

LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK EN ESPAÑA: UNA DÉCADA DE ACIERTOS Y DESACIERTOS¹

INMACULADA VIVAS-TESÓN
Universidad de Sevilla (España)

1. Un decenio de vigencia de la Convención de Nueva York en el Ordenamiento jurídico español

En el recién despedido año 2018 hemos conmemorado el décimo aniversario de la entrada en vigor en el ordenamiento

DOI: 10.47907/livro/2022/Maior_Acompanhado/Cap02

¹ Este trabajo se incluye entre los resultados del proyecto de investigación “Discapacidad, Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos” (DER2016-80138-R) del Ministerio de Economía y Competitividad, así como del Grupo de Investigación SEJ617 “Nuevas dinámicas del Derecho privado Español y Comparado”.

jurídico español de la Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad², razón por la cual consideramos muy oportuno detenernos para realizar, de manera sintética, un balance de todos los pasos dados en esta década y del camino que aún resta por recorrer.

En 2008 la Convención conseguía despertarnos, sacudirnos ante una realidad existente pero, hasta entonces, invisible, pues las personas con discapacidad eran encerradas³ en las casas, manicomios o cárceles (en las que aún permanecen, indebidamente, muchas de ellas). Ahora, gracias a dicho Tratado internacional, son visibles, visibilidad que, lamentablemente, está llevando aparejado un incremento de los delitos de odio por discapacidad, la disfobia⁴ contra la cual debemos poner todo nuestro empeño para erradicarla completamente a través de una única herramienta: la educación en igualdad.

Puede afirmarse, sin temor a errar, que es unánime la consideración de que dicho Tratado internacional ha sido crucial en materia de derechos humanos por su enorme impacto, marcando un antes y un después en la evolución

² 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.

³ En este sentido afirma Antonio PAU PEDRÓN, “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, *Revista de Derecho civil* 5/3 (2018) 6: “La situación de las personas con alteraciones intelectuales ha sido vista por el Derecho, hasta tiempos recientes, como un problema que afectaba a la sociedad y que había que resolver drásticamente: sacándolas fuera de ella”.

⁴ 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 las distintos contextos establecidos en el Sistema Estadístico de Criminalidad, tras el de “racismo y xenofobia” (<http://www.interior.gob.es/documents/10180/5791067/ESTUDIO+INCIDENTES+DELITOS+DE+ODIO+2016.pdf/c5ef4121-ae02-4368-ac1b-ce5cc7e731c2>).

de los derechos de las personas diversamente capaces. Su aplicación ha supuesto, sin duda, avances importantísimos, destacadamente, la visibilización de las personas con discapacidad (con independencia del tipo de deficiencia y de si tienen o no modificada su capacidad) poniendo el acento en la persona, pero es igualmente cierto que aún faltan muchos retos por alcanzar en su interpretación, grado de cumplimiento y desarrollo normativo. Lamentablemente, persisten numerosos escollos tanto de hecho como jurídicos; se siguen produciendo, sistemáticamente, vulneraciones de derechos.

Dicho Instrumento ha llevado, sin lugar a dudas, un cambio paradigmático de actitud y enfoque respecto de la discapacidad a nivel mundial⁵. Se mira la discapacidad con otros ojos. La Convención advierte a España y a los restantes Estados así como a las Organizaciones supranacionales (como la Unión Europea⁶) firmantes que el único abordaje que puede hacerse de la discapacidad es desde los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona⁷.

Para la Convención, es necesario poner todos los medios posibles con el fin de conocer la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1^a) de 30 de septiembre de 2014 señala:

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* 20/3 (2015) 825 (<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4110>).

⁶ 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.

⁷ Así lo subraya Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2014, 22.

“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 1^a) 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, 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. 5º).

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"⁸.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a) 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.

⁸ Acerca de los ajustes razonables puede consultarse la reciente Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 26 de abril de 2018 (<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>).

Las diversas lecturas que del texto internacional he realizado a lo largo de estos diez años me han conducido siempre a extraer la conclusión (la cual, incluso, he tenido ocasión de dejar reflejada por escrito) de que la Convención de Nueva York no reconocía ningún derecho nuevo que no estuviera ya contenido en anteriores Tratados. Sin embargo, hoy por hoy, confieso discrepar conmigo misma, pues estoy plenamente convencida de que sí reconoce, con contundencia, un nuevo derecho: el derecho a la accesibilidad universal (no sólo arquitectónica, en la cual solemos pensar únicamente), esto es, al ejercicio accesible y efectivo de todos los derechos para tener una vida plena e independiente, incluido el derecho a elegir su recorrido vital y el derecho a equivocarse. Sólo así se da cumplimiento no sólo a lo dispuesto a la célebre “estrella polar” de la Convención, su art. 12, sino, junto a éste, otro precepto que, a mi juicio, es igualmente crucial y por ello no tiene sentido uno sin el otro, el 19 y su reconocimiento al derecho a una vida independiente e inclusiva en la comunidad. Se trata ésta de una disposición normativa transversal y, por ello, íntimamente interrelacionada con las restantes contenidas en el Tratado de Nueva York, pese a lo cual, extrañamente, no suele prestársele tanta atención como al art. 12.

El citado art. 19 se basa en el principio fundamental de derechos humanos de que todos los seres humanos nacen iguales en dignidad y en derechos y todas las vidas tienen el mismo valor, como señala la Observación general núm. 5 (2017) del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad⁹, la cual enfatiza dicho derecho tanto en su dimensión individual¹⁰ como social de plena inclusión y participación en

⁹ <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>>.

