

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Discapacidad psíquica y maternidad: incipiente evolución jurisprudencial*

Psychic disability and maternity: incipient jurisprudential evolution

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE**

Profesora titular de Derecho civil. UCM

RESUMEN: La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad establece el necesario otorgamiento de apoyos para la persona con discapacidad psíquica para poder ejercer su derecho a la maternidad sin vulnerar, a su vez, el derecho del menor a quedar desprotegido, y para también poder participar activamente como madre en la sociedad. Derivado de ello la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor, tras la reforma operada por la Ley 26/2015, establece que en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos. Fruto de estas modificaciones se ha venido pronunciando la jurisprudencia que ha dado un *incipiente vuelco* a la jurisprudencia anterior, pero todavía muy pequeño. Ello implica la necesidad de ver caso por caso, porque los apoyos van a ser diferentes, teniendo en cuenta la discapacidad psíquica de la madre, pero también sus circunstancias familiares y sociales.

ABSTRACT. *The Convention on the Rights of Persons with Disabilities establishes the necessary granting of support for persons with mental disabilities to be able to*

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, que codirijo.

** Número de investigador. Código ORCID: 0000-0002-2814-6701. Colaboración entregada a principios de enero de 2021, cuando el Proyecto de Ley sobre discapacidad estaba debatiéndose en el Congreso de los Diputados.

exercise their right to motherhood without violating, in turn, the right of the minor to be unprotected, and to also be able to participate actively as a mother in society. Derived from this, Law 1/1996 on the legal protection of the minor, after the reform operated by Law 26/2015, establishes that in no case will a minor be separated from his / her parents due to a disability of the minor, of both parents or Of one of them. As a result of these modifications, the jurisprudence has been pronouncing that has given an incipient turn to the previous jurisprudence, but still very small. This implies that the need to see case by case, because the supports will be different, taking into account the mother's mental disability, but also her family and social circumstances.

PALABRAS CLAVE. Discapacidad. Discapacidad psíquica. Maternidad. Autonomía personal. Medidas de apoyo,

KEY WORDS. Disability. Mental Disability. Maternity. Personal Autonomy. Support Measures

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. DISCAPACIDAD PSÍQUICA COMO CAPACIDAD DIFERENTE.—II. EL «PRINCIPIO DE IGUALDAD» Y EL «PRINCIPIO DE CUIDADO».—III. LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE: MUJER Y CON DISCAPACIDAD. APLICACIÓN DE LAS NUEVAS CUESTIONES.—IV. PONDERACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA MATERNIDAD DE LA MADRE CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA Y EL MENOR «EN RIESGO DE DESAMPARO». ACTUACIÓN DEL CURADOR.—V. ¿REALMENTE SE HA PRODUCIDO UNA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL?—VI. CONCLUSIONES.—VII. LEGISLACIÓN CITADA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. DISCAPACIDAD PSÍQUICA COMO CAPACIDAD DIFERENTE¹

Como sabemos la Convención de las Naciones Unidas adoptada en Nueva York el 13 de marzo de 2006 fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (en vigor desde el 3 de mayo de 2008) pero no es hasta estos momentos de debate en el Congreso del *Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, cuando apremia el abordar diferentes puntos y/o aspectos necesarios sobre los que recapacitar.

No debemos olvidar que, como ya hemos indicado en artículos precedentes, la Convención engloba dentro de las discapacidades de orden intelectual, las que impiden tomar decisiones, los daños cerebrales, las demencias de todo tipo y otras situaciones análogas, siendo su objetivo central en que frente a la posibilidad de medidas sustitutivas de la voluntad de la persona prevalezca la adopción de medidas de apoyo, para que ella misma pueda ejercer sus derechos, incluida la toma de decisiones en los ámbitos personales y sociales.

El proyecto parte del *pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas: la capacidad se tiene por el hecho de ser persona y, por ello, ni se*

puede restringir ni se puede modificar. Sin embargo, la Convención no alude a sus deberes (ni siquiera al deber general de no dañar a otro)².

