

## **REFLEXIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CDPD) EN RELACIÓN CON EL DESEMPEÑO DE LA TUTELA POR FUNDACIONES TUTELARES**

### **1. Antecedentes formales**

Por las razones que se recogen en este documento, la Junta Directiva de la Asociación Española de Fundaciones Tutelares (AEFT) entendió conveniente abrir un proceso de reflexión sobre la aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en el trabajo y la actividad cotidiana de las entidades que la integran.

Para ello se acordó constituir un grupo multidisciplinar de reflexión integrado, a juicio de la directiva, por personas que tuviesen un mayor conocimiento sobre la materia y realizasen una aportación valiosa al efecto.

El grupo ha estado integrado por:

- Torcuato Recover, asesor jurídico de la AEFT y coordinador del Foro de Asesores.
- Ignacio Serrano, vicepresidente de la AEFT.
- Arancha Pinar, directora de la AEFT.
- Antonio Manuel Ferrer, abogado de SOM Fundació catalana Tutelar Aspanias (Cataluña).
- Marta Sunyer, gerente de Fundación Tutelar FUTUMAD (Madrid).
- Pedro Fernández, gerente de Fundación Tutelar FUTUDÍS (Castilla y León).
- Rafael Armesto, asesor Jurídico de FUTUBIDE - Fundación Tutelar Gorabide (Bizkaia).
- Sofía de Salas, patrona de Fundación Tutelar Aragonesa LUIS DE AZÚA (Aragón).

Actuó como ponente y moderador del grupo Torcuato Recover, preparando un documento básico que ha sido debatido en cuatro reuniones presenciales del grupo y contrastado con las Fundaciones Tutelares asociadas, los asistentes al VIII Encuentros de Patronos y la X Jornada de Asesores Jurídicos de Fundaciones Tutelares, hasta determinar la presente redacción final.

### **2. Cuestiones previas**

Las Fundaciones Tutelares vienen desempeñando un papel fundamental en el ejercicio de la tutela de personas con capacidad judicialmente modificada, al amparo de lo dispuesto en el artículo 242 del Código Civil.

La ratificación por España de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante CDPD), aprobada por Naciones Unidas en diciembre de 2006, supone la incorporación a nuestro ordenamiento legal del texto de la misma, incluso como criterio de interpretación del resto del ordenamiento, a tenor de lo establecido en los arts. 10.2 y 96 de la Constitución Española. En lo que a nuestra sustancial función se refiere, esto implica, especialmente, la necesidad de contar con un conocimiento y una aplicación adecuada de lo dispuesto en sus artículos 12 y 13 cuyo contenido, como veremos, incide directamente en la función de las entidades que integran la AEFT.

El citado artículo 12 de la CDPD afecta, pues, de forma directa, al régimen de modificación de la capacidad y a las hoy llamadas instituciones de guarda que el Código Civil y la ley procesal vigentes establecen. De hecho, el Gobierno ha quedado comprometido en varias ocasiones, y por medio de ley, para hacer modificaciones legales que supongan acomodar estos textos a la Convención, aunque aún no se ha abordado ésta necesaria y comprometida modificación legislativa<sup>1</sup>.

En cualquier caso, nuestra mirada, nuestro acercamiento a la CDPD, no puede ser de suspicacia o desconfianza, y menos aún de censura. Es claro que la Convención constituye una gran aportación, enormemente positiva, para las personas con discapacidad: las visualiza, situando sus derechos en el superior ámbito de los derechos humanos: nos ayuda, frente a la sociedad y las instituciones, a reivindicar el papel de las personas con discapacidad en una sociedad inclusiva; proscribire cualquier forma de discriminación por razón de discapacidad; establece la necesidad de efectuar ajustes razonables para, partiendo de la dignidad inherente de la persona con discapacidad, de cada persona, facilitar la aceptación de la misma como es; no imponiéndole modelos estándar, ni ocultándola en servicios institucionales.

La CDPD es, pues, para todo el movimiento asociativo a favor de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo una conquista, una gran oportunidad y, por tanto, nuestro acercamiento, nuestro uso de sus textos, debe estar en esos parámetros.

### **3. La incidencia de la Convención**

La CDPD constituye un texto global, holístico, que considera los derechos de las personas con discapacidad, de una forma que busca ser total, que no se centra solo en cuestiones precisas o en el reconocimiento de derechos puntuales, sino que aborda la cuestión desde los derechos más fundamentales (la vida, la no discriminación, la salud, la educación, el trabajo, la vida independiente, el ocio, la participación social y política...) y lo hace desde los parámetros propios de una consideración social de la discapacidad, superando así, de forma definitiva, las visiones y modelos segregadores o meramente sanitarios de la discapacidad, que han identificado el modo de acercamiento a esta durante siglos.

La aparición de su texto constituye un revulsivo, y un hito, en el avance de los movimientos sociales a favor de la discapacidad intelectual o del desarrollo. Al mismo tiempo, la proclamación de principios y derechos básicos y previos, que la CDPD realiza en su preámbulo y en su artículo 3, constituyen el marco de referencia necesario para abordar la cuestión objeto de este documento.

Y su consideración, incluso aunque se pretenda centrar en el desarrollo de determinados derechos, como en nuestro caso ocurre, no puede realizarse de forma sesgada, parcial, sino en

---

<sup>1</sup> Disp. Final 1ª de la Ley 1/2009, de 25 de Marzo, y Disp. Adic. 7ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

la consideración global de la propia persona y de la totalidad de sus derechos, que el propio texto de la CDPD supone.