¹⁰ Para la citada Observación general nº 5, vida independiente signifi-

aquéllo¹¹. El derecho consagrado en el art. 19 CDPD, como

ca “que las personas con discapacidad cuenten con todos los medios necesarios para que puedan tomar opciones y ejercer el control sobre sus vidas, y adoptar todas las decisiones que las afecten. La autonomía personal y la libre determinación son fundamentales para la vida independiente, incluidos el acceso al transporte, la información, la comunicación y la asistencia personal, el lugar de residencia, la rutina diaria, los hábitos, el empleo digno, las relaciones personales, la ropa, la nutrición, la higiene y la atención de la salud, las actividades religiosas y culturales, y los derechos sexuales y reproductivos. Las siguientes actividades están vinculadas al desarrollo de la identidad y la personalidad de cada individuo: dónde vivimos y con quién, qué comemos, si nos gusta dormir hasta tarde o acostarnos a altas horas de la noche, si preferimos quedarnos en casa o salir, si nos gusta poner mantel y velas en la mesa, tener animales domésticos o escuchar música. Tales acciones y decisiones nos hacen ser quienes somos. La vida independiente es una parte esencial de la autonomía y la libertad de la persona y no significa necesariamente vivir solo. Tampoco debe interpretarse únicamente como la capacidad de llevar a cabo actividades cotidianas por uno mismo. Por el contrario, debe considerarse como la libertad de elección y de control, en consonancia con el respeto de la dignidad inherente y la autonomía individual consagradas en el artículo 3 a) de la Convención. La independencia como forma de autonomía personal implica que la persona con discapacidad no se vea privada de la posibilidad de elegir y controlar su modo de vida y sus actividades cotidianas”.

Por tanto, como puede comprobarse, las decisiones personales abarcan todos los aspectos del sistema de vida de la persona tanto en la esfera privada como en la pública y tanto en lo cotidiano como a largo plazo.

¹¹ Según la Observación general nº 5, “el derecho a ser incluido en la comunidad se refiere al principio de inclusión y participación plenas y efectivas en la sociedad consagrado, entre otros, en el artículo 3 c) de la Convención. Incluye llevar una vida social plena y tener acceso a todos los servicios que se ofrecen al público, así como a los servicios de apoyo proporcionados a las personas con discapacidad para que puedan ser incluidas y participar plenamente en todos los ámbitos de la vida social. Esos servicios pueden referirse, entre otras cosas, a la vivienda, el transporte, las compras, la educación, el empleo, las actividades recreativas y todas las demás instalaciones y servicios ofrecidos al público, incluidos los medios de comunicación social. Ese derecho también incluye tener acceso a todas las medidas y acontecimientos de la vida política y cultural de la comunidad, entre otras cosas reuniones públicas, eventos deportivos, festividades culturales y religiosos y cualquier otra actividad en la que la persona con discapacidad desee participar”.

señala la citada Observación general nº 5, abarca ambas dimensiones.

Así las cosas, los arts. 12 y 19 CDPD están directamente conectados o vinculados porque el reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídicas es la base para que la ciudadanía con discapacidad logre vivir, de forma independiente y plena, en el seno de la comunidad. Por consiguiente, es preciso garantizar a todas las personas con discapacidad, al margen de su concreta deficiencia, el derecho a la capacidad jurídica (de goce y de ejercicio), para decidir dónde, cómo y con quién vivir.

En mi modesta opinión, la accesibilidad se erige como un nuevo derecho de la personalidad. La no accesibilidad a los derechos es una flagrante violación de la dignidad humana, puesto que si los derechos reconocidos a todas las personas sin excepción no pueden disfrutarse plena y efectivamente no puede vivirse una vida digna.

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 española¹², si bien es preciso destacar que las estadísticas en materia de discapacidad son, a día de hoy, una asignatura pendiente¹³) y siguen suscitándose importantes

¹² 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 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>).

¹³ Consciente de ello y para materializar el mandato del art. 31 de la Convención, el cual obliga a los Estados parte a la recopilación de datos y

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.

Veamos, sucintamente, cuáles han sido tales avances.

1.1. Una necesaria renovación terminológica

Los legisladores, gobernantes, operadores jurídicos, medios de comunicación y, en general, toda la ciudadanía, desde sus respectivas responsabilidades profesionales, funciones, 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.

Y ello comienza por algo tan simple como es la utilización de un lenguaje adecuado y respetuoso. Las palabras demuestran

estadísticas sobre discapacidad, que les permita formular y aplicar políticas públicas en este dominio, el Instituto Nacional de Estadística llevará a cabo cinco grandes operaciones estadísticas sobre distintos aspectos de la realidad social de la discapacidad en España a lo largo del año 2019, según el Plan Estadístico Nacional 2017-2020 para dicho ejercicio, aprobado por el Real Decreto 1518/2018, de 28 de diciembre (publicado en el BOE núm. 314, de 29 de diciembre).

Asimismo, es reseñable que la Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género (publicada en el BOE núm. 314, de 29 de diciembre) haya previsto que la información estadística sobre víctimas de violencia de género incluya la variable de discapacidad, tanto en las mujeres como en los menores de edad que sufren este tipo de violencia. De esta manera, la información estadística obtenida sobre delitos de violencia machista deberá poder desagregarse con un indicador de discapacidad de las víctimas, estableciéndose un registro de los menores víctimas de violencia de género con discapacidad.

cultura, el grado de civilización, el modo de pensar, respeto. No se trata de un mero lenguaje políticamente correcto. No es algo banal. Cambiemos el lenguaje y cambiaremos el mundo.

El legislador español, afortunadamente, se ha dado cuenta de ello y ha señalado cuáles son, en el entorno de la discapacidad, las palabras a usar y cuáles a descartar. De este modo, nuestro Derecho ha experimentado en los últimos años una evolución terminológica en la materia 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 8^a 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” (si se nos permite el símil, como en el procesador de texto la utilización de “buscar” y “reemplazar”), y que dicho término será el utilizado para denominarlas en las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas.

“Discapacidad” ha sido también el término empleado en la Convención ONU, en cuyo Preámbulo se reconoce que

“e) ...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”.

De este modo, en un proceso de adecuación terminológica y conceptual de las normas reguladoras de la discapacidad, conforme al mandato de la citada Disposición Adicional 8^a y a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF-2001) de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), el RD. 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento,

declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el RD. 1971/1999, de 23 de diciembre, sustituye el término “minusvalía” por el de “discapacidad”, y las referencias que en el RD. 1971/1999 se realizaban hasta ahora a “grado de discapacidad” se sustituyen por “grado de las limitaciones en la actividad”. Por consiguiente, debemos desterrar, por completo, de nuestro lenguaje el término peyorativo “minusvalía”.

Como puede observarse, el foco de atención se centra en la persona y no en su condición, la cual viene después y con carácter accesorio. Conforme a ello, discapacitado como sustantivo no debe utilizarse, pues confunde una parte con el todo. Somos muy dados a etiquetar, a encasillar, a clasificar.