Se diferencia entre medidas *anticipatorias* o *preventivas*, basadas en la voluntad de la persona en tanto que se toman por el interesado *ex ante*, es decir, en previsión de una futura necesidad de apoyo; y, las medidas *reactivas* o *ex post*, esto es, las que se establecen una vez constatada la necesidad de apoyo, porque nada ha previsto al respecto el interesado³.

Las medidas de apoyo deberán ajustarse a los *principios de necesidad y proporcionalidad*, e irán destinadas a fomentar que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. Por consiguiente, no podrán exceder de lo que precisa la persona con discapacidad (principio de necesidad), pero también han de ser suficientes para que con ese apoyo pueda ejercer su capacidad jurídica en plenitud de condiciones (principio de proporcionalidad). Apoyo que puede afectar tanto a la esfera personal de quien lo precise (aspectos médicos, domicilio, correspondencia, *relaciones afectivas*, derechos de la personalidad, etc.), como a la estrictamente patrimonial (contratos, disposiciones a causa de muerte, propiedad, etc.), o a ambas.

Nos interesa destacar para nuestro estudio que uno de los principios básicos del proyecto es el del *respeto prioritario a la voluntad, deseos y preferencias de la persona*, a diferencia del *mejor interés de la persona con discapacidad*⁴. Principio que actúa tanto en el establecimiento del apoyo que precise (el art. 252 CC),⁵ como en la determinación de su contenido y alcance (art. 249 CC, último párrafo)⁶. Además, en algunos momentos, voluntad, deseos y preferencias de la persona aparecen también como límites y directrices que necesariamente han de seguir los encargados de suministrar los apoyos, incluso llegando a su comprensión por vía interpretativa⁷. Además, cuando esas «voluntades, deseos y preferencias» no están plenamente formadas, es *necesario contribuir a esa formación* (art. 282 CC)⁸.

Si entran en colisión el interés de la persona con discapacidad y el interés de otras personas, tendrá primacía o preferencia el primero. *Aunque veremos seguidamente que no siempre es así: como ocurre cuando choca el interés de la madre discapacitada y su hijo o hijos menores y la posible declaración de su desamparo.*

Hay que procurar que la persona con discapacidad tenga, efectivamente, una determinada «voluntad, deseos y preferencias». Por eso dice el artículo 249, 2.º que «*las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente 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.* Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro».

Cuando la persona con discapacidad tenga *menoscabadas sus facultades intelectuales en tal grado que requiera un curador representativo*, este «*deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración*» (art. 249, 3.º).

Volviendo al tema que nos ocupa es obvio que la nueva concepción de la discapacidad tiene como principal obstáculo, la repercusión de sus actos. Recordemos que en general las instituciones de apoyo no serán de tipo representativo, ni de sustitución, ni encargadas de vigilar o controlar a la persona con discapacidad sino que *realizarán el apoyo cuando sea necesario y con mínima intervención*, de tal modo que *solo en casos excepcionales* tendrán también deberes de vigilancia, control o similares, sobre

la persona a la que prestan apoyo. Como dice PAU «la protección o el apoyo a las personas con discapacidad no es un apoyo paternalista que se produce, por decirlo gráficamente, de arriba hacia abajo, sino un apoyo atento (a la «voluntad, deseos y preferencias» de la persona), que se produce de abajo hacia arriba»⁹.

El proyecto elimina las figuras de la *patria potestad prorrogada*, y de la *patria potestad rehabilitada* tanto por su rigidez (pues suponen una facultad representativa total, con la consiguiente privación absoluta de una posible actuación jurídica del hijo, cualquiera que sea el grado de su discapacidad) como por su duración. El hijo recibirá el apoyo que necesite, según el grado de su discapacidad, a través de la institución ordinaria de apoyo, que es la curatela¹⁰.

II. EL «PRINCIPIO DE IGUALDAD» Y EL «PRINCIPIO DE CUIDADO»

Uno de los principios fundamentales plasmados en nuestra Constitución es el de la *dignidad* de la persona, sin olvidar el de la *igualdad* ante la Ley de todos los españoles sin que pueda prevalecer discriminación alguna por «cualquier... condición o circunstancia personal o social». En conexión con ello, el artículo 249 del proyecto indica que: «las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de *igualdad*. Estas *medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales...*».