Esto implica que no podemos abordar el tema del derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, sin considerar todos y cada uno de los ámbitos de actividad en que esta se desarrolla y se hace efectiva. La capacidad jurídica no hace mención, exclusivamente, a la adopción de decisiones de carácter patrimonial, sino que constituye elemento previo para todas aquellas actuaciones de la persona en el ejercicio de decisiones que afecta a múltiples facetas de su vida personal: sobre su trayectoria educativa o formativa, sobre el acceso y desarrollo del trabajo personal, sobre su derecho básico a participar en la vida de la sociedad en que se inserta, sobre el propio ejercicio de su ocio, etc.

Este planteamiento nos ha de llevar, necesariamente, a considerar la sustancial aportación que el artículo 12 realiza respecto del reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, proyectado a cada uno de los ámbitos de la vida de ésta, que la propia Convención reconoce y considera.

Y este posicionamiento previo nos llevará, en consecuencia, a considerar el abordaje de todo lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica a que el artículo 12 se refiere, en estrecha relación con el ejercicio de los demás derechos. Desde esa óptica, por ejemplo, el respeto y el favorecimiento en la adopción de decisiones, estará fundado en el reconocimiento de la dignidad inherente de la propia persona con discapacidad; de la dignidad intrínseca de cada persona con discapacidad, en su derecho a la vida independiente; y, como corolario de ello, a la expresa prohibición de cualquier discriminación por razón de la discapacidad. Y su derecho de acceso a la justicia constituirá un elemento básico para la garantía del ejercicio del resto de los derechos, y se cimentará en la prohibición de la discriminación, en la básica garantía de igualdad de oportunidades plena y efectiva.

Esta reflexión quiere ser, en este sentido, una llamada de atención en el ejercicio de las funciones de apoyo, para no considerar éstas de una forma aislada, eventual y solo para decisiones específicas y, menos aún, solo para cuestiones patrimoniales, sino recordar que los sistemas de apoyo, cuya concreción y ofrecimiento a cada persona con discapacidad constituyen el objeto de las entidades integradas en la AEFT, han de abordarse, siempre y en cada caso, desde esa consideración global de la propia persona, para facilitar el ejercicio de todos y cada uno de sus derechos.

#### **4. La incidencia concreta que supone la sustancial aportación del artículo 12 de la CDPD**

El artículo 12 de la Convención comienza, en su apartado 2, realizando una sustancial afirmación, al proclamar que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, lo que ha de ser tenido en cuenta como criterio de base en todo lo relativo a los sistemas o la provisión de apoyos que el resto de sus apartados establecerá, y para considerar el cambio que el mismo impone a lo que nuestra legislación aún denomina “figuras de guarda”.

El alcance del texto de este precepto ha sido, además, profundizado y aclarado tanto en el Informe realizado por el Comité de Derechos que la Convención regula<sup>2</sup> respecto a España, como, especialmente, en el Documento de Observaciones realizado sobre esta materia por dicho Comité (11º período de sesiones, 30 de marzo a 11 de abril de 2014), del que resulta, en su confrontación con la regulación vigente de esta materia en nuestro derecho civil y procesal, que, no solo es necesario revisar el procedimiento de modificación de la capacidad, sino que el régimen generalizado de representación, que hoy reserva nuestra legislación civil para las situaciones de incapacitación, no es acorde con la Convención.

Aunque los principios de la Convención y el nuevo paradigma que la misma establece aún no hayan calado en todos los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados...) lo cierto es que su alcance va siendo cada vez mayor, y somos nosotros, como parte del propio movimiento asociativo que la reivindica, quienes estamos contribuyendo de manera efectiva a promover su conocimiento y divulgación. De hecho, se han dictado ya varias sentencias por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, aplicando la Convención, y son cada vez más numerosas las dictadas por las Audiencias Provinciales y Juzgados que la citan y aplican.

Esta situación hace que sea conveniente abrir un proceso de reflexión para que las Fundaciones Tutelares conozcan y apliquen en profundidad, y en toda su extensión, el marco legal establecido por la CDPD, y consideren su actuación a la luz de lo dispuesto en la misma, aún a la espera de cuál sea, finalmente, la regulación que el legislador apruebe sobre esta materia y aun cuando esta necesaria modificación se retrase.

En esencia, el nuevo marco que establece el artículo 12 de la Convención, supone aplicar un RÉGIMEN DE PROVISIÓN DE APOYOS para facilitar que cada persona con discapacidad pueda EJERCITAR su capacidad jurídica igual que el resto de los ciudadanos, procurando así, mediante los apoyos individualizados y concretos que precise, garantizar el efectivo EJERCICIO de su capacidad.

El sistema, pues, de la tutela clásica recogido en la actual redacción del Código Civil como institución de “guarda y protección”, ha de transformarse ahora en un sistema individualizado de provisión de apoyos en orden a facilitar el ejercicio de esa igual capacidad que proclama el artículo 12 de la Convención.