En este sentido, algunas normas han optado por cambiar la denominación de “procedimiento de incapacitación judicial” por el de “procedimiento de modificación de la capacidad”¹⁴, el cual, según el reciente Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de septiembre de 2018, de lograr ver la luz, pasaría a ser el “procedimiento de provisión de apoyos”.

No obstante, el art. 49 de la Constitución Española de 1978 sigue aún conservando, lamentablemente, el término “disminuidos”: “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título

¹⁴ La expresión “personas con capacidad modificada judicialmente” ya es utilizada, entre otras normas, por el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil y por el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos.

otorga a todos los ciudadanos”, si bien el Consejo de Ministros aprobó en diciembre de 2018 un Anteproyecto de reforma constitucional para eliminar dicha palabra.

1.2. La aplicación judicial de la Convención de Nueva York

Ante la pasividad o timidez legislativa para enmendar las injustas cortapisas a los derechos de las personas con discapacidad, 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 audiovisual¹⁵⁾), estuviera inexplicadamente 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 han ido cambiando, 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

¹⁵ <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>.

voluntades, sino del estricto cumplimiento de un mandato normativo. Ello no sólo provoca una enorme inseguridad jurídica, sino que, además, el daño ocasionado cuando se priva indebidamente a la persona de sus derechos, 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.

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 1^a) de 29 de abril de 2009, apegada al actual sistema legal de incapacitación judicial de 1983¹⁶, el cual fue considerado por el Alto tribunal acorde con los principios de la Convención de Nueva York: "...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,

¹⁶ Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, "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 IDEM, dir. / GARCÍA MEDINA, coord., *Estudios y Comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, 59-60.

matices, por las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1^a) 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 ejerza su capacidad jurídica, apoyos que, como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1^a) 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”.

A mi parecer, el procedimiento de modificación de la capacidad no se ajusta a dicho Instrumento internacional. No podemos seguir adelante dando mayor uso a la curatela¹⁷ en detrimento de la tutela pero constrinviendo a la persona a pasar, necesariamente, por una previa declaración judicial de incapacitación a la cual se llega a través de un juicio

¹⁷ Vid. Sofía DE SALAS MURILLO, “Repensar la curatela”, *Derecho privado y Constitución* 27 (2013) núm. 27, p. 11-48; y Pedro BOTELLO HERMOSA, “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* 9 (2015) 10-15; y IDEM, “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* 91/749 (2015) 1345-1380.

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 incapacitar¹⁸. 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.

En materia de alimentos, nuestro Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1^a), en su Sentencia de 7 de julio de 2014¹⁹, 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.

¹⁸ Ya tuve ocasión de manifestar dicha opinión hace años en Inmaculada VIVAS TESÓN, “Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar”, *Revista de Derecho Privado* 96 (2012) 3-40.

¹⁹ Vid. Inmaculada VIVAS TESÓN, “La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* a efectos de alimentos matrimoniales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 90/745 (2014) 2510-2541.

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”.

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 1^a) 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 órganos judiciales. En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo

civil, Sección 1^a) de 13 de diciembre de 2017²⁰ 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

²⁰ Inmaculada Vivas TESÓN, “La obligación de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: ponderación de discapacidad de alimentante y alimentista. Comentario a la STS de 13 diciembre 2017”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* 107 (2018) 123-140.

“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 afectadas 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.

Debemos dar cuenta de un reciente pronunciamiento judicial que ha roto moldes en relación a la atribución de la

guarda y custodia de los hijos²¹. 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

²¹ En relación a la protección de los hijos en el seno de una ruptura parental tuve ocasión de pronunciarme en mis trabajos, “Protección de la discapacidad en el seno de la ruptura parental”, *La Ley Derecho de Familia* 10 (abril-junio 2016) 1-17; y “Niños y niñas con capacidades diferentes: el derecho de la persona a tomar sus propias decisiones”, *La Ley Derecho de Familia* 13 (2017) 14-29.

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 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: 1^a, 29/11/2013 (rec. 494/2012) (sts, Civil Sección 1^a 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, dicha prioridad 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 períodos 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 de la capacidad pero cuando el Ministerio fiscal ya había instado el procedimiento judicial, 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 discapacidad 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 mi modo de ver.

1.3. Avances normativos

Desde 2003, año europeo de la discapacidad²², nuestro legislador, a través de su Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, ha proporcionado diversas herramientas jurídicas tuitivas a favor de las personas con deficiencia, como, entre otras, la autotutela, el patrimonio especialmente protegido, el poder preventivo o la sustitución fideicomisaria que grava la legítima estricta en favor de hijo con capacidad judicialmente modificada (eficaces mecanismos de protección pero aún, lamentablemente, muy desconocidos)²³.

Además, a raíz de la ratificación por España de la CDPD y el compromiso, en consecuencia, asumido de adecuar nuestro Ordenamiento jurídico a los mandatos del citado Tratado internacional, se han ido promulgando, sucesivamente, varias normas: la Ley 26/2011, de 1 de agosto y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como Real Decreto Legislativo 1/2013,

²² Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, publicado en el DOUE, Serie L, núm. 335, de 19 de diciembre de 2001.

²³ Para un estudio más detenido de tales instrumentos jurídicos, vid. Inmaculada Vivas Tesón, *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*, Madrid: Difusión Jurídica, 2010, 113-177.

de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social y la reciente 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 de la Convención.

Digna de reseña es una metedura de pata cometida por el legislador y que ha sido recientemente enmendada: 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 matrimonio²⁴. Tras la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, el citado art. 56 del Código Civil 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

²⁴ Según la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de diciembre de 2016 sobre la interpretación del art. 56 del Código civil relativo a la forma de celebración del matrimonio, el requisito de dictamen médico debía interpretarse de manera restrictiva y en casos en que la discapacidad afectase de manera evidente e impeditiva en la prestación del consentimiento, aunque se prestasen los apoyos necesarios.

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”.

Pese a las mejoras y avances en materia de derechos humanos y discapacidad, aún quedan algunas piezas del puzzle sin encajar e importantes retos normativos por cumplir.