Conectando estos principios con el tema de la discapacidad, cabe recoger las palabras de PAU que indica que «El “principio de igualdad” y el “principio de cuidado” son dos principios complementarios y sin embargo contrapuestos. El “principio de igualdad” propugna el trato igual a todas las personas (sin perjuicio de la posibilidad de “desigualdades igualatorias”, como ha dicho el Tribunal Constitucional), y el “principio de cuidado” propugna lo contrario: el trato desigual a todas ellas. La razón de que sean dos principios contrapuestos radica en que el primero es un principio objetivo, abstracto, universal (se refiere a todas las personas en general) y el segundo es un principio subjetivo, concreto, particular (se refiere a cada una en su irreducible individualidad)... El deber general de cuidado tiene su fundamento en dos rasgos que son comunes a todos los seres humanos: la interdependencia y la vulnerabilidad. Todos somos dependientes unos de otros... todos dependemos del cuidado de los demás. Y todos somos vulnerables, pero cada uno lo es de manera distinta, la prestación del cuidado ha de hacerse de manera particularizada, individualizada, atendiendo a las necesidades de cada persona, que son distintas de las necesidades de los otros. Es cierto que determinados colectivos humanos son especialmente vulnerables: las personas con discapacidad...»¹¹.

En el caso de las personas con discapacidad el deber de cuidado surge cuando actúa alguna de las instituciones de apoyo, puesto que la función primordial de estas consiste en «asistir» a una persona. Asistencia que debe estar en conexión con el respeto a su personalidad. El curador o cuidador debe cumplir las obligaciones legales de su cargo: asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias; procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones; procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro (art. 282). Obligaciones que deberán cumplirlas con cuidado¹².

III. LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE: MUJER Y CON DISCAPACIDAD. APLICACIÓN DE LAS NUEVAS CUESTIONES

El artículo 49 CE, recoge un mandato dirigido a todos los poderes públicos para que se realice 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 (se refiere al título I, en el que se recogen los derechos fundamentales) otorga a todos los ciudadanos¹³.

A finales del año 2018 e inspirándose en la filosofía de la Convención el Gobierno socialista impulsó una reforma del citado artículo 49 para superar la redacción de 1978, (que aún continua siendo un proyecto) en los siguientes términos¹⁴:

«1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.

2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

3. Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

La Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad entiende por *discriminación por motivos de discapacidad*, cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables entendiendo por tales 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 (art. 2 de la Convención).

La Convención se refiere específicamente a la situación de las mujeres, en su artículo 6, al establecer que los Estados parte reconocen que las *mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación* y, a ese respecto, han de adoptar medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Precepto que también señala que los Estados parte 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 Convención.

IV. PONDERACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA MATERNIDAD DE LA MADRE CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA Y EL MENOR «EN RIESGO DE DESAMPARO». ACTUACIÓN DEL CURADOR

A todo ello hay que añadir además la *discriminación interseccional*, pues las mujeres con discapacidad se enfrentan a situaciones y discriminaciones que no comparten ni el resto de las mujeres ni el resto de las personas con discapacidad.¹⁵ En estos casos las medidas de protección deben de estar reforzadas.

Ambos poderes públicos, el legislativo y el judicial en la interpretación y aplicación de las normas, deben tener en cuenta la específica situación de la mujer con diversidad funcional en general, y, específicamente, en la discapacidad intelectual.

El artículo 23 de la Convención, bajo el título *Respeto del hogar y de la familia*, dispone la obligación para los Estados parte de reconocer los derechos de las personas con discapacidad en todas las *cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales para evitar la desigualdad*. Concreta, además, el reconocimiento del derecho a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad. También se establece la obligación de que se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos manteniéndose su derecho a la fertilidad, siguiendo los criterios de igualdad.

De acuerdo con su apartado segundo los Estados parte han de garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares cuando estos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados parte prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de su responsabilidad en la crianza de los hijos.

