mismos y examinar los distintos modelos legislativos y jurisprudencia que han dado lugar al actual tratamiento legal de las personas con discapacidad en España.

Este trabajo utilizará una metodología analítica, mediante la que se expondrán las diversas teorías relativas a la discapacidad y al modelo social y las técnicas legislativas utilizadas en España para adaptar el modelo de discapacidad vigente en derechos sustantivos y políticas públicas para las personas con diversidad funcional.

Por su parte, la estructura del trabajo se detendrá en los siguientes puntos. En primer lugar, se llevará a cabo un recorrido histórico por los modelos de discapacidad precedentes y sus respectivas críticas y se abordará una conceptualización del modelo social

En segundo y tercer lugar, se analizarán los puntos más relevantes de la CDPD y los derechos que recoge, así como el desarrollo de los modelos legislativos de discapacidad existentes en España hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

En cuarto y quinto lugar, se mencionarán aspectos claves en la reforma introducida en las leyes sustantivas y procesales españolas por la Ley 8/2021 y se hará un estudio de derecho comparado entre el Derecho civil francés y el Derecho civil español en materia de capacidad jurídica, sistemas de tutela y medidas de apoyo de las personas con discapacidad.

Por último, se analizará las líneas jurisprudenciales en materia de discapacidad a la luz de la CDPD y la reforma introducida por la Ley 8/2021.

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

2.1. El modelo social de la discapacidad.

El modelo social de la discapacidad es un nuevo paradigma en las teorías de justicia contemporáneas que contemplan la discapacidad como una situación derivada de las estructuras sociales, económicas, políticas y culturales, en lugar de un rasgo que trae causa en un conjunto de deficiencias personales. Durante los últimos años han surgido importantes normas y esfuerzos académicos para enfocar la discapacidad desde el punto de vista normativo de los derechos humanos, dejando atrás las políticas de corte asistencial.

Así, en el plano jurídico internacional, este modelo se ha materializado en la aprobación de la CDPD de 2006 y, a nivel de Derecho interno, en una serie de normas, entre las que destaca la LGD, y la recién entrada en vigor Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal en apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, la Ley 8/2021).

La redacción de estos textos normativos marca un significativo cambio en el tratamiento de la discapacidad, siendo particularmente novedoso el concepto de discapacidad que maneja la Convención. Este texto sostiene que la discapacidad es un concepto “*que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”¹. En otras palabras, de la Convención se extrae un concepto de discapacidad basado en una situación en que se encuentran las personas y que reviste generalmente de un origen social.

A fin de abordar esta cuestión, se hace necesario un acercamiento histórico a la discapacidad. Para ello, se pueden distinguir tres grandes periodos que se refieren a los siguientes tres modelos: el modelo de la prescindencia, el modelo médico-rehabilitador y el modelo social. En primer lugar, el modelo de prescindencia fue relevante durante la Antigüedad, la Edad Media y hasta principios del siglo XX. La autora Agustina Palacios puntualiza que “este modelo se explica a partir de dos presupuestos, uno relacionado

¹ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008). *Preámbulo e*).

con la causa de la discapacidad y otro con el rol del discapacitado en la sociedad”². De esta forma, bajo el segundo presupuesto se entiende que la persona con discapacidad no tenía nada que aportar a la sociedad. Así, en la Antigua Grecia, al menor con discapacidad se le daba la muerte o, en el caso de los territorios donde se expandió el cristianismo, los menores con discapacidad eran condenados a vivir alejados del núcleo social.

En segundo lugar, a partir del fin de la Primera Guerra Mundial, surge el modelo médico-rehabilitador. Debido al gran número de soldados mutilados tras la guerra y fruto de las primeras legislaciones de la seguridad social, este modelo comienza a considerar la discapacidad como una serie de enfermedades susceptibles de recibir tratamientos. Así, bajo este modelo, las personas con discapacidad, en tanto que fueran rehabilitadas, podrían aportar algo a la comunidad. Las principales críticas de este modelo señalan, de una parte, que el tratamiento institucionalizado trae consigo la marginación de la persona con discapacidad y, por otro parte, que este modelo contribuye a moldear una identidad donde la persona con discapacidad se define por su enfermedad.

Por último, los inicios del paradigma social datan en la década de setenta del siglo XX en Reino Unido, con los movimientos “*Union of the Physically Impaired Against Segregation*” (UPIAS) y “*Liberation Network of People with Disabilities*” y, en Estados Unidos, con el movimiento de “Foro de Vida Independiente” (en adelante, “FVI”). Durante este periodo, los activistas con discapacidad y las organizaciones formadas por estos reclamaban un cambio en relación con las barreras sociales y ambientales que dificultaban la inclusión de las personas con deficiencias, tales como el transporte, la accesibilidad de los edificios o los estereotipos culturales. A este respecto, se distinguen en sus posturas el modelo norteamericano, centrado en el capitalismo de mercado, y el modelo británico que pone el foco en la promoción del Estado de bienestar para atender a las personas con discapacidad³.

² Velarde Lizama, V. (2012). Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico. *Revista empresa y humanismo*, Vol IX, Nº1, p. 117.

³ Palacios, A. (2008). El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cermi, p. 107.

Partiendo de la premisa del modelo social, resulta esencial hacer uso de un lenguaje riguroso cuando se habla de las personas con discapacidad. Por ello, se ha de evitar el empleo los términos “minusválido”, “inválido” o “disminuido”, pese a la inclusión de este último en el art. 49 de la Constitución Española de 1978. La utilización de estas expresiones no es recomendada dado a que, en reconocimiento de la dignidad de las personas, no cabe apreciar que alguna ostente mayor valor que otra. En su lugar, las personas con discapacidad pueden lograr realizar las mismas actividades de forma diversa, y es su interacción con las barreras sociales lo que dificulta su integración. En este sentido, las dos alternativas más extendidas son el concepto de ‘discapacidad’ y el de ‘diversidad funcional’.

El debate entre las posiciones que plantea el empleo de un término u otro no se encuentra exento de discrepancias. Por un lado, el concepto de diversidad funcional que fue propuesto por el FVI en enero de 2005 como un modelo allá de los modelos médico y social⁴. Mediante el término “hombres y mujeres con diversidad funcional” explican que las personas funcionan de forma ‘diversa’. Por ejemplo, mientras una persona sorda se comunica mediante lengua de signos o gestos, el resto de la población lo hace generalmente de forma oral. En esta línea, se argumenta que el entorno construido por una sociedad depende de sus estándares de normalidad. Así, en una sociedad donde la mayoría de las personas no vieran, los medios de grabación y reproducción sonoros estarían mucho más desarrollados.

Por otro lado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (OMS, 2001) han apostado por el concepto de discapacidad, refiriéndose al colectivo de personas con discapacidad de la forma enunciada. Entre las posiciones críticas con el modelo de la diversidad funcional, se destaca el argumento de la justicia retributiva, que cuestiona el modelo de la diversidad por su insuficiencia para justificar las políticas de discriminación positiva y la necesidad de dedicar recursos públicos a la atención de las personas con diversidad funcional⁵.

⁴ Románach Cabrero, J. y Lobato Galindo, M. (2005). Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano.

⁵ Canimas Brugué, J. (2015) ¿Discapacidad o diversidad funcional?. Ediciones Universidad Salamanca. Siglo Cero, vol. 46 (2), n.º 254, 2015, abril-junio, p. 85.

La solución no parece clara pues, mientras el término de diversidad funcional es correcto y enfatiza la cuestión de la diferencia entre las personas, parece fallar, en primer término, a la hora de justificar por qué son necesarios más recursos y atenciones a las personas con diversidad funcional y, en segundo término, al ofrecer una valoración neutra de la diversidad funcional, sin distinguir la existencia de unas situaciones menos deseables que otras.

En este sentido, el autor Canimas Brugué explica como, bajo este modelo, parece que debería respetarse la decisión de que unos padres no autoricen una intervención quirúrgica no riesgosa que asegure que su hijo menor de edad no pierda la visión o el oído. A pesar de ello, buena parte de las asociaciones y fundaciones de personas con discapacidad, así como la amplia mayoría de normativa siguen incorporando y prefiriendo el concepto de discapacidad. En ese contexto, se debe asumir el uso de ambos términos, teniendo en consideración el modelo al que se refieren.