##### **5. Los parámetros que establece el artículo 12 de la CDPD para facilitar el ejercicio de la capacidad jurídica**

Cualesquiera que sean los apoyos que en todo caso, de forma más concreta o prolongada en el tiempo se establezcan, deberán regirse por lo dispuesto en el apartado 4 del citado artículo 12,

---

<sup>2</sup> El Comité, como órgano cualificado y auténtico, de interpretación y seguimiento de la Convención, aparece regulado en Artículo 34 y siguientes de la CDPD

cuyo texto realiza una precisa concreción de cuáles han de ser las condiciones exigibles para asegurar que los apoyos:

- respeten los derechos, la voluntad y preferencias de la persona.
- en su determinación, y en su desempeño, no haya conflicto de intereses ni influencia indebida.
- sean proporcionales y adaptados a las circunstancias de la persona.
- se apliquen en el plazo más corto posible.
- estén sujetos a exámenes periódicos por la autoridad judicial.

En relación con este último, asumimos que debe modificarse la forma de gestión de la actual tutela y, muy especialmente, el contacto con el órgano judicial, que en este momento, y en la práctica forense más habitual, se reduce a la realización de rendiciones de cuentas anuales<sup>3</sup>, aparte de aquellos otros supuestos en que la propia ley establece la necesidad de obtener autorización judicial para la realización de operaciones económicas de mayor calado (enajenación de inmuebles, adjudicación de herencia...).

El espíritu del artículo 12 debe llevar a las Fundaciones Tutelares a establecer y garantizar mecanismos que permitan conocer la opinión, la voluntad y preferencias (en la propia terminología que aquel establece) de la persona con discapacidad; en cada caso, en cada decisión. Incluir ésta como buena práctica protocolizada en nuestras actuaciones será una forma directa de ser coherente y garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en la Convención, e incluso de cuidar de que este respeto a la voluntad y preferencias constituya también parámetro permanente en la actividad de las personas o entidades que prestan los servicios o apoyos de forma directa.

Y, a su vez, esto conlleva la necesidad de establecer sistemas de coordinación e información más habitual y constante con la autoridad judicial.

De ahí pues, que tanto en la gestión directa como en la documental, deberá observarse el conocimiento y el respeto en todo lo procedente (en lo que haya de apartarse de su decisión, debería justificarse) a la voluntad y preferencia de la persona, que debe ser así, solicitada y comprobada para adoptar cualquier decisión que le afecte.

Todo lo dicho conlleva la necesidad de establecer sistemas de coordinación e información más habitual y constante con la autoridad judicial, a la que se deberá dar traslado de cualquier información relevante, entre la que ha de estar, no solo como hasta ahora venía ocurriendo en muchos casos, la mera información patrimonial, sino especialmente toda la que tiene relevancia personal.

---

<sup>3</sup> En la práctica habitual el requerimiento de informe anual a que se refiere el art. 269,4 CC queda reducido a un examen anual de las cuentas que proporciona el tutor.

Hemos pues, de actuar nosotros y reivindicar a la autoridad judicial la intervención activa de la propia persona con discapacidad, y romper con inercias que supongan limitaciones de la voluntad de la persona, en los juzgados o en nuestras propias entidades.

En este sentido, ha de constituir concreción precisa de estos compromisos el esfuerzo para garantizar la actualización y vigencia de las medidas de apoyo. De ahí, que un primer paso, con cuanto llevamos expuesto y que debe desprenderse de la aplicación adecuada del artículo 12 para las entidades tutelares, en este concreto momento, se derivaría un esfuerzo de revisión respecto de la adecuación de las medidas acordadas en las resoluciones judiciales hoy vigentes, adoptadas en los procedimientos de modificación de la capacidad, que afectan a las personas respecto de las que nuestras entidades desempeñan tutela, curatela u otras figuras similares. Evitando así, aplicar figuras que pudieron ser decididas en resoluciones que, en muchos casos, no se adaptaron con una valoración comprensiva de todos los niveles de autonomía de la persona la que se referían, o que pueden haber experimentado lógicas descompensaciones respecto de las necesidades de la persona que, obviamente, evoluciona a lo largo de su vida.

Instar así a que el juez oiga, cuantas veces sea conveniente, a la propia persona con discapacidad constituye una obligación impuesta por el texto del artículo 12 citado. Obviamente, será el juzgador quien adopte la decisión que estime procedente, pero debemos nosotros dar muestras de que asumimos y creemos lo dispuesto por la Convención e interesamos su adecuado cumplimiento.

El correcto ejercicio de este sistema de provisión de apoyos no es compatible con una posición estática, en la provisión de apoyos; por el contrario, estos, y el propio acercamiento a la persona con discapacidad por parte de la entidad que le provee de apoyos, han de ser dinámicos, adaptados a sus necesidades en cada momento. De la misma forma, también la respuesta judicial habría de ser igualmente dinámica, frente a la actuación mucho más pasiva y estática actual.

En el ejercicio de tales responsabilidades no es infrecuente que encontremos resoluciones que no se adecuan al perfil concreto y actual de la persona; que no constituyen el “traje a medida” que debiera ser la sentencia, para garantizar las esferas de autonomía de la persona y adecuar los sistemas de protección sin ir más allá de lo que ésta sea necesaria. Y, en consecuencia, aplicando la propia legislación vigente, pero con apoyo explícito en lo establecido en la CDPD<sup>4</sup>, sería coherente con esta auto-exigencia que nos planteamos, y por ello proponemos instar de los órganos judiciales y, en su caso, de la Fiscalía, en el ejercicio de sus obligaciones estatutarias, nuevos procesos que adecuen las figuras de apoyo a lo que la persona realmente precise, a tenor de cuanto venimos exponiendo.