Cabe destacar lo dispuesto en el apartado cuarto, en el que los Estados parte se comprometen a garantizar que ningún niño será separado de sus padres salvo que ello sea necesario en función del *interés superior del menor* y que en ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.

V. ¿REALMENTE SE HA PRODUCIDO UNA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL?

La separación de un niño de su padre o de su madre guardadores por causa de discapacidad intelectual del progenitor ha de ser el último recurso adoptado en aras del *interés del menor*. Ha de procurarse siempre que los padres puedan seguir ejerciendo sus *responsabilidades con los apoyos que sean necesarios*.

El propósito de la Convención (art. primero) se centra en 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 a su dignidad inherente...

La cuestión objeto de debate se centra en la posibilidad *caso por caso*, de determinar si la discapacidad en el caso enjuiciado puede concretarse como un concepto evolutivo, como consecuencia de la diferencia mental, intelectual o sensorial, y en su grado, y si pueden suponer una limitación para la participación

plena y efectiva de la maternidad y, además, de la maternidad en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás personas. Por lo que la cuestión a enjuiciar en cada caso debe ponerse en la limitación que toda persona con discapacidad psíquica tiene en relación con el hecho de su maternidad, y también, en la existencia de barreras que hacen que la madre con discapacidad psíquica restrinja su participación plena en todos los ámbitos de la vida social.

Consideramos que de la letra de la Convención se desprende el otorgamiento de apoyos para la persona con discapacidad psíquica para ejercer su derecho a la maternidad sin vulnerar, a su vez, el derecho del menor a quedar desprotegido, y para también poder participar activamente como madre en la sociedad.

Claro, que también hay que tener en cuenta que la Convención parece diferenciar dentro de la *discapacidad psíquica* entre *discapacidad intelectual* y *trastorno mental*, (cuando alude a deficiencias mentales o intelectuales). Hemos partido de la necesidad de ver caso por caso, porque los apoyos van a ser diferentes, teniendo en cuenta la discapacidad psíquica de la madre, pero también de sus circunstancias familiares y sociales. Y ahí, es donde el juzgador deberá afinar.

La cuestión que se suscita es la de la colisión entre la discapacidad de la madre, del padre o de ambos y el riesgo que corre el menor en quedar desprotegido y declarado por la autoridad en situación de desamparo como medida de protección en interés del menor. Puede ocurrir que los padres no puedan atender al menor pero no solicitan la guarda de la entidad pública por miedo a «perder» al menor.

Evidentemente, la obligación de los poderes públicos, y con carácter anticipatorio cuando conocen que los menores pueden correr riesgo de desamparo por cuestiones de discapacidad de los padres, se debe centrar en adoptar con carácter previo a que se produzca esta situación medidas sociales de apoyo o bien debería de acordarse la guarda administrativa aun sin la voluntad de los progenitores. Cuestión resuelta en el artículo 18, 2 parra 2.º de la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor, tras la reforma operada por la Ley 26/2015, donde se establece que la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

Fruto de estas modificaciones y de la Convención se ha venido pronunciando la jurisprudencia que ha dado un incipiente vuelco a la jurisprudencia anterior.

Así, la SAP de Málaga de 17 de febrero de 2016¹⁶ revocó la resolución administrativa de desamparo de menor, declarado por el *trastorno mental esquizofrénico* de la madre que mantiene una actitud colaboradora cuyas limitaciones por razón de su enfermedad mental pueden ser corregidas con la medicación y adecuada vigilancia, considerándose irrelevante el hecho de haberse declarado el desamparo de otras dos hijas. Se ajusta esta doctrina a la plena aplicación del artículo 23.4 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, según el cual en ningún caso se separará un menor de sus padres en razón de la discapacidad del menor, de ambos padres, o de uno de ellos. Hay una armonización del precepto con el interés superior del menor, al acordarse el reintegro del mismo con la madre, pero imponiendo al mismo tiempo que la *Entidad Pública de Protección preste asistencia apropiada a la madre para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de su hijo*.