Dentro del modelo social de discapacidad, la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (en adelante, CIF) diferencia entre ‘enfermedad’ o trastorno y ‘deficiencia’, al mismo tiempo que concede dos definiciones de ‘discapacidad’ según los modelos médico y social.

En primer lugar, describe las deficiencias como “*problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una “pérdida”*”⁶. En otras palabras, el término deficiencia no equivale a trastorno o enfermedad, pues la pérdida de una extremidad constituye por sí una deficiencia y no necesariamente se explica por una enfermedad.

En segundo lugar, establece de un lado una definición de discapacidad para el modelo médico, que observa la discapacidad “*como un problema de la persona directamente causado por una enfermedad, trauma o condición de salud, que requiere de cuidados médicos prestados en forma de tratamiento individual por profesionales*”⁷ y, por otro, para el modelo social, que “*considera el fenómeno fundamentalmente como*

⁶ World Health Organization. (2001). Clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud: CIF.

⁷ World Health Organization. (2001). Clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud: CIF.

un problema de origen social y principalmente como un asunto centrado en la completa integración de las personas en la sociedad”⁸.

En línea con lo anterior, es recomendable evitar el empleo de los vocablos “ciego”, “sordo”, “sordomudo”, y servirse, en cambio, de las expresiones “persona con discapacidad visual” o “persona ciega” y “persona con discapacidad auditiva” o “persona sorda” en caso de personas con discapacidad sensorial. Igualmente, respecto a las discapacidades físicas, mentales o intelectuales, se ha de procurar sustituir las formas “inválido”, “loco” o “demente” y “deficiente” o “retrasado” por las de “persona con discapacidad física”; “persona con discapacidad psicosocial” y “persona con discapacidad intelectual”, respectivamente.

Establecidas estas precisiones, se procede a enmarcar los derechos de las personas con discapacidad en la historia de los derechos fundamentales. En efecto, este cuerpo de derechos encuentran se sitúan históricamente en el llamado proceso de concreción o “proceso de especificación”, como propone Bobbio, que consiste en considerar las particularidades de los titulares de derechos. Para el filósofo, esta etapa se caracteriza por el paso gradual hacia una determinación de los sujetos titulares de los derechos y de los contenidos de estos⁹.

Este proceso trae consigo un avance del historicismo sobre el racionalismo y encuentra una vinculación de los derechos hacia personas en concreto, cuya importancia estriba en una suerte de condiciones sociales, culturales o físicas. De esta manera, la importancia de los derechos de las personas con discapacidad deriva “de una condición física de las personas que, por alguna razón, se encuentran en situación de inferioridad en sus relaciones sociales”¹⁰ y cuya situación obliga a una protección especial vinculada con los valores de solidaridad o de fraternidad y no de igualdad.

⁸ World Health Organization. (2001). Clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud: CIF.

⁹ Peces-Barba, G. (1991). 2. Las líneas de evolución de los derechos fundamentales. Curso de Derechos fundamentales: Teoría general. (p. 180). Boletín Oficial del Estado (BOE).

¹⁰ Peces-Barba, G. (1991). 2. Las líneas de evolución de los derechos fundamentales. *Curso de Derechos fundamentales: Teoría general*. (p. 181). Boletín Oficial del Estado (BOE).

A este respecto, se distingue entre condiciones relevantes generales o condiciones relevantes específicas. Serán generales aquellas situaciones que afectan a todos los “hombres” durante un periodo de tiempo, por ejemplo, los derechos del niño. Por otra parte, serán específicas aquellas que afectan a algunos “hombres” durante todo el tiempo, por ejemplo, los derechos de las personas con discapacidad. En ambas situaciones, se requiere la intervención de los poderes públicos para la satisfacción de estas necesidades.

Por su parte, Bobbio enmarcaría los derechos de las persona con discapacidad en la cuarta generación de derechos humanos, teniendo en cuenta que las anteriores generaciones fueran, la liberal, la democrática y la socialista, en ese orden. Mientras que las anteriores generaciones se definen por los valores superiores de libertad, igualdad o libertad igualitaria, el autor italiano establece que los fundamentos de esta cuarta generación son el valor de solidaridad o fraternidad y el de seguridad jurídica.

Pese a inscribir los derechos de las personas con discapacidad en el discurso de los derechos, la visión del filósofo presentaba carencias, al identificarse con una visión superada del modelo de discapacidad de corte asistencialista, en tanto que propugna los valores de solidaridad o de fraternidad por encima del de igualdad. En este sentido, la existencia de unas normas que permitan la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad no debe considerarse un trato desigualitario, sino una eliminación de las barreras y de los condicionamientos sociales.

La justificación por la que se deben eliminar estas barreras se debe a que, en virtud del modelo social, la discapacidad no es un problema fisiológico de un individuo, sino que reviste, en la mayoría de casos, de un origen social y es determinado sobre los patrones de una “normalidad médicamente sancionada”¹¹. En consecuencia, el tratamiento de la discapacidad desde un punto de vista normativo ha de garantizar la eliminación de barreras para las personas con discapacidad, de forma que puedan partir de una igualdad de condiciones.

En otro orden de ideas, el modelo social de la discapacidad presenta diferentes críticas, que el profesor Rafael de Asís divide en dos grupos. En el primer grupo se encuentran las críticas y problemas que se plantean fuera del discurso de los derechos

¹¹ Vázquez Ferreira, M. A. (2010). De la minus-valía a la diversidad funcional: un nuevo marco teórico-metodológico. *Política y sociedad*, Vol. 47(Núm. 1.), 45–65.

(el argumento asistencial y el argumento del temor)¹². Paralelamente, en el segundo grupo se incluyen diferentes posiciones que discurren dentro del discurso de los derechos, que serán tratadas a continuación.

En primer lugar, el argumento asistencial propone una concepción de la discapacidad dentro del modelo médico-rehabilitador, por el cual para el pleno reconocimiento de su discapacidad, la persona con diversidad funcional requiere del aval de un diagnóstico médico que evalúe su condición, su grado de discapacidad y las necesidades especiales que precisa.

En el seno de estas instituciones encargadas de tratamiento de la discapacidad se reproduce lo que se conoce como *habitus* de la discapacidad. A este respecto, el autor Vázquez Ferreira define el *habitus* como aquella estructura que “especifica las condiciones de posibilidad sobre las que se configuran las prácticas de los agentes”¹³. Esta estructura limita seriamente las opciones posibles del agente e incorpora una serie de predisposiciones que definen sus capacidades. En definitiva, bajo el discurso médico-rehabilitador, las necesidades específicas de la persona con discapacidad no se atienden, centrándose el tratamiento en una serie de medidas de rectificación o adiestramiento corporal.

En relación con el anterior, el argumento del temor parte de las propias personas con discapacidad, sus familiares y sus representantes, para los que el logro de una mayor autonomía o “normalidad” conlleva un mayor riesgo, alejando a estas personas de la capacidad de elegir y equivocarse. Este argumento trae consigo una visión de las personas con discapacidad son seres que no pueden valerse por sí mismos.

En el segundo grupo, el argumento de la excepción señala que el discurso de los derechos no puede erigirse entorno a la cuestión de la discapacidad por ser esta una situación excepcional. Este argumento critica el modelo social señalando la inconveniencia de tomar en consideración la voluntad de las personas con discapacidad mental o intelectual en determinadas situaciones. Por un lado, este argumento yerra en cuanto define la discapacidad de forma muy cerrada y no toma en consideración que el ser humano se caracteriza por tener capacidades diferentes. Por otro lado, la

¹² De Asís Roig, R. (2013). Sobre el modelo social de la discapacidad: críticas y éxito.