---

<sup>4</sup> El juego de lo dispuesto en el actual texto del art. 761 de la LEC, con el art. 12 de la CDPD, permitiría justificar estas actuaciones.

## **6. La necesaria separación entre la prestación directa de los apoyos y servicios, y la coordinación de estos o el actual desempeño de la tutela. Una reflexión ética para la futura regulación de la provisión de apoyos**

Es también conveniente, aprovechando además el compromiso gubernamental de abordar una nueva redacción legal para la aplicación del artículo 12 en nuestro país, recordar la necesidad de sostener siempre una reflexión ética en la actividad de las Fundaciones tutelares, y muy especialmente en el esfuerzo permanente para evitar ser juez y parte, y denunciar, en todo caso, como una mala práctica o incluso como conducta no ética, que la misma persona, generalmente jurídica, que presta directamente los apoyos o los servicios, sea quien vele por los intereses y el patrimonio de la persona física que los recibe. En la AEFT hemos entendido siempre, desde esa reflexión ética que justificó nuestro nacimiento, que es preciso mantener un distanciamiento entre ambos papeles. No es conveniente por ejemplo que, quien recibe una contraprestación económica por prestar un servicio residencial, de atención diurna, o de otro tipo, sea también quien ordena los pagos del mismo como tutor o curador<sup>5</sup>.

En el movimiento asociativo conocemos que el tridente formado por: entidades prestadoras de servicios, persona con discapacidad intelectual y su familia es la fórmula más adecuada para hacer frente a las necesidades de aquella. Y cuando no existe un marco familiar, ha de ser la Fundación Tutelar quien debe establecer los mecanismos de colaboración, e incluso de contratación y control, con la entidad que directamente presta el servicio, desempeñando el papel que le correspondería a la propia familia, con el mejor interés y el más desinteresado.

La mezcla de ambos roles en una sola entidad o persona (directores de centros que son tutores de personas atendidas en los mismos; entidades que desempeñan la tutela de personas que atienden, o incluso entidades tutelares instrumentales, creadas por y para atender a los usuarios de los centros de la entidad que las promueve...) supone una confusión de papeles que no es en absoluto conveniente y puede abrir las puertas a actuaciones desviadas (gestiones de fondos no suficientemente controladas; decisiones adoptadas en función del interés del servicio y no de la persona, etc.), y que, en definitiva, como señalábamos al principio, o es en sí mismo, o puede derivar en situaciones no éticas y/o perjudiciales para la persona con discapacidad intelectual o del desarrollo.

En este sentido hemos de recordar que el Gobierno, al menos en dos ocasiones, ha asumido el compromiso de realizar una modificación sustantiva en el Código Civil y en la ley procesal, para su adecuación a lo dispuesto en la CDPD. Éste puede ser un buen momento para que se produzca un adecuado y completo desarrollo de la regulación que en la actualidad contiene el artículo 242 de C.C. y que se incluya alguna matización en este sentido, como de hecho ya se ha adelantado en algunos nuevos textos legales nacidos después de la ratificación de la CDPD<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> En esta reflexión ética se puede encontrar un eco de la premisa que el artículo 12 establece cuando determina que uno de los parámetros que deben regular la provisión de los apoyos será el de evitar que estos se provean o apliquen facilitando un posible “conflicto de intereses o influencia indebida”

<sup>6</sup>Supone una buena referencia en este sentido lo que al respecto se ha dejado establecido en el Código Civil de Cataluña, en su artículo 222-17.1 “No pueden ser titulares de la tutela ni de la administración patrimonial, ni



En cualquier caso, y con independencia del texto que finalmente establezca esa acomodación, e incluso del retraso que aun experimente la misma, estamos ante un dilema, un esfuerzo ético de vigencia permanente; que ha de formar parte del propio ejercicio de la entidad a la que corresponde proveer de apoyos. Facilitar el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad supone, como decíamos, respetar su voluntad y preferencias, pero también cuidar de evitar que las decisiones que al efecto se adopten puedan estar condicionadas por otros intereses que no sean los de aquella, o que sean fruto de influencias indebidas.

A su vez esto no es incompatible con la necesidad de que este proceso de reflexión sea generalizado a todo el movimiento asociativo FEAPS, y que se debata sobre la conveniencia de que las entidades que prestan los servicios cuiden de realizar esa precisa reflexión ética y consideren la conveniencia de asumir directamente las tutelas o la provisión de apoyos, y de la oportunidad de creación de nuevas instituciones tutelares meramente instrumentales de la organización que las promueven. En esta reflexión sería conveniente beneficiarse del caudal de experiencia y de capacidad de gestión que ya aportan las fundaciones tutelares existentes.

## **7. Lo que supone el régimen de provisión de apoyos**

Los apoyos no son un concepto nuevo para las entidades integradas en el movimiento FEAPS. Ha sido este movimiento asociativo precisamente el protagonista, con las fundamentales aportaciones de personas como Verdugo y Schalock, quien ha ayudado a introducir en nuestro país la actual concepción de la discapacidad intelectual derivada de la Asociación Americana de Psiquiatría, que, precisamente, establece un sistema de provisión de apoyos para aquellas áreas del funcionamiento de la persona con discapacidad en las que existe limitación en la interacción. Buena parte de nuestras organizaciones ya aplican sistemas de planificación centrada en la persona que, en definitiva, suponen articular las organizaciones en función de las aspiraciones del propio y autónomo desarrollo de la vida de cada persona.