Evidentemente esto demuestra que la discapacidad de una madre no puede ser en principio el único motivo para declarar la situación de desamparo ni, en su caso, para privarla directamente de la patria potestad. Si los progenitores viven

separados y uno de ellos padece una discapacidad intelectual puede atribuirse la guarda al otro aunque sin privar de la patria potestad al que tiene discapacidad y estableciendo un régimen de visitas a su favor; pero también puede permitirse el mantenimiento de la potestad de guarda individual o compartida.

Otros supuestos son los que hasta ahora se refieren a la patria potestad prorrogada o rehabilitada de la hija que se convierte en madre. Ante la desaparición de tales figuras en el proyecto se tenderá a establecer dentro del sistema de apoyos la figura del guardador de hecho que recaerá en sus padres y posteriormente en familiares próximos (hermanos).

No cabe establecer con carácter general la privación de patria potestad de una madre discapacitada salvo en casos especialmente graves y siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor; todo dependerá del supuesto concreto y de la red de apoyo con el que cuente la madre. Solo en última instancia, si esos recursos no son suficientes por la gravedad de la discapacidad, por falta de colaboración o por cualquier otro motivo y el interés del menor así lo exige, podrá llegarse a una decisión que implique separación pero que, al menos con carácter general, no tiene por qué suponer ruptura total de la relación materno-filial.

El cambio va a ser o debe ser radical y ello porque la Convención postula un *modelo de sociedad inclusiva* donde se respete la dignidad de todas las personas, la autonomía individual y la independencia, la participación, la inclusión plena y la igualdad de oportunidades, y donde se respete la diferencia, aceptando a las personas con discapacidad como parte de la diversidad. Deberán realizarse las modificaciones necesarias y adecuadas para garantizar a las personas con discapacidad el goce y ejercicio de sus derechos, evitando así cualquier tipo de discriminación. La finalidad última consiste en *potenciar la discapacidad como un valor en sí mismo y no como algo negativo*.

Por consiguiente, *va a ser la sociedad la que deberá adaptarse a la discapacidad psíquica*. Si se necesitan apoyos de diversa magnitud, será el Estado, la sociedad quien remover todo obstáculo, y propiciar el apoyo necesario para conseguir el cumplimiento de los derechos fundamentales que nos asisten a todos por igual y sin discriminación alguna.

En consecuencia, deberá preverse para cada persona con discapacidad psíquica, qué asistencia o ayuda necesita para valerse por sí misma de la manera más autónoma posible. La curatela será el mecanismo genérico otorgado para potenciar su autodeterminación, y dentro de ella deberá adaptarse a las circunstancias de cada persona con el menor riesgo posible para ella y para su patrimonio. Siempre con las garantías necesarias para respetar sus derechos, su voluntad y sus preferencias de la persona, y, que no haya conflictos de intereses ni influencia indebida. Medidas sujetas a exámenes periódicos por una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Últimamente, la jurisprudencia no se pronunciado en relación con este tema.

A diferencia de la sentencia anteriormente indicada de la SAP de Málaga, la SAP de Valencia de 29 de noviembre de 2017,¹⁷ (posterior en el tiempo a la primera) se refiere a una mujer que tiene reconocida una discapacidad psíquica del 46% por crisis convulsivas generalizadas por epilepsia y trastorno bipolar; y está diagnosticada de trastorno esquizoafectivo con inadecuada adherencia al tratamiento. Como madre cabe decir que está incurso en *una causa de privación de la patria potestad*, por lo que su hija fue declarada en desamparo y se acordó el acogimiento, manteniéndose la falta de idoneidad de la actora para asumir actualmente las funciones de la patria potestad respecto a su hija.

De ahí la necesidad de ver la situación caso por caso, y su estudio por el juzgador, siempre a la luz del contenido de la Convención y del proyecto en tramitación.