A mi entender, en Derecho español existe una clara disfunción o desajuste pues la imprescindible exigencia normativa de un reconocimiento formal de discapacidad con un grado mínimo del 33% no casa adecuadamente con la definición de discapacidad contenida en el art. 1, pfo. 2º de la Convención (“las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, de modo que la discapacidad no se presenta por deficiencias concretas de las personas, sino por diversas barreras que pueden ser sociales, físicas, actitudinales o jurídicas, lo que permite establecer como objetivo la eliminación de las barreras existentes de toda índole) 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 discapacidad²⁵ y de

²⁵ 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”.

su inclusión social, así como el art. 25 del Código penal en su redacción de 2015²⁶. Para mayor confusión, dicho certificado administrativo sigue exigiéndose para algunos actos jurídicos pero, en cambio, no para otros, como, por ejemplo, en la Ley de Propiedad Horizontal, que en su art. 10.1.b) reconoce automáticamente a los mayores de 70 años su condición de personas con discapacidad. A la vista de ello, me pregunto: hoy día, en el Ordenamiento español, ¿quién es, desde el punto de vista jurídico, una persona con discapacidad?

Por otra parte, han debido transcurrir diez años para afrontar la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. En septiembre de 2018 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley por la que se acometerá dicha reforma, la cual, con mejoras técnicas en su texto, confío en que muy pronto pueda convertirse en una realidad normativa.

Haciendo un brevísimo comentario acerca de dicha iniciativa legislativa, considero que está en sintonía con la Convención de Nueva York y su enfoque de derechos humanos al pretenderse, a toda costa, indagar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad²⁷, quedando relegado su interés²⁸.

²⁶ 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”.

²⁷ Para Antonio PAU PEDRÓN, “De la incapacitación al apoyo”, 8, “este es un punto de gran relevancia, en torno al cual gira el cambio profundo que se lleva a cabo en materia de discapacidad: el «interés de la persona con discapacidad» hay que situarlo *detrás* de «la voluntad, deseos y preferencias de la persona». El «interés de la persona con discapacidad» no aparece nombrado en ningún momento a lo largo de la Propuesta, a diferencia del concepto de «interés del menor», que aparece nueve veces citado en el Código civil. Lo mismo sucede en la Convención de 2006: en ningún momento se habla del «interés de la persona con discapacidad», mientras que el «interés del niño» aparece mencionado tres veces”.

²⁸ Como señala Antonio PAU PEDRÓN, “De la incapacitación al apoyo”, 9, “cuando esas «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con disca-

Valoró muy positivamente la creación de un sistema de apoyos voluntarios y judiciales para el ejercicio de la capacidad jurídica, si bien echo en falta un instrumento similar a la asistencia catalana²⁹.

Repárese en que el Anteproyecto se olvida por completo del patrimonio especialmente protegido, el cual sigue rigiéndose por la Ley 41/2003, norma que exige a su titular el certificado administrativo de discapacidad de, como mínimo, el 33%.

En materia sucesoria, el Anteproyecto está en línea con los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo de 15 de marzo y 15 de junio de 2018, en cuanto a ampliar, el máximo posible, la capacidad de testar. Es todo un acierto la nueva redacción del art. 697 c.c. así como la preocupación por ofrecer medios técnicos o humanos para que la persona exprese su última voluntad, en relación a los cuales considero que el notario se convierte en un apoyo importantísimo (tal vez, con ánimo de suprimir, en lo posible, barreras cognitivas, debiera exigírselo al fedatario público que fuera intérprete de lengua

pacidad no están plenamente formadas, es necesario contribuir a esa formación. Hay que procurar que la persona con discapacidad tenga, efectivamente, una determinada «voluntad, deseos y preferencias». Por eso dice el artículo 248 de la Propuesta que «las personas que presten apoyo [...] procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias». Conforme a ello, el Presidente de la Sección Primera, de Derecho civil, de la Comisión general de Codificación, indica que «el «interés de la persona con discapacidad» queda muy relegado en relación con la voluntad de la persona –y situado incluso detrás la voluntad presunta–», por ello que, a su juicio no acierten algunos ordenamientos en poner en primer plano el interés, como el Código civil catalán (art. 221-1), el ABGB austriaco (§ 275, ap. 1) o el Código civil francés (art. 415). Y concluye: «Por tanto, en la contraposición de los criterios del «interés» y la «voluntad», hay que dar preferencia a esta última. Sólo cuando la voluntad no puede expresarse ni reconstruirse, entrará el juego el criterio del interés».

²⁹ Arts. 226-1 a 226-7 del Código civil de Cataluña.

de signos). Por el contrario, considero un craso error suprimir la sustitución ejemplar, así como la regulación propuesta de la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, la cual pasa a restringirse a los hijos y ya no a los descendientes, pero deja sin resolver numerosas dudas existentes en la actualidad (la sustitución fideicomisaria, ¿ha de recaer sobre todo el tercio de legítima estricta o puede limitarse sólo a una parte de la misma?; ¿qué sucede si hay más de un hijo en situación que le impida desenvolverse de forma autónoma; ¿es posible la sustitución fideicomisaria de residuo?)³⁰, además de generar otras nuevas (si la sustitución fideicomisaria se realizará “en beneficio de un hijo del testador que se encuentre en una situación física o psíquica que le impida desenvolverse de forma autónoma”, ¿de qué hijo se trata si deja de exigirse que tenga la capacidad modificada como ahora?, ¿se le exigirá el certificado administrativo de discapacidad o estar sujeto a curatela y, en tal caso, a cuál, a la representativa?; por otra parte, ¿a qué momento ha de atenderse para considerar que la persona puede ser beneficiaria, es decir, no puede desenvolverse de forma autónoma?).

Para finalizar, entre los importantes pasos normativos dignos de reseña destaco uno muy reciente y anhelado: la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad³¹, mediante la cual y atendiéndose a una reivindicación social³², se devuelve a unas cien mil

³⁰ Para un estudio en profundidad, vid. Pedro BOTELLO HERMOSA, *La sustitución fideicomisaria especial Introducida por la Ley 41/2003*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

³¹ BOE núm. 294, de 6 de diciembre.

³² Con anterioridad a dicha reforma legal, interesante resulta el Auto del Tribunal Constitucional (Sala 2^a, Sección 3^a) de 28 de noviembre de

personas un derecho del que habían sido incomprensiblemente por sentencia. Tras esta modificación legal, a ninguna persona con discapacidad se le podrá retirar en el futuro el derecho de sufragio, y quienes estuvieran en esta situación a su entrada en vigor lo recuperarán de modo automático, por mandato directo de la Ley (cuestión ésta, sin duda, controvertida en cuanto a la imprescindible separación de poderes).