Por tanto, ni el concepto, ni aún el modelo, son nuevos para nosotros. De hecho en el MODELO DE TUTELA que propugna la AEFT ya se define a las FF.TT. como entidades proveedoras de apoyos para las personas que nos han sido encomendadas por disposición judicial, mediante las denominadas figuras de guarda vigente (tutela, curatela, administración judicial...).

La aplicación del régimen de provisión de apoyos supone, en definitiva, llevar hasta sus últimas consecuencias la necesidad de individualización de la resolución judicial que venimos interesando siempre como la mejor práctica, y que incluso resulta de lo que ya establece el artículo 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hoy vigente, proveer de apoyos supone no solo la individualización de estos, sino también la contextualización, de forma proporcional y adecuada a las necesidades de cada persona, y a las peculiaridades y naturaleza de la decisión

---

ejecutoras materiales de las funciones tutelares, las personas físicas o jurídicas privadas que estén en una situación de conflicto de intereses con la persona protegida. En particular, no pueden serlo las que, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona protegida.”



que en cada caso se adopta. Hablamos pues de apoyos adaptados y configurados a cada momento y en todas las circunstancias de su vida, como resulta de lo dispuesto en el tan citado artículo 12. En definitiva, hay que brindar el apoyo que precisa cada persona y en cada momento, para cada decisión.

Se trata, por tanto, de determinar y proveer los apoyos que precisa la persona en función de la necesidad a la que se hace frente o la opción que se le plantea; para cada decisión que haya de adoptar que genere consecuencias jurídicas; para elegir o determinar el apoyo que pueda hacer posible el ejercicio de esa decisión.

Esto dará lugar a una nueva forma de desempeño de la tutela respecto de la que actualmente realizan las FF.TT. En buena medida este tipo de actuación se encuentra ya integrada hoy en la función que estas están desempeñando. Convenimos de hecho en que, cuando las FF.TT. no desempeñan directamente la atención inmediata de la persona tutelada o curatelada (que suele ser el modelo más extendido, y el que responde a mejores prácticas), lo que hacemos es una suerte de “coordinación o gestión de apoyos diversos”. La entidad o el centro que presta los servicios constituyen el apoyo profesional e inmediato; y si la oferta de servicios es más diversificada (centro de trabajo, vivienda tutelada, actividades de ocio...) en cada uno de esos ámbitos hay sistemas de apoyo. Apoyos específicos que, en todo caso, son conocidos, coordinados y evaluados por quien desempeña la tutela que, de esta forma, realiza esa especie de coordinación de apoyos específicos.

Será función también de la propia entidad proveedora evaluar y valorar la adecuación de los apoyos prestados, comprobar su adecuación a los criterios establecidos en el artículo 12.4 de la CDPD, e incluso establecer mecanismos internos de evaluación de nuestra propia función.

Otra cuestión será la de valorar la idoneidad de los apoyos naturales con los que cuente la persona. En el caso de aquellas que están en un contexto familiar, que puede estar proporcionando apoyos, pero respecto de los que consideramos que no siempre son idóneos, o que son contrarios a los parámetros que la convención establece, será nuestra la obligación de adoptar decisiones para asegurar esa adecuación y velar por los intereses de la persona con discapacidad que no siempre coincidirán con los de su entorno.

En cualquier caso, es preciso ser conscientes de que nuestro papel no ha de ser el de sustituir, sino, en todo caso, el de acompañar a la persona, ayudarla a tener un proyecto de vida, y a llevarlo a cabo; a tener sueños y a hacerlos efectivos. No es el de imponer nuestras propias decisiones y ofrecerle soluciones estándar.

## **8. De qué hablamos cuando hablamos de apoyos**

El concepto de apoyo es, necesariamente, genérico, porque precisa de una individualización concreta, en relación al momento y a la situación en que se desempeña o se provee, pero, al mismo tiempo, constituye una evidencia del gran cambio en la actuación, en el acercamiento y en la consideración de las necesidades de las personas con discapacidad.

El propio Tribunal Supremo, en su sentencia Sala 1ª, S 27-11-2014, nº 698/2014, nos ofrece una consideración que nos permite entender de qué hablamos, cuando establece que:

*“lo que se adopta son medidas de apoyo que se inician cuando, como ocurre en este caso, se toma conocimiento de una situación necesitada de los mismos para permitir al discapaz ejercer su capacidad jurídica; apoyos que la Convención de Nueva York de 13 diciembre 2006, ratificada por España en 23 noviembre 2007 (BOE el 21 abril 2008), 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.”*

Las visiones anteriores, hoy felizmente superadas, partían de una minusvaloración de la persona con discapacidad; ésta no podía abordar decisiones. Sus limitaciones, y la diferencia con el resto de las personas que no tienen esta situación, que lo que viene predominando, en el mejor de los casos, sea un criterio tuitivo, de protección, de mera guarda, o de amparo. Lo que al final supone establecer un sistema de sustitución permanente, guiado siempre, en el mejor de los escenarios, por el principio superior de que las decisiones así adoptadas lo sean en beneficio de la persona sustituida.