¹³ Vázquez Ferreira, M. A. (2010). De la minus-valía a la diversidad funcional: un nuevo marco teórico-metodológico. Política y sociedad, Vol. 47(Núm. 1.), p. 47.

consecuencia de definir la discapacidad como una excepción se puede traducir en apartar a las personas con discapacidad del discurso de los derechos. En resumen, podría decirse que el argumento de la excepción acoge el modelo de sustitución en la toma de decisiones.

Por su parte, el argumento de la proyección parcial, pese a aceptar el modelo social de la discapacidad para el tratamiento de la discapacidad física y sensorial, rechaza la utilidad de este modelo para afrontar la discapacidad mental e intelectual, renegando así del origen social de esta situación.

A continuación, coexisten diferentes argumentos de la diversidad o de corte identitario, como aquellos defendidos por los movimientos de vida independiente, que exaltan el valor de las personas con discapacidad y su derecho al logro de una vida digna mediante la autonomía e independencia; o el modelo acogido por la comunidad sorda, que contemplan el valor de las personas sordas como colectivo cultural. En este ámbito se encuadran los colectivos que prefieren el término de diversidad funcional.

Por último, el autor Rafael de Asís propone el argumento de la identidad encubierta, por el que se establece que el propio modelo social de la discapacidad maneja ciertos aspectos identitarios, al referirse a los rasgos de las personas. Asimismo dispone que este modelo puede resultar discriminatorio al establecer un estándar de normalidad que no tiene en cuenta la particularidad de cada persona.

En conclusión, se debe afirmar que si bien el modelo social de discapacidad debe centrarse en el origen social de la discapacidad, se debe atender simultáneamente las especificidades que acompañan a cada persona.

2.2. El papel de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

2.2.1. La elaboración de la Convención.

En el ámbito normativo internacional, los derechos de las personas con discapacidad no parecían encontrar acomodo. Con carácter previo a la Convención, las personas con discapacidad eran destinatarias de las normas de alcance general, de pactos internacionales o de convenios, pero no disponían de un instrumento específico ni un Comité que supervisara la ejecución del mismo. No obstante, tras la aprobación de

la CDPD en 2006, las personas con discapacidad son dotadas de un Tratado que tiene en cuenta su situación.

Como precedente a esta Convención, tuvo una importancia decisiva el informe de 2002 de las Naciones Unidas titulado “*Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*”¹⁴. Atendiendo a la falta de supervisión de los Tratados en materia de los derechos de las personas con discapacidad, en este informe se resalta la necesidad de la aprobación de una nueva Convención específica sobre discapacidad, como ocurría con la Convención de los Derechos del Niño (1989), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1982), o con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1963).

Así es como, en el año 2001, durante el transcurso del Debate General de la Sesión N.º 56 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, fue aprobada la Propuesta del Presidente de México para el establecimiento de un Comité Especial a fin de analizar la posibilidad de elaborar una Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad¹⁵¹⁶. Este Comité Especial se encontraba abierto a participación de todos los Estados miembros y a los Observadores de las Naciones Unidas. Durante un total de ocho sesiones, que se extendieron del mes de agosto de 2002 al día 5 de diciembre de 2006, fecha en la que se adoptó el texto, se dio lugar a la elaboración de este nuevo Tratado. En las sesiones se debatieron cuestiones relativas a qué perspectiva debía tomar la Convención, qué tipo de Convención adoptar, qué principios generales se debían tomar en consideración, cuáles son las obligaciones asumidas por los Estados y qué tipos de derechos se incluirían. Para ello, en la Segunda Sesión del Comité se estableció un Grupo de Trabajo con veintisiete Estados miembros, doce organizaciones no gubernamentales y la Comisión Sudafricana de Derechos. Adicionalmente, en el desarrollo de estas Sesiones tendría un importante papel el

¹⁴ Quinn, G., Degener, T., Bruce, A., Burke, C., Castellino, J., Kenna, P., ... & Quinlivan, S. (2002). *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad. Nueva York y Ginebra: Organización del Alto Comisionado de los Derechos Humanos OACDH. ONU.*

¹⁵ Resolución 56/168 de la Asamblea General de diciembre de 2001.

¹⁶ Palacios, A. (2008). El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Cermi*. p. 239.

Relator Especial sobre la Discapacidad y las organizaciones no gubernamentales, entre las que destacaron las organizaciones de personas con discapacidad¹⁷.

Finalmente, el texto sería aprobado por la Asamblea General el día 13 de diciembre de 2006. La CDPD ha sido firmada y ratificada por la inmensa mayoría de los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Los únicos países que no han ratificado aún la Convención son Bután, Camerún, Eritrea, Estados Unidos, las Islas Salomón, Líbano, Liechtenstein, Niue, la Santa Sede, Sudán del Sur, Timor-Leste y Tonga. Por su parte, España ratificó este instrumento el 3 de diciembre de 2007¹⁸.

2.2.2. Los derechos contenidos en la Convención.

El propósito de la CDPD 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*”¹⁹. De esta declaración se desprende el carácter de la Convención de verdadero Tratado de Derechos Humanos. En este sentido, la CDPD no se limita a adoptar el modelo clásico de no discriminación de otros convenios, sino que impone a los Estados obligaciones a favor de los grupos en situación de vulnerabilidad²⁰.

En consecuencia, la Convención reconoce una serie de derechos a las personas con discapacidad. Si bien el informe elaborado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas descarta la incorporación de nuevos derechos, la CDPD reconoce a las personas con discapacidad la accesibilidad universal, la movilidad personal, la habilitación y la rehabilitación²¹, que aunque no contengan la mención de derechos, al darse tan solo en

¹⁷ Palacios, A. (2008). El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cermi. p. 235.

¹⁸ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008).

¹⁹ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York, 13 de diciembre de 2006, Serie de Tratados de las Naciones Unidas. Art. 1.1.

²⁰ Parra-Dussan, C. (2010). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: antecedentes y sus nuevos enfoques, 16. International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, p. 377.

²¹ Palacios, A. (2008). El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cermi. p. 279.

el contexto de la Convención, cabría apreciar que conforman una serie de derechos específicos.

En su artículo 3, la CDPD enuncia ocho principios para interpretar la Convención. En primer lugar, se encuentran una serie de principios generalmente aceptados entre los que se encuentran el respeto a la dignidad, la autonomía individual y la independencia; la no discriminación; la igualdad de oportunidades y la igualdad entre el hombre y la mujer. En segundo lugar, por su carácter específico, distinguimos el principio a la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el principio de respeto por la diferencia y aceptación de las personas con discapacidad; el principio de la accesibilidad universal y el principio de respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad. A continuación, el artículo 4 regula las obligaciones generales de los Estados Partes, que se centran en tres tipos: las obligaciones de respeto, las obligaciones de protección y las obligaciones de cumplimiento.

De los derechos que recoge la Convención cabe resaltar tres. El derecho a la no discriminación, que informa al resto de derechos, el derecho a la accesibilidad y el derecho al igual reconocimiento como persona ante la Ley. En primer lugar, el derecho a la no discriminación, recogido en el segundo inciso del artículo 5, se refiere a la igualdad material. El reconocimiento de este derecho lleva consigo la obligación de los Estados de garantizar la igualdad de las personas con discapacidad mediante la adopción de los ‘ajustes razonables’. Por ajustes razonables se entienden *“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”*²².

En segundo lugar, el derecho a la accesibilidad universal compromete a los Estados a adoptar las medidas para que las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente y puedan participar de forma plena y efectiva en la sociedad, a través de la eliminación de barreras y obstáculos de acceso a los edificios, vías públicas, el transporte y otros tipos de instalaciones. Asimismo, también serán objeto de eliminación las barreras de acceso a los servicios informáticos y de comunicaciones, a

²² Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York, 13 de diciembre de 2006, Serie de Tratados de las Naciones Unidas. Art. 2.

los servicios de emergencias e, incluso, a los servicios proporcionados por empresas privadas abiertas al público.