La SAP de Guipúzcoa, de 2 de mayo de 2017¹⁸ hace referencia a la discapacidad de Bartolomé y a la necesaria capacidad para contraer matrimonio con sus importantes efectos jurídicos. Analiza un supuesto de una persona con síndrome de Down con un retraso de grado moderado y con áreas particularmente deficitarias en la comprensión y enjuiciamiento de la realidad ello conlleva una falta de capacidad de la gestión ordinaria de su patrimonio, de otorgar testamento y de *contraer matrimonio*. Se trata de una patología de carácter irreversible sin posibilidad terapéutica que modifique su estado¹⁹.

Tras el examen realizado se concreta, como lo más procedente y adecuado para garantizar su protección, la «declaración judicial expresa con extensión de la incapacidad en el orden testamentario y a contraer matrimonio» ante la existencia de una *incapacidad para ejercer derechos personalísimos con efectos jurídicos, por ser una persona vulnerable y manipulable*, y al no existir posibilidad terapéutica que modifique su estado que además puede ser progresiva hacia un mayor deterioro a medida que cumpla años.

En esta sentencia se utiliza como argumento para establecer la incapacidad para ejercer derechos personalísimos que «si cualquier persona capacitada puede tomar decisiones erróneas, por contra tiene aptitud para afrontarlas, superarlas e incluso, si llega el caso, sufrirlas como experiencia que le permita evitarlas en el futuro, pero *cuando existe una limitación significativa de la capacidad se anula esa posibilidad de respuesta y reacción y, con ello, se genera un riesgo de perjuicio personal y patrimonial muy grave que se ha de corregir con las medidas de protección adecuadas*. Por todo lo cual... se hace extensiva la declaración de incapacidad a la gestión ordinaria de su patrimonio, otorgar testamento y contraer matrimonio».

La SAP de Barcelona de 25 de septiembre de 2019²⁰ se refiere a las salvaguardas para contraer matrimonio o comprometerse en unión de pareja estable. Se trata el tema de discapacidad y maternidad pero debido a las especiales circunstancias del caso concreto, se concluye que existe un *desequilibrio entre el derecho a la maternidad de la mujer con discapacidad y la desprotección que sufren sus hijos menores*.

La SAP de Granada de 14 de febrero de 2020,²¹ determina la discapacidad intelectual del 65 % de la madre y que, por mucho que quiere colaborar, no alcanza los objetivos de cuidado de los menores (y en la falta de aptitud de los padres para hacerse cargo de las obligaciones que les conciernen y que se consideraban ya suficientemente constatadas a lo largo del periodo comprendido entre 2013 y 2017, lo que ya ha de reputarse como un indicador de desamparo, con arreglo al artículo 18.2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor). Por ello concluye que «en caso de incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental, y que para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen *será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar*, y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico».

La SAP de A Coruña de 14 de julio de 2020²², se refiere en general a un supuesto de *discapacidad con el apoyo de un curador*, y establece que «el adecuado

a la situación actual es el régimen de curatela que ya estableció la sentencia de febrero de 2019 y que, como destaca el Tribunal Supremo, se configura como una institución flexible, que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, susceptible de abarcar tanto el *ámbito personal* o patrimonial de la persona afectada o ambos a la vez... Consideramos, en definitiva, que no es procedente acordar la incapacitación total de la demandada ni su sometimiento a tutela, sin perjuicio del auxilio que la curadora, en cuanto acepte el cargo, pueda recabar para el desempeño adecuado y efectivo de la función, puesto que todas las funciones tutelares están bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (art. 216 CC).

VI. CONCLUSIONES

I. De la letra de la Convención se desprende el necesario otorgamiento de apoyos para la persona con discapacidad psíquica para poder ejercer su derecho a la maternidad sin vulnerar, a su vez, el derecho del menor a quedar desprotegido, y para también poder participar activamente como madre en la sociedad. Derivado de ello la ley 1/1996 de protección jurídica del menor, tras la reforma operada por la Ley 26/2015, establece que en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

Fruto de estas modificaciones se ha venido pronunciando la jurisprudencia que ha dado un *incipiente vuelco* a la jurisprudencia anterior, pero todavía muy pequeño. La SAP de Málaga de 17 de febrero de 2016, ha sido la pionera, pues revocó la resolución administrativa de desamparo de menor, declarado por el *trastorno mental esquizofrénico* de la madre quien mantiene una actitud colaboradora y cuyas limitaciones por razón de su enfermedad mental pueden ser corregidas con la medicación y adecuada vigilancia, considerándose irrelevante el hecho de haberse declarado el desamparo de otras dos hijas.