Brindar o proveer de apoyos constituye la visión opuesta. Se trata ahora de facilitar que la persona pueda adoptar su propia decisión. La determinación de apoyos para facilitar la accesibilidad puede suponer un buen ejemplo práctico, aunque a cierta distancia, instalar un sistema de acceso fácil para personas con movilidad reducida, o en otro orden de cosas, realizar versiones de documentos en lectura fácil, por ejemplo, constituye un ejemplo preciso de cómo se pueden articular apoyos que permiten que la persona conozca aquello que le afecta o pueda entender mensajes que tengan mayor dificultad.

A menudo los procedimientos de modificación de la capacidad se inician cuando se hace preciso adoptar decisiones respecto de bienes inmuebles sobre los que ostenta derechos una persona con discapacidad intelectual. Y, en la lógica actual de estos procesos, parece existir una cierta presunción de incapacidad, que a menudo resulta de la mera apreciación externa y superficial, y que impide suscribir un documento público que afecte a esa operación. Lo que conlleva, finalmente, una decisión global de incapacidad, ya sea total o parcial, y establecer figuras de vigencia prolongada como la tutela o la curatela. En situaciones como estas, posiblemente, en muchos casos (obviamente la entidad del apoyo depende de los niveles de autonomía de cada persona con discapacidad) podría evitarse toda esta actuación si facilitásemos los medios para que la persona pudiese adoptar la decisión procedente (en el

caso considerado, respecto del inmueble). Una persona de su confianza puede asesorarle, explicarle cuáles son los efectos de una u otra decisión; si es bueno, o conveniente, por ejemplo, vender el inmueble, arrendarlo o adoptar otra medida; y, de esta forma, adoptada la decisión con las garantías adecuadas (aquellas que recoge el art. 12.4 de la CDPD), no será necesario realizar todo el esfuerzo, personal e incluso económico, que supone un procedimiento de modificación de la capacidad.

De este modo, respecto de cada decisión: realizar una gestión ante una Administración Pública, por ejemplo, con el apoyo de una persona de confianza y que, obviamente, ni sustituya ni ejerza ningún tipo de influencia indebida, que permita rellenar un formulario, efectuar una solicitud, o realizar cualquier gestión, sin que, el mero hecho de la discapacidad intelectual justifique la negación de la capacidad efectiva para comparecer y adoptar decisiones que, mediante ese apoyo, son valoradas y protagonizadas por el sujeto e interesado de las mismas.

Se trata pues, de articular mecanismos que permitan desempeñar ese APOYO; favorecer, ayudar, sostener, a la persona con discapacidad intelectual para que pueda adoptar sus decisiones, de mayor o menor alcance, en cada situación, en cada momento.

## **9. La tensión entre protección y autonomía**

Asumimos que el modelo de prestación de apoyos que resulta de la Convención supone la promoción de la autonomía de la persona, la disposición para ayudarle en la toma de decisiones con la persona; no en lugar de ésta.

Sin embargo, es conveniente plantear cómo delimitar la situación, cuándo apoyar o fomentar la autonomía nos hace pensar que se adoptan decisiones erróneas.

El modelo vigente es, fundamentalmente, proteccionista y, sin despreciar la aportación positiva que el mismo ha supuesto y aún supone, de un lado, es cierto que propicia la posibilidad de adoptar decisiones sin la persona afectada (el modelo de tutela lo permite con total normalidad) justificándolas en que se adoptan por su bien. Es preciso repensar esta forma de actuar, y facilitar la participación de la persona en las decisiones que le afectan; evitar que el institucionalismo lleve a la despersonalización; ayudarle a conocer y controlar su vida. La llamada a “respetar la voluntad y preferencias de la persona” que hace el artículo 12.4 impone, como urgíamos anteriormente, la necesidad de actuar en forma siempre acorde con ella, establecer mecanismos de contacto habitual, de trasmisión de la información, de identificación de aquellos apoyos con los que más se identifica la persona para recabar su ayuda; de exposición de las situaciones a la persona, indicándole posibles consecuencias de cada una de ellas; y de ayudarle a decidir. Permitiéndole así, o facilitándole, conocer las posibles consecuencias de sus decisiones, y de prever el futuro. En este último sentido, se puede incluso facilitar, cuando proceda, la posibilidad de hacer uso del mandato preventivo y de la previsión de autotutela, cuando la persona tiene capacidad jurídica suficiente para realizar opciones, de forma que pueda adoptar así decisiones previas a la actual modificación de su capacidad, y sin necesidad de esta.

Somos conscientes de que existe una tensión entre la protección y la autonomía, que está en función de la propia casuística, de cada momento, de cada decisión; sobre la que es difícil establecer apriorismos o reglas estables, pero que queda orientada por el respeto a las reglas que indica aquel precepto y que, en cada caso, habrá de ser resuelta desde consideraciones éticas y de valores, y desde el principio sustancial de fomentar la autonomía (“empoderar” a las personas con discapacidad, es uno de objetivos que forma parte de la visión del movimiento FEAPS). A su vez, esto implica ser conscientes de que se han de asumir riesgos, y que el propio desarrollo vital, la convivencia, y la mera adopción de decisiones, implica tanto derechos como deberes, y que ambos suponen su mutuo conocimiento, tanto por la persona con discapacidad, como por la propia Fundación que le presta los apoyos al efecto.

Reconocer a la propia persona en toda su entidad, proclamar su dignidad inherente, también supone considerarla como persona, reconocerle sus derechos; pero también ayudarle a entender y asumir sus deberes.