Por último, merece especial atención el art. 12, que establece una serie de disposiciones en relación al igual reconocimiento como persona ante la ley. Por un lado, se establece el derecho de las personas con discapacidad a que se le reconozca su personalidad jurídica. Por su parte, el apartado dos dispone que *“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”*²³. La novedad de estos preceptos supone un cambio de paradigma desde el llamado “modelo de sustitución en la toma de decisiones” al “modelo de apoyo en la toma de decisiones” mediante una exhaustiva revisión de las instituciones legales.²⁴

Este cambio de paradigma supone la mayor novedad de la CDPD y, sin duda, es uno de los mayores retos para adaptar la Convención a los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte. Esto se debe a que la implantación del modelo de apoyo en la toma de decisiones trae tres dificultades iniciales. En primer lugar, ya en el desarrollo de las sesiones del Comité Especial para la elaboración de la CDPD se conoció la disparidad de criterios para definir la “capacidad jurídica” que existía entre los Estados Parte, que tendrán que interpretar la Convención en el sentido propio. En segundo lugar, la obligación de que en muchos países se deba suprimir de su derecho instituciones de gran arraigo histórico como son la tutela. En tercer lugar, la necesidad de que las legislaciones nacionales modifiquen sus leyes de enjuiciamiento civil en materia de procedimientos de incapacitación judicial.

2.3. Modelos legislativos de discapacidad en España. Del sistema de sustitución en la toma de decisiones al sistema de apoyo en la toma de decisiones.

El tratamiento legislativo de la discapacidad en España ha ido evolucionando paralelamente al desarrollo de los distintos modelos de discapacidad. Así, mientras el modelo médico-rehabilitador se identificaba con un sistema de tutela familiar o de autoridad, al modelo social de discapacidad le es propio un “sistema de apoyo en la

²³ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008).

²⁴ Cuenca Gómez, P. (2022). Reflections on the Reform of Spanish Civil Legislation on Legal Capacity of Persons with Disabilities. *Supporting Legal Capacity in Socio-Legal Context* (1.a ed.). Hart Publishing.

toma de decisiones”²⁵ coherente con las disposiciones que recoge la CDPD. De esta forma, el legislador español preveía históricamente unos sistemas de tutela que han determinado en gran medida la capacidad jurídica de que disponían las personas con discapacidad en cada momento.

En otras palabras, los sistemas de tutela preveían de qué forma se tomaban decisiones respecto a las personas con discapacidad en los supuestos en los que eran incapacitadas judicialmente y qué competencia tenían las familias del tutelado o sus tutores y los jueces o el Ministerio Fiscal en la protección de los intereses de la personas incapacitadas. En este sentido, resulta necesario definir incapacitación judicial como la privación de la capacidad de obrar de una persona declarada en virtud de sentencia judicial en las causas previstas por los derogados artículos 199 y 200 del Código Civil²⁶ previendo el juez, una vez declarada, un régimen de protección de la persona y de los bienes del incapacitado, a través de la constitución de la tutela, la curatela o de la guarda²⁷.

2.3.1. Configuración del sistema de tutela familiar.

Antes de la entrada en vigor del Código civil de 1889, la institución de la tutela se regulaba por las leyes de Partidas y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que establecía un sistema de tutela de autoridad. A continuación, con la aprobación Ley de Bases de 1888 se establecerían los principios rectores que iban a dar lugar al Código civil, al tiempo que se designaba una nueva institución para el ejercicio de la tutela familiar denominada el Consejo de Familia. De este modo, la regulación primitiva de la tutela en el Código civil de 1889 derogaría el anterior sistema de tutela de autoridad para optar por un sistema de tutela familiar. Este nuevo sistema se integraba por las tres figuras siguientes: el Consejo de Familia, el tutor y el protutor.

De conformidad con el Código, el Consejo de Familia tiene competencia sobre todas las decisiones importantes relativas a la persona o a los bienes del tutelado,

²⁵ Cuenca Gómez, P. (2022). Reflections on the Reform of Spanish Civil Legislation on Legal Capacity of Persons with Disabilities. Supporting Legal Capacity in Socio-Legal Context (1.a ed.). Hart Publishing.

²⁶ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. («BOE» núm. 256, de 26 de octubre de 1983).

²⁷ Alventosa Del Río, J. (2013). La incapacitación en España. Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho, (17), 252-275.

estando obligado el tutor a solicitar la autorización al Consejo para desarrollar los actos más importantes de la gestión tutelar. Por su parte, el artículo 201 establecía que *“la tutela se ejercerá por un solo tutor bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia”*²⁸. En este sentido, al protutor se le identifica con las funciones de vigilancia.

No obstante, este sistema de tutela familiar no es puro, en tanto que no se elimina la actuación judicial y del Ministerio Fiscal aunque como señala la doctrina su intervención era incidental, accesorio y subsidiaria²⁹. Como dispone la autora Isabel Palomino Díez, *“si bien es cierto que el sistema instaurado por el Código civil de 1889 se calificó de tutela de familia, hemos demostrado que nuestro cuerpo legal no pareció seguir un punto de vista exclusivamente familiar ya que la pretendida suprema autoridad del Consejo de familia quedaba un tanto mediatizada por las funciones que se atribuían a la Autoridad judicial.”*³⁰

En definitiva, esta regulación de la tutela familiar, que incluía a personas menores o incapacitadas con situaciones muy dispares, pasaba por alto el interés de la persona tutelada. Por esta razón, la doctrina optaba por una nueva regulación para la tutela. En su lugar, Escobar de la Riba abogaba por la creación de un tribunal tutelar compuesto por el juez, el fiscal, el secretario judicial y dos parientes. Por su parte, Espín proponía encomendar la función de la tutela familiar a unos tribunales especializados. Por último, Díez-Picazo se decantaba por la derogación del sistema de tutela familiar y el establecimiento de un sistema estatal o público³¹.

2.3.2. Sistema de tutela de autoridad. El paso a la perspectiva de los derechos.

Con la promulgación de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) se introduce un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad. De este modo, el artículo 14 reconoce el derecho de igualdad ante la ley “sin que pueda ser motivo de

²⁸ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. («Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889). Art. 201.

²⁹ González Porras, J. M. (2009). El anciano discapacitado e incapacitado: de la tutela familiar a la tutela judicial en el Código Civil.

³⁰ Palomino Díez, I. (2008). La organización de la tutela como tutela de familia o tutela de autoridad: un dilema histórico. *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*. <https://doi.org/10.4000/nuevomundo.23013>

³¹ Aragonés Aragonés, R. (2011). Constitución de la tutela. Nombramiento de tutor. Inventario y fianza. *Cuadernos de derecho judicial*, (16), 344

discriminación cualquier condición o circunstancia personal o social”. Al mismo tiempo, el artículo 49 obliga a los poderes públicos a que lleven a cabo una “política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración” de los *disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*, y ampara a las personas con discapacidad en el disfrute de los derechos del Título I de la CE.

Por un lado, este cambio se traduce en el paso al sistema de autoridad introducido por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela (en adelante, Ley 13/1983). Mediante este sistema, la autoridad judicial debe autorizar las disposiciones realizadas por los familiares del tutelado sobre los intereses y los bienes de la persona incapacitada. Según García Calero, el fundamento constitucional de este sistema se encuentra en el artículo 39 CE, que establece el mandato de los poderes públicos de la protección jurídica de la familia y de la protección integral de los hijos³². De esta manera, la familia deja de considerarse el centro de la institución de la tutela, para ser el Estado quien está a la cabeza de los intereses de la persona incapacitada.

En consecuencia, la Ley 13/1983 elimina el Consejo de familia y apoya el sistema de tutela sobre dos cargos: el tutor y el curador. En el primer caso, el tutor es el representante legal del tutelado y suple a la persona incapacitada con su actuación, salvo para aquellos actos en los que prevea expresamente la ley o la sentencia de incapacitación. Como norma general, podrá administrar el patrimonio del tutelado. En el segundo caso, el curador dispone de un alcance mucho más limitado, pues no puede actuar por la persona incapacitada como su representante legal ni administrar su patrimonio. Un tercer cargo tutelar es el del defensor judicial, con un papel subordinado y residual³³.