2. Retos y desafíos en materia de discapacidad

La entrada de la Convención en nuestro Ordenamiento jurídico ha supuesto, sin duda, avances importantísimos, destacadamente, la visibilización de las personas con discapacidad (con independencia del tipo de deficiencia, de la edad, del género y de la modificación o no de la capacidad) poniendo el acento exclusivamente en la persona, pero es igualmente cierto que aún faltan muchos retos que afrontar.

Siguen vulnerándose, a diario, los derechos inherentes a la persona, lo que es intolerable tras una década de vigencia del Tratado de Nueva York en nuestro país. Las personas con discapacidad viven, cotidianamente, con numerosos escollos o barreras que sortear: del entorno o físicas, actitudinales (por desinformación, indiferencia, prejuicios...) e institucionales (las discriminaciones refrendadas legalmente así como la falta de cumplimiento efectivo de las disposiciones normativas). En cierto modo, seguimos la costumbre espartana de arrojar a las personas con discapacidad por el Monte Taigeto.

2016, el cual confirma el criterio del Tribunal Supremo de que es válido privar del derecho al voto cuando en el procedimiento de incapacitación se ha realizado una prueba sobre la materia y en la sentencia se justifica dicha privación, si bien dicho pronunciamiento tiene un voto particular en el cual se pone de manifiesto el incumplimiento de la Convención de Nueva York de 2006.

La educación inclusiva es, sin lugar a dudas, una asignatura pendiente. Al respecto, nos congratulamos por dos pronunciamientos judiciales que, esperamos, no sean los únicos.

De un lado, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo contencioso-administrativo de Málaga, Sección 3^a) de 10 de julio de 2017 es un buen precedente para derribar barreras para la educación de jóvenes con discapacidad en la Formación Profesional ordinaria por razón de edad.

De otro, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4^a) 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 (Sala 1^a) de 2014] y las exigencias que deben cumplir las Administraciones Educativas, debiéndose interpretar la normativa sobre la materia conforme el art. 24 CDPD. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que, como señala el Informe “Estado mundial de la Infancia 2013: niños y niñas con discapacidad” de UNICEF³³,

“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, sólo 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

³³ Puede consultarse en <https://www.unicef.org/spanish/sowc2013/files/SPANISH-SOWC13-Ex_Summary_Lo-res_web.pdf>.

proporcionar a los estudiantes con discapacidad facilidades como acceso al sistema braille y al lenguaje de señas, y adaptar los planes de estudios”³⁴.

Para acabar con las prácticas de segregación escolar de estudiantes con discapacidad en centros de educación especial ante el duro informe que el Comité ONU que vela por los derechos de las personas con discapacidad emitió contra el Estado español por vulnerar el art. 24 de la Convención, el Gobierno acaba de anunciar que va a incorporar medidas de educación inclusiva del alumnado con discapacidad en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica de Educación³⁵.

Otro desafío es lograr que todos y cada uno de los entornos, productos, servicios y procedimientos reúnan condiciones de accesibilidad, presupuesto necesario para el goce efectivo y pleno de los derechos de los que, como el resto de la ciudadanía, son titulares las personas con discapacidad. Cuando los derechos son inalcanzables es evidente que existe una directa vulneración de los mismos y, en última instancia, están siendo negados.

Por tanto, por accesibilidad no ha de entenderse sólo la física o arquitectónica, sino la universal, en la que se comprende, además, la sensorial y la cognitiva. En relación a esta última, concerniente a la supresión de barreras de compresión y comunicación, creemos necesario que en todas las normas en las cuales se regule el consentimiento informado se contemple que tanto la información previa

³⁴ Vid. Ignacio CAMPOY CERVERA, “El derecho a una educación inclusiva de calidad”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, dir. / GARCÍA MEDINA, coord., *Estudios y Comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, 523-533.

³⁵ Noticia publicada el 12 de enero de 2019 en el Diario El País (https://elpais.com/sociedad/2018/12/27/actualidad/1545917225_924744.html) y en Europa press (<https://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-son-medidas-alumnado-discapacidad-podrian-incluirse-reforma-educativa-20190112125006.html>).

como el proceso de prestación del consentimiento sean no sólo accesibles sino también comprensibles. Una buena fórmula legal que considero extrapolable a otras materias (por ejemplo, cesión de datos de carácter personal, en cuya Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, sin embargo, brilla por su ausencia) nos parece el art. 9.5º de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su redacción dada por la de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad:

“...Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”³⁶.

Como puede comprobarse, en dicho tenor literal se contiene la obligación de prestar medidas de apoyo necesarias,

³⁶ Nos resulta curioso que la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad modificara también el art. 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad aunque no con idéntica redacción (“Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias: 2. ... La información deberá efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad”), pasando por alto el art. 4.1, pfo. 3º de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, el cual sigue manteniendo su redacción originaria por la que establece que la información que ha de proporcionarse a las personas con discapacidad con carácter previo al consentimiento se les prestará “en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades”.

haciéndose hincapié no sólo en la accesibilidad física sino también en la cognitiva.

Al niño, niña y adolescente con diversidad funcional ha de prestársele mucha mayor atención. Debe respetarse su derecho a ser oído y escuchado³⁷ tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento que le afecte *ex art.* 9 de la Ley Orgánica 1/1996, precepto que ha recibido nueva redacción por parte de la reciente Ley Orgánica 8/2015³⁸; su derecho al

³⁷ En relación con el derecho a ser oído y escuchado, *vid.* art. 12 de la Convención ONU de los derechos del niño, art. 7.3 de la Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad, art. 24 de la Carta europea de los derechos fundamentales y, entre otros, arts. 92.6º, 154, 156 pfo. 2º, 158, 159, 177 y 178 del Código civil.