#### **10. La cuestión del régimen de apoyos cuando estos son intensos y generalizados. El problema de la representación**

Compartimos que la posición adoptada por el Comité de Derechos no debe impedir la necesidad de que, en determinados casos, el régimen de provisión de apoyos haya de ser intenso y permanente (lo que, al final, puede suponer una figura de contenido semejante a la actual tutela, aunque con las diferencias que se derivan de la atinada aplicación del texto del artículo 12 y de su espíritu).

Nuestra propia experiencia, y los datos estadísticos que conocemos, nos hacen ser conscientes de que el grupo de personas que presenta limitaciones tan sustanciales en su autonomía que apenas tengan margen para adoptar decisiones, es significativamente minoritario, y por tanto hemos de huir del riesgo que supone una visión superficial que, desde la consideración de este pequeño segmento de la población con discapacidad intelectual o del desarrollo, generalice esta situación a una población mucho mayor, y, a menudo, a todas las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo.

Por el contrario, nuestro punto de partida ha de ser el de presumir siempre la existencia de un ámbito personal para la opción, que podemos, además, potenciar cotidianamente. Lo cual no impide reconocer que el sistema del sistema de provisión de apoyos permite la más elástica adaptación a la situación de cada persona.

El modelo de provisión de apoyos que es propio de nuestro movimiento asociativo es, precisamente, así de versátil. Permite ofrecer apoyos puntuales, precisos, temporales, pero también, en función de las necesidades de la persona, más o menos intensos y a veces también permanentes. Aunque no sean mayoría, es obvio que existen personas con discapacidad que tienen una limitación de su autonomía tan importante que no podrán adoptar por sí mismos decisiones con alcances jurídicos y que, por tanto, la provisión de apoyos para estos tendrá que ser equivalente a su representación. Es decir, la persona (los padres en caso de la actual rehabilitación o prórroga de la patria potestad; o el tutor o, en

definitiva, la persona o entidad proveedora de apoyos), tendrán que adoptar las decisiones más adecuadas para él, en la defensa de sus intereses personales y patrimoniales.

Esto no impide que, armonizando esta situación fáctica con los parámetros que, según establece el artículo 12, han de determinar la provisión de apoyos, exista, cuando menos, un funcionamiento más ágil, una comunicación más estrecha, entre la entidad tutelar proveedora, que ofrece, coordina y evalúa los apoyos, y el órgano judicial, para comunicar incidencias, adopción de decisiones de mayor alcance, información de los efectos de estas, etc.

Entendemos pues, que habrá que prever la existencia de situaciones de representación, o análogas a esta, si bien, la propia experiencia de las Fundaciones indica que serán excepcionales, o cuando menos, minoritarias, aunque su mera previsión ya supone que han de tener carta de naturaleza, con normalidad. En la aplicación del nuevo sistema deberá modificarse el procedimiento de control de su desempeño, acomodándolo a lo dispuesto en la indicada norma, de manera que exista un sistema de examen periódico o habitual mucho más ágil y permanente que los sistemas de control actuales, que, como ya vimos en otros lugar de este documento, son a menudo superficiales y no se acomodan a la aplicación en plazo breve, y a su examen periódico y ágil por parte de la autoridad judicial, como requiere el tan citado art. 12.4 CDPD.

#### **11. Otras consecuencias. La necesidad de revisión de los sistemas de financiación, y de mayor dotación de la oficina judicial**

Tras estas reflexiones nos queda realizar un esfuerzo de puro realismo: la actuación correcta, acorde a los criterios que dejamos indicados, la aplicación adecuada de lo que establece la Convención, puede suponer una revisión de nuestros procesos de trabajo, la elaboración de nuevos protocolos, la determinación de mecanismos de acercamiento a la persona con discapacidad, que nos permitan conocer su opinión, su voluntad, y que también la trasmitan a las entidades que realizan los apoyos directos.

Y esto, es obvio que puede suponer un mayor coste en la prestación de nuestros servicios, lo que, a su vez, puede condicionar la realización efectiva de este modelo en todas sus consecuencias.

Obviamente apostamos decididamente por la calidad en la prestación de nuestros servicios, pero ello requiere una financiación adecuada, lo que debe llevar a una revisión de los costes para atemperar estos a los que supone implementar tales criterios en todos los procesos, lo que, en muchos casos, supondrá nuevas necesidades de personal cualificado; y, determinado esto, habrá que hacer ver a las Administraciones públicas que solo con una revisión de los actuales sistemas de financiación será posible hacer efectivo el cumplimiento de lo previsto en la Convención.

De la misma forma, entendemos imprescindible una revisión de la oficina judicial para que ésta pueda hacer efectiva y cierta la misión de los exámenes periódicos y cercanos, de proximidad, que la Convención le impone.

El juez debiera contar también con apoyos propios, con profesionales del trabajo social, educadores, psicólogos... que faciliten información adecuada para adoptar las decisiones precisas en cuanto a la provisión de apoyos y evaluar su adecuación; y debiera, especialmente, establecer cauces de colaboración con las entidades y los profesionales de quienes ofrecemos servicios de provisión de apoyos y conocemos no solo la materia, sino las necesidades de las personas que aquellos nos encomiendan. Si la carga de trabajo en otras materias impide al juzgador conocer a la persona, a cada persona, hablar con ella, valorar cuál es su voluntad y preferencias, descartar la existencia de influencias indebidas, etc., el modelo realmente quebrará o no tendrá una aplicación efectiva.