Por otro lado, en materia de políticas públicas, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los *Minusválidos* (en adelante LISMI) encuentra su fundamento en el artículo 49 CE. Esta Ley trata de superar el modelo rehabilitador mediante

³² García Cantero, Gabriel: "El nuevo régimen jurídico de la tutela". Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ), octubre 1984, p. 465.

³³ Díez-Picazo, Gullón, & Gullón, Antonio. (2016). Sistema de derecho civil . Volumen I . Parte general del Derecho civil y personas jurídicas (13ª ed.). : Tecnos, p. 211.

medidas de equiparación de oportunidades³⁴. En este sentido, la LISMI creó un elenco de prestaciones sociales y económicas para las personas que, por no prestar ninguna actividad laboral, se encontraban al margen del sistema de la Seguridad Social. Asimismo, el artículo 38 de la Ley establecía la obligatoriedad de que las empresas públicas o privadas de más de 50 trabajadores a emplear un número de *minusválidos* no inferior al 2% de la plantilla³⁵. Pese a su bajo nivel de cumplimiento, la LISMI es concebida de forma generalmente positiva por el movimiento asociativo de las personas con discapacidad³⁶.

A continuación, se aprueban una serie de leyes que se inscriben en la perspectiva de los derechos. Cabe destacar, en primer lugar, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en adelante, LIONDAU) que recoge una serie de medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva. En segundo lugar, resulta novedosa la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en adelante, la Ley 49/2007).

Finalmente, estas dos últimas leyes y la LISMI son refundidas en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (en adelante LGD), norma que fue consensuada con multitud de entidades y asociaciones en relación con la discapacidad, unificando toda la normativa nacional en materia de discapacidad. Sin embargo, en la redacción de esta nueva ley se pierde la oportunidad de reconocer la igualdad de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en línea con la CDPD.

2.3.3. Sistema de apoyo en la toma de decisiones.

El paso definitivo al sistema de apoyo en la toma de decisiones lo posibilita, indudablemente, la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas

³⁴ Jiménez Lara, A., & Huete García, A. (2020). Políticas públicas sobre discapacidad en España. Hacia una perspectiva basada en los derechos.

³⁵ Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos. («BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1982), pp. 11106 a 11112. Art. 13.

³⁶ Romeo Delgado, M., Yepes i Baldó, M., Barbancho Tovillas, F., Pascual Haba, C., & Pérez Conesa, F. J. (2016). De la Ley de Integración Social de Minusválidos a la Ley General de Discapacidad: Retos y oportunidades. CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social, 2016, num. 397, p. 95.

con Discapacidad, con la intervención de un numeroso grupo de actores. Esta Convención iría a establecer una serie de obligaciones a los Estados Partes que la ratificaron. En concreto, el artículo 12 dispone que los Estados Partes reconocerán capacidad jurídica en igualdad de condiciones a las personas con discapacidad³⁷. Esta afirmación contradice al Código Civil español al tiempo de la ratificación, que establecía en el derogado artículo 200 como causas de incapacitación “*las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”³⁸.

En España, este paso al sistema de apoyo en la toma de decisiones lo protagoniza la reforma introducida por la Ley 8/2021, que elimina la incapacitación judicial y la tutela de las personas con discapacidad mayores de edad. En este nuevo contexto, cobra relevancia jurídica el principio de proporcionalidad y de necesidad, el respeto de la máxima autonomía de la persona con discapacidad y la atención de su voluntad, deseos y preferencias.

³⁷ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008).

³⁸ Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. («BOE» núm. 256, de 26 de octubre de 1983).

3. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN.

3.1. El alcance de la reforma introducida por la Ley 8/2021.

La aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, la Ley 8/2021) ha supuesto la incorporación de la CDPD en nuestro derecho interno, así como la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico al modelo social de discapacidad. Esta ley viene a reformar la Ley del Notariado, el Código Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, la Ley del Registro Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria y el Código de Comercio.

3.1.1. Aspectos esenciales de la reforma del Código Civil.

En la reforma del Código Civil se incluyen algunas de las novedades más importantes. En primer lugar, la eliminación de la restricción en la capacidad de obrar, que comporta la desaparición de la tutela y la patria potestad prorrogada³⁹. En consecuencia, la incapacidad desaparece del Código y se modifica la mención del Título IX “De la incapacitación”, por la denominación “De la tutela y de la guarda de los menores”. Por su parte, el Título XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica” establece una redacción completamente nueva, que incluye una previsión de medidas voluntarias de apoyo y una nueva regulación de los regímenes de guarda legal y curatela.

El artículo 249 del Código Civil sitúa la finalidad de las medidas de apoyo en el desarrollo pleno de la personalidad y en el desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad⁴⁰. A continuación, el párrafo segundo establece las obligaciones de las personas que debe prestar apoyos. Estas son, en primer lugar, actuar atendiendo a la voluntad, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad; en segundo lugar, procurar que esta pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y,

³⁹ Cuenca Gómez, P. (2022). Reflections on the Reform of Spanish Civil Legislation on Legal Capacity of Persons with Disabilities. Supporting Legal Capacity in Socio-Legal Context (1.a ed.). Hart Publishing.

⁴⁰ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. («Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889). Art. 249.

por último, fomentar que pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. En caso de que no sea posible determinar tal voluntad, el tercer párrafo prevé la posibilidad de que las medidas de apoyo consistan en funciones representativas, en cuyo caso se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de las personas con discapacidad, sus creencias y valores. En este supuesto, la representación no puede tratarse de una sustitución de la voluntad, sino que ha de responder a la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias⁴¹.

Por otro lado, el artículo 250 enumera las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, entre las que se encuentran las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. En este sentido, a excepción de la guarda de hecho, todas las anteriores se tratan de medidas de apoyos formales. En primer lugar, en conexión con el párrafo tercero, el artículo 255 estipula que las medidas voluntarias (autocuratela, poderes preventivos y acuerdo de apoyos) tendrán preferencia sobre el resto de medidas que acuerde el juez, salvo en defecto o por insuficiencia de estas.

En segundo lugar, en virtud del artículo 250.5, la curatela consiste en una medida formal de apoyo que resulta aplicable a quienes precisen apoyo de forma continuada, cuya extensión será determinada mediante resolución judicial. De esta forma, el artículo 268 establece que la curatela será proporcionada a las necesidades de la persona que las precise y respetará su máxima autonomía. En este sentido, el artículo 269 dispone que la autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente. Excepcionalmente, la autoridad judicial podrá determinar en resolución motivada los actos concretos en los que el curador deba asumir la representación de la persona con discapacidad.

En tercer lugar, el párrafo sexto del artículo 250.6, define la figura del defensor judicial como medida formal de apoyo que será adecuada cuando la necesidad de apoyo se presente de forma ocasional, aunque sea recurrente. De esta forma, el artículo 295 prevé una serie de supuestos en los que se nombrará a un defensor judicial.

Por último, la guarda de hecho. Esta es una medida informal de apoyo que procede cuando la persona que precisa los apoyos se encuentra adecuadamente asistida

⁴¹ Pérez Bueno, L. C., de Lorenzo García, R., & Guillarte Martín-Calero, C. (2021). Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. *Serie Derecho de la Discapacidad (III) (Gran Tratado no 1334)* (1.a ed.). Aranzadi/ Civitas, p. 521.

por parte de una persona, el guardador, al que se encuentra unida por una relación de confianza y de cuidado.

3.1.2. Aspectos esenciales de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En la reforma realizada sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, “LEC”) adquiere especial relevancia la introducción de un nuevo artículo 7 bis sobre los “Ajustes para personas con discapacidad”. Este artículo establece, de un lado, la obligación a que se realicen las adaptaciones y los ajustes necesarios en los procesos donde participen personas con discapacidad y, de otro, el derecho a entender y a ser entendidas de las personas con discapacidad⁴². Estas adaptaciones y ajustes podrán ser realizados tanto a instancia de parte o del Ministerio Fiscal como de oficio por el Tribunal.

A continuación, el artículo 758.2 establece la obligación del Letrado de la Administración de Justicia de garantizar, mediante las actuaciones necesarias que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del procedimiento, en virtud de las disposiciones contenidas en el artículo 7 bis. Por su parte, el artículo 749.1 dispone que el Ministerio Fiscal es el encargado de velar por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos.