³⁸ La nueva redacción tiene el siguiente tenor literal: “1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su

ocio; su derecho a una vida sexual y reproductiva, reconocido en el art. 23 de la Convención de Nueva York pese a lo cual los niños y jóvenes con diversidad funcional suelen ser excluidos de los programas de salud sexual y de la reproducción y sobre el VIH/Sida y otras enfermedades venéreas al partirse de la premisa de que no son sexualmente activos. Ni siquiera se les proporciona información básica acerca de los cambios que experimenta su cuerpo o de cómo están expuestos a correr un mayor riesgo de sufrir abusos; también tienen, como los demás, el derecho a la identidad de género³⁹.

Un importante sector del colectivo de las personas con discapacidad es el de las mujeres, las cuales presentan una problemática específica repleta de restricciones y limitaciones. En este sentido, en relación al problema de la violencia de género, se ha constatado que la confluencia de factores como el género y la discapacidad convierte a las mujeres con diversidad funcional en un grupo con grave riesgo de sufrir algún tipo de maltrato. En cuanto al derecho a la salud, la mujer con discapacidad tiene numerosas barreras para acceder a la planificación familiar y a la asistencia a la reproducción.

El Dictamen exploratorio titulado “La situación de

opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración”.

³⁹ Para un estudio más detenido, Inmaculada VIVAS TESÓN, “Niños y niñas con capacidades diferentes”, 14-29.

las mujeres con discapacidad (soc/579)", a solicitud del Parlamento europeo y aprobado en julio de 2018 por el pleno del Comité Económico y Social Europeo⁴⁰, comienza afirmando que las mujeres y las niñas con discapacidad, el 16% de la población femenina total de Europa, siguen sufriendo una discriminación múltiple e interseccional basada en su género y su discapacidad y, más adelante, recomienda que los Estados miembros de la Unión europea deben combatir la violencia contra las mujeres y las niñas con discapacidad adoptando, entre otras, medidas, la tipificación como delito de la violencia sexual y otros tipos de violencia contra las mujeres y las niñas con discapacidad, incluido el fin de la esterilización forzada.

Al respecto, según datos del Consejo General del Poder Judicial (2010-2016), cada año se autorizan judicialmente en España un centenar de esterilizaciones⁴¹ a niñas, adolescentes y mujeres adultas con diversidad funcional intelectual o psicosocial⁴² y capacidad modificada⁴³, consideradas socialmente "no aptas"

⁴⁰ Puede consultarse en <<https://webapi.eesc.europa.eu/documentsanonymous/eesc-2018-01639-00-00-ac-tra-es.docx>>.

⁴¹ Interesante resulta la STS (Sala 2ª), de 1 de febrero de 2002, que absolió de un delito de lesiones a los facultativos que esterilizaron a una joven que padecía Síndrome de Down, sin haber obtenido la preceptiva autorización judicial.

⁴² La cifra anual es estimada, puesto que en esta materia no existe transparencia estadística.

Según CERMI, en España se resolvieron judicialmente 140 casos de esterilización forzosa en 2016, sin que sea posible conocer la resolución final de cada procedimiento y sin que se pueda saber la incidencia en mujeres y hombres. A este respecto, ha de señalarse que la esterilización forzosa tiene un indiscutible sesgo de género, pues es muy inferior en el caso de los hombres con diversidad funcional, por ello que nos centremos en las mujeres.

⁴³ Durante muchos años en España se ha acudido al procedimiento de incapacitación judicial (hoy, de modificación de la capacidad) con el único objetivo de esterilizar una niña, adolescente o mujer adulta con diversidad funcional para eliminar el riesgo de embarazo.

para ser madres, bajo el pretexto claramente paternalista de su bienestar y salvaguarda de sus intereses, en definitiva, para que, supuestamente, vivan una vida mejor⁴⁴.

La iniciativa, a veces, parte de los padres, tutores o guardadores de la mujer obedeciendo a razones de comodidad o egoísmo (en algunos casos, justificadas por el abandono a su suerte por parte de la sociedad en general), pero, en otras ocasiones las esterilizaciones forzosas por razón de discapacidad se llevan a cabo porque desde el entorno socio-sanitario (por ejemplo, para acceder a un determinado centro o institución) se aconseja a la familia adoptar dicha medida.

La esterilización coactiva suele llevarse a cabo en la primera menstruación de la adolescente para detener el ciclo y, así, facilitar el cuidado personal, cuando alcanza la mayoría de edad y empieza a relacionarse con otras personas, o bien tras el nacimiento de su primer hijo o hija.

Aunque la Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad asegura que todas las personas con discapacidad son sujetos activos y titulares de derechos y, por tanto, tienen el derecho a participar en todos los ámbitos de la sociedad en igualdad de trato y condiciones con sus iguales sin discapacidad, a las niñas y mujeres con diversidad funcional se deniegan sus derechos humanos a través de diferentes prácticas⁴⁵, como cuando se las excluye sistemáticamente de

⁴⁴ Ha de tenerse en cuenta que existe también un número indeterminado de mujeres con discapacidad que son esterilizadas sin sentencia judicial, puesto que, con carácter previo, han prestado, por escrito (conforme a lo dispuesto por el art. 8.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica) su consentimiento por el cual se supone que entienden y aceptan el motivo de la intervención quirúrgica. Es evidente que si el consentimiento no es informado, dicha práctica “voluntaria” resulta, igualmente, inadmisible.

⁴⁵ Según el art. 6 de la Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad, “1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas

los sistemas de atención a la salud sexual y reproductiva por considerarlas asexuales, cuando se les restringe la elección de métodos anticonceptivos voluntarios, la supresión menstrual, una deficiente atención durante el embarazo y en el parto, abortos coercitivos y la imposibilidad de ser madre.

El art. 39, letra b) del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011 (más conocido como el Convenio de Estambul) tipifica como delito cuando se cometa de modo intencionado “el hecho de practicar una intervención quirúrgica que tenga por objeto o por resultado poner fin a la capacidad de una mujer de reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado o sin su entendimiento del procedimiento”.

Además, otro instrumento internacional clave, la Convención de Nueva York, si bien no hace expresa alusión a la esterilización forzosa, sí impone el pleno respeto de los derechos de las mujeres con diversidad funcional, entre ellos, el derecho al igual reconocimiento de la persona ante la ley y a la capacidad jurídica (art. 12), a la integridad personal (art. 17), los derechos reproductivos (art. 23) y el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud (art. 25), lo que determina, sin duda alguna, un nuevo horizonte para la maternidad de la mujer diversamente capaz.