## **12. La necesaria modificación y la aplicación de la CDPD en tanto aquella se produce**

Entendemos preciso que se aborde esta tarea y se evite la disfunción que supone que dos textos, que responden a paradigmas y concepciones de la discapacidad bien diferenciadas, sigan conviviendo en el aparente plano de la legalidad –aunque una interpretación adecuada del art. 10.2 de la C.E. debe llevar a considerar la primacía de la Convención, como criterio auténtico de interpretación– lo que permite a muchos operadores jurídicos no realizar una interpretación adecuada de la ley, y, en muchos casos, optar la aplicación rutinaria y tópica de la misma, orillando así toda la sustancial modificación que supone las aportaciones de la CDPD.

Hemos saludado la existencia de pronunciamientos judiciales, que, ciertamente, van siendo cada vez más frecuentes, y que están iluminados ya por varias resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, y, tras de estos, de distintas Audiencias provinciales y juzgados. Pero también es cierto que aún es muy frecuente y habitual que, de manera cotidiana, se instan y dictan resoluciones judiciales que no se apoyan ni fundamentan en lo que la CDPD establece. Hecho que supone ignorar la existencia de un texto legal de aplicación directa y obligada que reiteramos, ha de constituir criterio de interpretación auténtica del resto de las normas<sup>7</sup> y, en definitiva, aferrarse a un sistema legal al que aquella impone una nueva visión. Esta situación es facilitada, sin duda, por la coexistencia pues, de dos marcos legales: la CDPD y el actual texto del Código Civil y de la ley procesal, que responden a concepciones de la discapacidad bien dispares; estas a una visión rígida, excluyente, clínica y protectora, y aquella a una nueva visión social.

Confiamos en que, finalmente, el Gobierno acuerde llevar a cabo la necesaria adecuación que acabe con esta visión no siempre acorde, y confiamos en que en ese proceso se consideren las aportaciones de quienes, como actores directos en este escenario, entendemos que tenemos muchos que aportar para la mejora del actual sistema.

En cualquier caso, el evidente retraso en la citada reforma legal no debe impedir la aplicación directa de lo dispuesto en la Convención. De hecho, tanto en la actividad habitual y forense de

---

<sup>7</sup> Es este el criterio establecido, por ser la más reciente, en la sentencia del TS 27-11-2014, nº 698/2014, rec. 1670/2013 Pte: Seijas Quintana, José Antonio; o la de 24 de Junio de 2013. Así también lo establece la Sentencia del TC de 27 de Enero de 2014.

nuestras organizaciones, como en las resoluciones de juzgados y tribunales es, por fortuna, cada vez más frecuente –aunque aun claramente insuficiente– la cita y la adecuación de decisiones al marco legal que supone la CDPD.

En este sentido, como hemos planteado a lo largo de este documento, proponemos una profunda revisión y actualización de los textos y actuaciones, de nuestras entidades, –que nos consta ya ha sido abordada por la mayor parte de estas– para su adecuación y alineación clara y coherente con el texto de aquella.

Y, en el mismo sentido, sería conveniente realizar un esfuerzo de reflexión que lleve también a reconsiderar las propias denominaciones, de forma que nuestra actividad no quede anclada en una visión terminológica, en una identificación de imagen, que queda unida a concepciones o figuras jurídicas que son cuestionadas por la sustancial aportación que ha supuesto la CDPD.

Salvemos y conservemos todo lo que ha supuesto la aportación de las fundaciones tutelares, como entidades que, por su propia naturaleza, carecen de ánimo de lucro y ofrecen una imagen clara de servicio desinteresado y eficaz a determinados grupos sociales; pero, al mismo tiempo, evitemos quedar anclados con denominaciones que directamente nos refieren a instituciones. Organismos que, como hemos visto, están ya sometidas a una profunda revisión, pero que, tratándose de figuras de muy antiguo origen, remiten, como mera imagen, a actuaciones y, en definitiva, incluso a una visión de la discapacidad hoy superada.



## Lista de referencias

### **Legislación**

[Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.](#)

[Código Civil Español](#)

[Código Civil de Cataluña](#)

### **Informes, publicaciones, artículos y otros documentos**

[Comisario para los Derechos Humanos, ¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. Estrasburgo, 20 de febrero de 2012](#)

[NilsMuižnieks, INFORME por NilsMuižnieks, Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa tras su visita a España del 3 al 7 de junio de 2013. Estrasburgo, 9 de octubre de 2013](#)

[Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. 11º período de sesiones, 30 de marzo a 11 de abril de 2014.](#)

[Inclusion International, Informe mundial sobre el derecho a decidir, independiente pero no solo. Londres, 2014.](#)

[Asociación Española de Fundaciones Tutelares, \*Modelo de tutela\*. Madrid, 2012.](#)

### **Jurisprudencia**

[EDJ 2014/204300 Tribunal Supremo Sala 1ª, S 27-11-2014, nº 698/2014, rec. 1670/2013 Pte: Seijas Quintana, José Antonio](#)

[Tribunal Supremo Sala 1ª, S 7-7-2014, nº 372/2014, rec. 2103/2012. Pte: Seijas Quintana, José Antonio.](#)

[Tribunal Supremo Sala 1ª, S 30-9-2014, nº 487/2014, rec. 18/2014. Pte: Calvo Cabello, José Luis](#)