Adicionalmente, el artículo 759, en relación a los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, obliga al Tribunal a la práctica de una serie de pruebas. En primer lugar, la entrevista con la persona con discapacidad. En segundo lugar, la audiencia del cónyuge no separado de hecho o legalmente o persona en situación de hecho asimilable y los parientes más próximos de la persona. En tercer lugar, el Tribunal deberá acordar los dictámenes periciales necesarios en relación a las pretensiones de la demanda.

Por último, en cuanto al nombramiento del curador, cuando este no estuviera propuesto, el Tribunal deberá oír a la persona con discapacidad y a los familiares a los que se refiere el artículo 759.3, así como a las demás personas que el Tribunal considere oportunos. Sobre este punto se pronuncia la STS 940/2022, de 14 de marzo de 2022 ratificando la necesidad de la práctica de tales diligencias. Igualmente, este artículo será objeto de crítica por parte de la autora Cuenca Gómez, en tanto que no se establece

⁴² Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 08/01/2000.

ninguna referencia a los deseos o las preferencias de la persona en relación al nombramiento del curador, limitándose el artículo 759.3 a determinar la obligación del Tribunal a oír a la persona con discapacidad⁴³. En consecuencia, la redacción de este apartado entra en contradicción con el sistema de apoyo para la adopción de decisiones.

3.1.3. Aspectos esenciales de la reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) es reformada por la Ley 8/2021, que establece la regulación del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad en los nuevos artículos 42 bis a), 42 bis b) y 42 bis c) LJV. De esta forma, el artículo 42 bis a).3 faculta para promover este expediente al Ministerio Fiscal, a la persona con discapacidad, a su cónyuge no separado o quien se encuentre en situación de hecho asimilable, a sus descendientes, a sus ascendientes o a sus hermanos.

A continuación el artículo 42 bis b).5 resulta interesante al disponer que, en caso de oposición de la persona con discapacidad, del Ministerio Fiscal o de alguna de las partes interesadas a cualquier tipo de apoyo se pondrá fin al expediente, iniciando un procedimiento verbal contradictorio. En este sentido, la STS 3276/2021, de 8 de septiembre de 2021, entiende que la oposición de la persona con discapacidad al establecimiento de unas medidas de apoyo no solamente puede ocasionar la apertura de un procedimiento contradictorio, sino la adopción de las medidas aun en contra de la voluntad de la persona⁴⁴. Asimismo, el autor Toribios Fuentes considera que tal regulación legal resulta excesiva, debido a que de ella se desprende que cualquier oposición motivada o inmotivada de cualquier interviniente puede frustrar el expediente⁴⁵.

3.2. Análisis de la situación legal de la discapacidad en el derecho comparado.

⁴³ Cuenca Gómez, P. (2022). Reflections on the Reform of Spanish Civil Legislation on Legal Capacity of Persons with Disabilities. Supporting Legal Capacity in Socio-Legal Context (1.a ed.). Hart Publishing.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 3276/2021, de 8 de septiembre de 2021

⁴⁵ Pérez Bueno, L. C., de Lorenzo García, R., & Guillarte Martín-Calero, C et al. (2021). Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Serie Derecho de la Discapacidad (III) (Gran Tratado no 1334) (1.a ed.). Aranzadi/ Civitas, p. 1413.

A la luz de la ratificación de la CDPD, este epígrafe distinguirá entre las distintas regulaciones que ofrecen el Derecho francés y el Derecho español sobre la capacidad jurídica y los sistemas de tutela en caso de incapacitación. En primer lugar, este apartado expondrá las diferencias entre la regulación de la capacidad jurídica en el Derecho francés y el Derecho español, mientras que, en segundo lugar, se definirán las instituciones de tutela y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad de cada ordenamiento.

Para comenzar, el término “capacidad jurídica” fue un objeto de debates entre los Estados durante la redacción de la CDPD, por presentar diversas acepciones. De esta forma, durante la Quinta Sesión del Comité Especial la Delegación de China solicitó que se empleara el concepto capacidad jurídica en alusión a la capacidad para ejercer derechos y no a la capacidad jurídica para actuar⁴⁶. En consecuencia, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas elaboró un informe que, entre otras cuestiones, abordaba la perspectiva de derecho comparado entre el Derecho francés y el Derecho español.

Por un lado, en el Derecho civil francés, la personalidad jurídica se define como la aptitud de ser titular de derechos⁴⁷. Así, la personalidad jurídica se trata de un requisito para la adquisición de la capacidad jurídica (“capacité juridique”). Por su parte, la capacidad jurídica comprende la capacidad de ser sujeto de derechos u obligaciones y la capacidad de ejercer por sí mismo esos derechos u obligaciones. Por lo tanto, el término capacidad jurídica engloba, tanto la capacidad de goce, que pertenece a todas las personas y no puede ser restringida ni excluida, como la capacidad de ejercicio, que puede ser excluida (incapacité générale) o limitada (incapacité spéciale).

De manera similar, el Derecho anglosajón incluye en el término capacidad jurídica (“legal capacity”) tanto la capacidad de goce como la capacidad de obrar, la cual también puede ser restringida en materias y en grados.

En cambio, en el Derecho civil español el concepto de la capacidad jurídica se asemeja al concepto de personalidad jurídica. De tal forma se afirma que toda persona

⁴⁶ Palacios, A. (2008). El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cermi, p. 437

⁴⁷ Background conference document about Legal Capacity, prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (Sexta Sesión), párr. 28.

por el hecho de serlo posee capacidad jurídica⁴⁸. En definitiva, la capacidad jurídica contempla la “aptitud o idoneidad de un sujeto para ser titular de derechos y obligaciones y, en general, de relaciones jurídicas”⁴⁹. Al contrario que en el Derecho francés, la capacidad de obrar es un concepto independiente al de capacidad jurídica y no deben ser confundidas. En relación a la capacidad de obrar, el Código civil español también regula una capacidad de obrar plena para los mayores de edad y una capacidad de obrar limitada.

Las conclusiones del informe elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas son dos. La primera conclusión es que el reconocimiento como persona ante la ley no es equivalente al de capacidad jurídica en algunos Estados. En este sentido, la capacidad jurídica se compone de un elemento estático, que presupone la capacidad de ser un potencial titular de derechos y obligaciones, y de un elemento dinámico, definido por la capacidad de ejercitar esos derechos. La segunda conclusión es que la capacidad de ser persona ante la ley comprende desde el momento del nacimiento hasta la muerte.

En segundo lugar, este apartado abordará el estudio de los distintos sistemas de tutela y de medidas de apoyo de las personas con discapacidad. En este sentido, cada Estado al momento de la ratificación de la CDPD optaba por un modelo distinto de tutela. Mientras en Italia, Francia y España regía un sistema de tutela de familia hasta los años 1942, 1964 y 1983, respectivamente, en los Códigos germánicos y las legislaciones anglosajonas se adoptó tradicionalmente un sistema de tutela de autoridad, al que luego se acogió España e Italia⁵⁰. En este sentido, el reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que propugna el artículo 12 de la CDPD se ha llevado a cabo de forma distinta en función de la tradición jurídica de cada Estado.

En lo que respecta al Derecho civil francés, a partir de la reforma del sistema de tutela de 1964, se acogió un sistema mixto, de autoridad y familia. En su regulación actual, el Código civil francés prevé, en el artículo 425, la posibilidad de que la persona

⁴⁸ Díez Picazo, L. (1967). Lecciones de Derecho Civil, p. 83.

⁴⁹ Del Arco Torres, M. A. & Pons González, M. (1984). Diccionario de Derecho Civil, *Tomo Primero (A-G)*. Editorial Aranzadi, 1984, p. 196. ‘*Capacidad jurídica*’.