Conforme a dicho enfoque de derechos humanos, la esterilización forzosa ha sido uno de los puntos de incumplimiento de la Convención de Nueva York que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad

con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención”.

señaló al Estado español en sus observaciones finales al informe presentado por España, instándose a que suprimiera la esterilización sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa del paciente⁴⁶.

Pese a ello, en el Ordenamiento jurídico español sigue contemplándose la esterilización forzosa, en concreto, en nuestro Código penal, en el que debería introducirse la absoluta prohibición de su práctica. Lo curioso es que dicho Cuerpo legal se ha reformado recientemente, en concreto, en el año 2015⁴⁷, pero, en mi opinión, al legislador le ha faltado la suficiente valentía para acabar, de manera definitiva, con esta flagrante mutilación de derechos que contraviene, sin lugar a dudas, la Convención.

El nuevo art. 156 CP, en relación al delito de lesiones, 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 transsexual 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.

⁴⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Observaciones finales sobre el informe inicial de España, 19 de octubre de 2011 (CRPD/C/ESP/CO/1), párrafos 37 y 38, en las que el Comité instaba a España a que suprimiera la administración de tratamientos médicos, en particular la esterilización, sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa, del paciente, y a que velara por que la legislación nacional respete especialmente los derechos reconocidos a las mujeres en los arts. 23 y 25 de la Convención ONU.

⁴⁷ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

No será punible –continúa el legislador penal- 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”⁴⁸.

Como puede comprobarse, la esterilización involuntaria no es punible cuando se trate de una persona que no pueda prestar, “de forma permanente”, su consentimiento y “se

⁴⁸ En su redacción anterior, el art. 156.2º del CP de 1995 disponía: “sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el de mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”. Por tanto, pese a la ubicación de la norma, la esterilización compete al Juez civil, no al penal. Al respecto, la Disposición Adicional 1ª de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal establece: “La esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento”.

Contra su antecedente legal, el art. 428 del CP de 1989, se planteó cuestión de constitucionalidad alegándose contradicción de la norma legal con el art. 15 de la Constitución Española. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 215/1994, de 14 de Julio (BOE de 18 de agosto), resolvió el recurso planteado declarando que la esterilización de las personas con discapacidad intelectual prevista en el CP no era contraria a la Constitución.

Para conocer la evolución de la esterilización forzosa en el CP, vid. Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, “La esterilización de discapacitadas psíquicas en el proyecto de reforma del Código Penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal* 9 (2014) (BIB 2013\2709).

produzca un grave conflicto de bienes jurídicos protegidos”, lo que, además de generar numerosas dudas interpretativas para los órganos judiciales por la indeterminación o vaguedad de tales expresiones (¿qué ha de entenderse por “permanente”?, ¿cuándo hay “grave conflicto de bienes jurídicos protegidos”? , ¿se aprecia dicho conflicto, en idénticas circunstancias de imposibilidad de prestar consentimiento, cuando lo protagoniza una mujer con discapacidad psíquica que cuando se trata de un hombre, quien no padecerá las consecuencias de un embarazo, una gestación ni un parto?; en qué casos el Juez ha de entender justificada y no punible la esterilización coactiva a efectos de autorizarla?)⁴⁹, a mi entender, no va de acuerdo ni con los principios ni con el espíritu ni con el cambio de paradigma que implica el Tratado de Nueva York.

Podría decirse que son tres los argumentos que suelen esgrimirse para justificar la esterilización forzosa de la mujer (con frecuencia, muy joven) diversamente capaz.

El primero, la incapacidad de las mujeres con discapacidad para ser madres. Es cierto que la maternidad es una elección responsable y ello obliga tanto al padre como a la madre a tener en cuenta las consecuencias de aquélla (arts. 39.3 de la Constitución española y art. 154 del Código civil), pero partir de que las mujeres con discapacidad no son capaces de ser madres y las mujeres sin ella sí no es un más que un prejuicio, una negativa percepción social fundada en ideas puramente subjetivas. ¿Acaso todas las mujeres sin discapacidad son, sin excepción, madres exitosas? Además, ¿acudimos a la esterilización forzosa invasiva de una mujer con discapacidad psíquica porque no somos capaces

⁴⁹ En esta línea Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, “La esterilización de discapacitadas psíquicas”, considera que “la expresión grave conflicto de bienes jurídicos protegidos encierra un concepto jurídico indeterminado, que ha de determinarse en cada caso. Creo que hubiera sido positivo que la ley objetivara de una forma más precisa las razones justificativas de la esterilización, pero no ha sido el caso”.

de proporcionar educación sexual y reproductiva, de trabajar con ella la afectividad, de explicarle cuáles son las responsabilidades que derivan de la maternidad?

Se llama, además, la atención sobre el costo social que el Estado (esto es, todos los ciudadanos), en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 39 de la Constitución Española, ha de afrontar para proporcionar atención (casa, educación, servicios sanitarios, etc.) al hijo, bien porque no pueda ser debidamente cuidado por su madre con diversidad funcional, bien porque aquél nazca con “taras” o deficiencias genéticas. Sorprende cómo, de este modo, el respeto a los derechos humanos se vincula directamente a los potenciales gastos que su garantía podría comportar, argumento que se aduce sólo cuando interesa, porque nada importa el alto coste que las familias, en soledad, deben afrontar para atender a sus hijos con discapacidad a causa de la deficiente accesibilidad de servicios públicos y la falta de recursos sociales y, en definitiva, de comprensión solidaria de la sociedad en general. Por otra parte, cuando sus hijas crezcan, ¿los padres han de pensar en el alto coste social que podrían provocar en caso de ser madres incapaces de ejercer las funciones de maternidad y, por ello, deben incapacitarlas judicialmente con el fin de esterilizarlas sin su consentimiento previo e informado? Y, por último, el art. 2 del Convenio de Oviedo⁵⁰ establece que “el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o la ciencia”. La esterilización, ¿no es la vía más fácil y económica y, si se nos permite, cobarde? Esta práctica degradante de la mujer no puede jamás encontrar justificación en el ahorro de gastos a la familia y a la sociedad.