⁵⁰ Aragonés Aragonés, R. (2011). Constitución de la tutela. Nombramiento de tutor. Inventario y fianza. *Derecho y Cambio Social*, 7(22), 6.

que no pueda ocuparse de sus propios intereses debido a una alteración, médicamente constatada, de sus facultad mentales o físicas, se pueda beneficiar de una medida de protección⁵¹. En este sentido, las medidas de protección para las personas mayores se concretan en la tutela, la curatela y la salvaguarda de justicia. A continuación, el artículo 459 establece la preferencia de que la persona protegida tome decisiones por sí misma cuando su estado se lo permita⁵². No obstante, en caso de que se estime que la persona no puede tomar decisiones por sí misma, el tribunal puede acordar, tras la apertura de una medida de tutela o de habilitación familiar, la autorización de funciones de representación.

Esta situación ha sido objeto de preocupación por parte del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al observar que mediante este artículo se deniega la igualdad de reconocimiento ante la ley y la privación de la capacidad de obrar⁵³. Adicionalmente, el Comité señala la ausencia de mecanismos compatibles con la CDPD de apoyo para la adopción de decisiones. En consecuencia, el Comité recomienda al Estado francés que “revise su forma de entender las medidas de protección jurídica y adopte el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos”.

En contraste, en el Derecho español, tras su reforma del Código Civil en 1993, rige un sistema de tutela de autoridad, por el cual las disposiciones realizadas por la familia del tutelado deberán ser autorizadas por el juez. Esta tránsito hacia un sistema de tutela de autoridad se debe a que los derechos de las personas con discapacidad pasan a formar parte de los intereses generales. De ese modo, el artículo 49 de la CE establece que los poderes públicos llevarán a cabo una “política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”⁵⁴. A continuación, este artículo les ampara para el disfrute de los derechos del Título I “De los derechos y deberes fundamentales”.

⁵¹ Article 425 du Code Civil.

⁵² Article 459 du Code Civil.

⁵³ Observaciones finales sobre el informe inicial de Francia. (2021). Elaborado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, párr. 25.

⁵⁴ Constitución Española. («BOE» núm. 311, de 29/12/1978). Art. 49.

Posteriormente, el sistema de tutela de autoridad es modificado por la Ley 8/2021, que elimina la tutela de las personas con discapacidad y suprime los procedimientos de incapacitación. Por su parte, esta ley incorpora un sistema de medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. Este sistema pretende cumplir las disposiciones del artículo 12 de la CDPD así como la recomendación realizada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por el que se recomienda la revisión de las leyes que regulan la guarda y tutela y el reemplazo de los sistemas de sustitución por sistemas de apoyo para la adopción de decisiones⁵⁵.

En definitiva, en el Derecho civil español se ha avanzado de forma significativa hacia un modelo social de discapacidad y un sistemas de apoyo para la adopción de decisiones de las personas con discapacidad, en contraste con el Derecho francés que no ha llevado a cabo una reforma en su sistema de guarda y tutela que haya hecho efectiva la igualdad en el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad ni ha derogado las leyes que permiten un sistema de sustitución en la adopción de decisiones.

3.3. Principales líneas jurisprudenciales en España.

Los primeros atisbos del modelo social de discapacidad en la jurisprudencia española se dan en la STS de 29 de abril de 2009, que establece que “*al enfermo psíquico se le debe proporcionar un sistema de protección, no de exclusión*”⁵⁶. Esta sentencia dictada en casación, si bien desestima todas las pretensiones de la parte demandada, interpreta por primera vez los principios de la CDPD. De esta forma, el Tribunal señala que en lo que se centra el recurso de casación es en determinar si, en consecuencia de la entrada en vigor de la Convención, debe desplazarse la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección. En este sentido, el Ministerio Fiscal establece que “ha de desterrarse la regla de acuerdo con la cual, la incapacitación priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y de obrar conforme

⁵⁵ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2010). Observaciones finales del 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*, párr. 33, 34.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 2362/2009, de 29 de abril de 2009.

a sus preferencias”. En consecuencia, el Tribunal Supremo hace un análisis de la CDPD y de las leyes que han sido aprobadas en el mismo sentido que en la Convención, entre las que destaca la Ley 13/1983, la Ley 41/2003, la LIONDAU y la Ley 39/2006. No obstante, la Sala declara no tener competencia para juzgar sobre los métodos para identificar las instituciones de protección y atribuye al poder legislativo la tarea de fijar las normas precisas para abordar las medidas de apoyo de las personas con discapacidad.

Por su parte, la STS de 8 de septiembre de 2021, dictada en casación, comporta un hito jurisprudencial. En esta novedosa sentencia, el Tribunal Supremo consideró por primera vez la incidencia legal de la reforma introducida por la Ley 8/2021 estimando que diese vista a las partes “para que pudieran informar sobre la incidencia de la reforma legal en el presente caso”⁵⁷, en virtud de la previsión contenida en su disposición transitoria sexta. En los antecedentes de hecho de la sentencia se expone que el Ministerio Fiscal promovió demanda de juicio verbal sobre determinación de capacidad, medidas de apoyo y salvaguardas adecuadas y efectivas de una persona mayor de edad que, según el informe forense, presentaba “*síndrome de Diógenes con posible trastorno de la personalidad*” y que se encontraba condicionado por esta razón en el cuidado correcto de su salud. En primera instancia, la demanda es estimada parcialmente, modificándose la capacidad jurídica del demandado y acordándose una medida de apoyo consistente en la asistencia al orden y la limpieza de su domicilio⁵⁸. Por su parte, en segunda instancia la Audiencia Provincial de Asturias desestima el recurso interpuesto por la representación del demandado.

No obstante, el recurso de casación interpuesto por el demandado es estimado parcialmente. En primer lugar, el Tribunal deja sin efecto la declaración de modificación de capacidad a la luz de la Ley 8/2021, que elimina toda declaración judicial de modificación judicial. De esta forma, se sustituye la tutela impuesta sobre el demandante por un régimen de curatela. En segundo lugar, respecto a las medidas de apoyo, el Tribunal las confirman estimando que existe una clara necesidad asistencial debido al grave deterioro personal del demandado, encontrándose justificada la adopción de medidas asistenciales, aun en contra de la voluntad del interesado. El

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 3276/2021, de 8 de septiembre de 2021.

⁵⁸ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo 4187/2019, de 18 de marzo de 2019.

Tribunal justifica esta decisión, aduciendo que la propia Ley 8/2021 reforma los artículos 42 bis a), 42 bis b) y 42 bis c) de la LJV, y dispone que, en caso de oposición de la persona con discapacidad sobre la medida de apoyo, “se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento verbal contradictorio”⁵⁹.

De esta forma, esta sentencia acoge el nuevo enfoque en la protección de los derechos de las personas con discapacidad que exige el art. 12 de la CDPD y que ha sido incorporado por primera vez tras la aprobación de la Ley 8/2021. Por un lado, el Tribunal adopta a favor de la persona con discapacidad un sistema de apoyos necesarios en la toma de decisiones puro. Adicionalmente, se inicia una nueva línea jurisprudencial que, en virtud de la nueva redacción del artículo 268 del Código Civil, reconoce los principios de necesidad y proporcionalidad en la provisión judicial de apoyos, al tiempo que se establece el respeto a la máxima autonomía de la persona con discapacidad y la atención en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias⁶⁰.

También es importante la STS de 14 de marzo de 2022, que declara nula una sentencia de modificación de la capacidad dictada en el año 2020, por no haberse observado la práctica de las diligencias que recoge el nuevo artículo 759.3 de la LEC en la segunda instancia, por lo que se reponen las actuaciones al momento en que debió cumplirse las disposiciones del artículo 759 y que, al decidir sobre el recurso de apelación, se aplique el nuevo régimen legal de la Ley 8/2021, en virtud de la disposición transitoria sexta⁶¹.

En resumen, la jurisprudencia española ha interpretado y adaptado su doctrina a las estipulaciones de la CDPD y, más concretamente, a la reforma llevada a cabo por Ley 8/2021, cuyas disposiciones transitorias quintas y sextas de la ley permitirán la revisión de las medidas adoptadas antes de la entrada en vigor de esta ley y la aplicación de la misma en los procesos que se encuentren en tramitación.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 3276/2021, de 8 de septiembre de 2021.

⁶⁰ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. («Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889). Art. 68.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo 940/2022, de 14 de marzo de 2022.

4. CONCLUSIONES.

I.- En la redacción de este trabajo he constatado como la reforma introducida por la Ley 8/2021 ha producido significativos avances en la adopción del modelo social de capacidad así como en la igualdad en el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

La observación más relevante respecto a los aspectos positivos de la Ley 8/2021 son la eliminación de la incapacitación legal, así como la derogación de la tutela de las personas con discapacidad. De este modo, la Ley 8/2021 da prioridad a la curatela y a las medidas de apoyo voluntarias, por encima de las medidas judiciales. Asimismo, en virtud de esta reforma se ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad y se ha de actuar conforme a su voluntad, sus deseos, sus preferencias.

No obstante, he detectado algunos aspectos de la reforma introducida por la Ley 8/2021 que contradicen al modelo de apoyo en la toma de decisiones. Estos son, por una parte, la posibilidad que establece el artículo 756.3 de nombrar un curador por parte de un Tribunal sin mención expresa a la necesidad de tener en consideración los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad.

Por otra parte, la vía que deja abierta el artículo 42 bis b) LJV para la adopción de medidas de apoyo aun en contra de la voluntad de la persona con discapacidad por la apertura de un procedimiento verbal contradictorio.

II.- En segundo término, he realizado un recorrido histórico por los distintos modelos de discapacidad y las principales críticas que presentan. Así, partiendo de un modelo de prescindencia, se han abordado las características más importantes de cada periodo. De tal forma, he definido el modelo social de la discapacidad como una superación de los modelos de prescindencia y médico-rehabilitador, que confundían las deficiencias físicas, psíquicas y sensoriales con la discapacidad.

A continuación, he procedido a la conceptualización del modelo social de discapacidad y los diversos argumentos que lo enfrentan. En este sentido, se ha comprobado las posibles deficiencias que puede encontrar, por ejemplo, el modelo de la diversidad, al justificar de forma insuficiente las medidas redistributivas o de discriminación positiva en virtud de las personas con discapacidad. Ello no obsta a que

el término diversidad funcional sea acogido por numerosos movimientos asociativos y, en consecuencia, deba ser aceptado.

III.- En tercer lugar, he realizado una comparación histórica entre los distintos modelos legislativos de discapacidad en España, desde la entrada en vigor del Código civil de 1889, que adoptaba un sistema de tutela familiar, pasando por el sistema de autoridad judicial, y hasta el actual sistema de apoyo en la toma de decisiones introducido por la Ley 8/2021.

Del estudio de estos tres sistemas, cabe destacar que ni el sistema de tutela familiar ni el sistema de apoyo en la toma de decisiones se tratan de un modelo puro, pues el juez sigue disponiendo de amplias funciones para restringir la capacidad jurídica. Así, en el modelo actual, se exige que se haya de oír a la persona con discapacidad, pero no siempre es un principio general el deber de actuar conforme a su voluntad, deseos y preferencias.

En resumen, el modelo de sustitución en la toma de decisiones sigue teniendo su presencia en diversos puntos de la nueva reforma introducida por la Ley 8/2021, como se menciona en la primera conclusión.

Adicionalmente, cabe destacar las SSTS 2362/2009, de 29 de abril de 2009; 589/2021, de 8 de septiembre de 2021, y 940/2022, de 14 de marzo de 2022, dictadas en conexión estrecha con las disposiciones de la Convención y la Ley 8/2021. Estas sentencias del Tribunal Supremo inauguran una línea jurisprudencial que introduce el modelo social de discapacidad en la doctrina de la Sala.

IV.- En definitiva, se debe seguir trabajando en las deficiencias que presenta la Ley 8/2021, relativas a la adopción de medidas judiciales de apoyo sin atender a la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad. Además, se debe buscar una forma de garantizar en todo momento la igualdad en el reconocimiento de la capacidad jurídica a la que obliga la CDPD.

5. BIBLIOGRAFÍA.

Alventosa Del Río, J. (2013). La incapacitación en España. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (17), 252-275.

Aragonés Aragonés, R. (2011). Constitución de la tutela. Nombramiento de tutor. Inventario y fianza. *Derecho y Cambio Social*, 7(22), 6.

Canimas Brugué, J. (2015) ¿Discapacidad o diversidad funcional?. Ediciones Universidad Salamanca. Siglo Cero, vol. 46 (2), n.º 254, 2015, abril-junio, pp. 79-97.

Cuenca Gómez, P. (2022). Reflections on the Reform of Spanish Civil Legislation on Legal Capacity of Persons with Disabilities. *Supporting Legal Capacity in Socio-Legal Context* (1.a ed.). Hart Publishing.

De Asís Roig, R. (2013). Sobre el modelo social de la discapacidad: críticas y éxito.

Del Arco Torres, M. A. & Pons González, M. (1984). Diccionario de Derecho Civil, *Tomo Primero (A-G)*. Editorial Aranzadi.

Díez Picazo, L. (1967) Lecciones de Derecho Civil.

Díez-Picazo, L. & Gullón, A. (2016). Sistema de derecho civil. Volumen I. Parte general del Derecho civil y personas jurídicas (13ª ed.). Tecnos.

García Cantero, Gabriel: "El nuevo régimen jurídico de la tutela". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ)*, octubre 1984, p. 465.

López Pino, C. M., & Seco Martín, E. (2005). Discapacidad y empleo en España: su visibilidad. *Innovar*, 15(26), pp. 59-72.

Munar Bernat, P. A. (2021). Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

Pérez Bueno, L. C., de Lorenzo García, R., & Guillarte Martín-Calero, C et al. (2021). Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. *Serie Derecho de la Discapacidad (III)* (Gran Tratado no 1334) (1.a ed.). Aranzadi/ Civitas.

Romañach Cabrero, J. y Lobato Galindo, M. (2005). Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano.

Romeo Delgado, M., Yepes i Baldó, M., Barbancho Tovillas, F., Pascual Haba, C., & Pérez Conesa, F. J. (2016). De la Ley de Integración Social de Minusválidos a la Ley General de Discapacidad: Retos y oportunidades. CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social, 2016, núm. 397, p. 89-106.

Palacios, A. (2008). El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cermi.

Parra-Dussan, C. (2010). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: antecedentes y sus nuevos enfoques, 16. International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 347-380.

Peces-Barba, G. (1991). 2. Las líneas de evolución de los derechos fundamentales. *Curso de Derechos fundamentales: Teoría general*. (pp. 155-199). Boletín Oficial del Estado (BOE).

Vázquez Ferreira, M. A. (2010). De la minus-valía a la diversidad funcional: un nuevo marco teórico-metodológico. Política y sociedad, Vol. 47 (Núm. 1.), pp. 45–65.

World Health Organization. (2001). Clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud: CIF. Organización Mundial de la Salud.

ANEXO DE LEGISLACIÓN.

Instrumentos internacionales.

Background conference document about Legal Capacity, prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (Sexta Sesión).

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York, 13 de diciembre de 2006, Serie de Tratados de las Naciones Unidas.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2010). Observaciones finales del 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.*

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2021). Observaciones finales sobre el informe inicial de Francia.

Resolución 56/168 de la Asamblea General de diciembre de 2001.

Legislación francesa.

Código civil francés.

Legislación española.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. («Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889).

Constitución Española. («BOE» núm. 311, de 29/12/1978).

Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos. («BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1982).

Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. («BOE» núm. 256, de 26 de octubre de 1983).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. («BOE» núm. 7, de 08/01/2000).

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008).

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. («BOE» núm. 158, de 03/07/2015.)

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132, de 03 de junio de 2021).

ANEXO DE JURISPRUDENCIA.

Sentencia del Tribunal Supremo 2362/2009, de 29 de abril de 2009.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo 4187/2019, de 18 de marzo de 2019.

Sentencia del Tribunal Supremo 589/2021, de 8 de septiembre de 2021.

Sentencia del Tribunal Supremo 940/2022, de 14 de marzo de 2022.