Se aduce también que la esterilización obligatoria se hace

⁵⁰ Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (Aprobado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996).

por el bien de la mujer con discapacidad, a quien, mediante aquélla, se evitan los problemas derivados de la menstruación así como eventuales abusos, lo que encontraría fundamento legal en el art. 6.1 del citado Convenio de Oviedo, a cuyo tenor, "...sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo". Sin embargo, es justo al revés, la esterilización forzosa puede aumentar la vulnerabilidad de la niña, adolescente o mujer joven con discapacidad ante abusos sexuales, además de que evitándole el riesgo de un embarazo no se evita que sufra un abuso, violación o le sean transmitidas enfermedades venéreas. Es más, el embarazo, a veces, permite, precisamente, detectar un abuso sexual. Por otra parte, la esterilización obligatoria puede provocar una aparición temprana de la menopausia, osteoporosis y enfermedades cardiovasculares si se lleva a cabo antes de que la niña haya tenido la menstruación o durante la pubertad⁵¹.

Como comprobará el lector, los argumentos que suelen invocarse para avalar la esterilización forzosa son infundados, respondiendo, claramente, a estereotipos sociales que estigmatizan a las mujeres con diversidad funcional. La esfera sexual es privada y personal y la esterilización de una mujer con discapacidad es una decisión drástica e irreversible. La privación no consentida del derecho a la procreación y de la autonomía reproductiva es, sin duda, un acto de violencia⁵²

⁵¹ Informe "Poner fin a la esterilización forzosa de las mujeres y niñas con discapacidad", de la Fundación CERMI Mujeres y el Foro Europeo de la Discapacidad (EDF), aprobado en la Asamblea General del EDF celebrada en Madrid (España) en mayo de 2017, pág. 7 (https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/novedades/INFORME%20ESTERILIZACI%C3%93N_0.pdf).

⁵² UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW Committee) (1992), Recomendación general nº 19, art. 16 (y art. 5), para. 22, <http://archive.ipu.org/splz-e/cuenga10/cedaw_19.pdf>.

irreparable que atenta contra la dignidad de la niña, adolescente o mujer adulta con discapacidad.

En este sentido, la Observación General nº 1 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵³ afirma que

“las mujeres con discapacidad presentan tasas elevadas de esterilización forzada, y con frecuencia se ven privadas del control de su salud reproductiva y de la adopción de decisiones al respecto, al darse por sentado que no son capaces de otorgar su consentimiento para las relaciones sexuales. Ciertas jurisdicciones tienen también tasas más altas de imposición de sustitutos en la adopción de decisiones para las mujeres que para los hombres. Por ello, es especialmente importante reafirmar que la capacidad jurídica de las mujeres con discapacidad debe ser reconocida en igualdad de condiciones con las demás personas”.

A la vista de ello, el Dictamen exploratorio “La situación de las mujeres con discapacidad (soc/579)” antes citado recomienda que la UE y los Estados miembros adopten todas las medidas necesarias para garantizar que todas las mujeres con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica tomando sus propias decisiones con respecto al tratamiento médico o terapéutico, con apoyo cuando así lo deseen, entre otras cosas tomando sus propias decisiones sobre la conservación de la fertilidad y la autonomía reproductiva, ejerciendo su derecho a elegir el número de hijos y el intervalo entre ellos y las cuestiones relacionadas con su sexualidad, y ejerciendo su derecho a establecer relaciones. Esto debe suceder sin coacción, discriminación ni violencia. La esterilización y el aborto forzados son una forma de violencia contra las mujeres y debe tipificarse como delito, con arreglo a lo previsto en el art. 39 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

⁵³ Observación General nº 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º periodo de sesiones, del 31 de marzo al 11 de abril de 2014 (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement>).

De este modo, el supuesto legal de esterilización forzosa que el legislador de 2015 ha decidido inexplicablemente mantener en el art. 156, pfo. 2º del Código penal no es, ni mucho menos, una medida de protección y bienestar de la niña, adolescente o mujer adulta con discapacidad, sino una privación de derechos humanos que, además, incrementa su vulnerabilidad. La práctica de la esterilización forzosa se enmarca, sin lugar a dudas, en un modelo paternalista y no de derechos humanos, único posible y en el cual el consentimiento libre, previo e informado de la persona titular de los mismos es esencial.

Así las cosas, ahora que la Sección Penal de la Comisión General de Codificación está afrontando la reforma de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales podría ser el momento idóneo para que el Código penal criminalizara las esterilizaciones no consentidas por razón de discapacidad y erradicara, definitivamente, esta forma de violencia contra la mujer.

3. Bibliografía consultada

- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “La esterilización de discapacitadas psíquicas en el proyecto de reforma del Código Penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal* 9 (2014). (BIB 2013\2709).
- 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* 9 (2015) 10-15.
- “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* 91/749 (2015) 1345-1380.
- *La sustitución fideicomisaria especial Introducida por la Ley 41/2003*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- CAMPOY CERVERA, Ignacio, “El derecho a una educación inclusiva de calidad”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, dir. / GARCÍA MEDINA, coord., *Estudios y Comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, 523-533.

DE SALAS MURILLO, Sofía, “Repensar la curatela”, *Derecho privado y Constitución* 27 (2013) 11-48.

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 IDEM, dir. / GARCÍA MEDINA, coord., *Estudios y Comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016, 59-106.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Cizur menor (Navarra): Aranzadi, 2014.

PAU PEDRÓN, Antonio, “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, *Revista de Derecho civil* 5/3 (2018) 5-28.

VIVAS TESÓN, Inmaculada. *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*, Madrid: Difusión jurídica, 2010, 113-177.

— *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 (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=494711>).

— “Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar”, *Revista de Derecho Privado* 96 (2012) 3-40.

— “La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* a efectos de alimentos matrimoniales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 90/745 (2014) 2510-2541.

— “Retos actuales en la protección jurídica de la discapacidad”, *Revista Pensar* 20/3 (2015) 823-846 (<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4110>).

— “Protección de la discapacidad en el seno de la ruptura parental”, *La Ley Derecho de Familia* 10 (abril-junio 2016) 1-17.

— “Niños y niñas con capacidades diferentes: el derecho de la persona a tomar sus propias decisiones”, *La Ley Derecho de Familia* 13 (2017) 14-29.

— “La obligación de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: ponderación de discapacidad de alimentante y alimentista. Comentario a la sts de 13 diciembre 2017”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* 107 (2018) 123-140.