II. Ello implica que la necesidad de ver caso por caso, porque los apoyos van a ser diferentes, teniendo en cuenta la discapacidad psíquica de la madre, pero también de sus circunstancias familiares y sociales. Y ahí, es donde el juzgador deberá afinar.

La cuestión a enjuiciar en cada caso, debe ponerse en la limitación que toda persona con discapacidad psíquica tiene en relación con el hecho de su maternidad, pero también, en la existencia de barreras que hacen que la madre con discapacidad psíquica restrinja su participación plena en todos los ámbitos de la vida social.

Demuestra que *la discapacidad de una madre no puede ser en principio el único motivo para declarar la situación de desamparo ni, en su caso, para privarla directamente de la patria potestad*.

El proyecto no contempla los supuestos de *patria potestad prorrogada o rehabilitada* de la hija con discapacidad que se convierte en madre. En estos supuestos el sistema de apoyo será la figura del guardador de hecho que recaerá en sus padres y posteriormente en familiares próximos (hermanos).

La *red de apoyo* con que cuente la madre es esencial también para posibilitar el ejercicio de la maternidad. No cabe establecer con carácter general la privación de patria potestad de una madre discapacitada salvo en casos especialmente graves y siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor.

En última instancia, ante la gravedad de la discapacidad, o falta de colaboración o red de apoyo, o por cualquier otro motivo y el interés del menor así lo

exige, podrá llegarse a una decisión que implique separación pero que, al menos con carácter general, no tiene por qué suponer ruptura total de la relación materno-filial.

III. *El cambio propiciado por el proyecto es radical* y ello porque la Convención postula un *modelo de sociedad inclusiva* donde se respete la dignidad de todas las personas, la autonomía individual y la independencia. Por consiguiente, *va a ser la sociedad la que deberá adaptarse a la discapacidad psíquica*.

Deberá preverse para cada persona con discapacidad psíquica, qué asistencia o ayuda necesita para valerse por sí misma de la manera más autónoma posible. La *curatela* será el mecanismo genérico otorgado para potenciar su autodeterminación, y dentro de ella deberá adaptarse a las circunstancias de cada persona y que pueda ejercer su maternidad.

VII. LEGISLACIÓN CITADA

- La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo de 13 de diciembre de 2006
- Constitución española
- Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Ley 1/1996 de protección jurídica del menor

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 465/2019 de 17 de septiembre de 2019, Rec. 5199/2018. Ponente: José Luis SEOANE SPIEGELBERG. (La Ley 133919/2019). ECLI: ES:TS:2019:2820
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 458/2018 de 18 de julio de 2018, Rec. 4374/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 87516/2018). ECLI: ES:TS:2018:2805
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 596/2017 de 8 de noviembre de 2017, Rec. 240/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 158992/2017). ECLI: ES:TS:2017:3925.
- STS Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 635/2015 de 19 de noviembre de 2015, Rec. 62/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 169935/2015). ECLI: ES:TS:2015:4711.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 341/2014 de 1 de julio de 2014, Rec. 1365/2012. Ponente: Ignacio SANCHO GARGALLO. (la Ley 95244/2014). ECLI: ES:TS:2014:3168
- SAP de A Coruña, Sección 4.^a, Sentencia 301/2020 de 14 de julio de 2020, Rec. 275/2020. Ponente: Pablo Sócrates GONZÁLEZ-CARRERO FOJÓN. (La Ley 99190/2020). ECLI: ES:APC:2020:1499
- SAP de Granada, Sección 5.^a, Sentencia 55/2020 de 14 de febrero de 2020, Rec. 232/2019. Ponente: Francisco SÁNCHEZ GÁLVEZ. (La Ley 79656/2020). ECLI: ES:APGR:2020:358
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, Sentencia 597/2019 de 25 de septiembre de 2019, Ponente: Francisco Javier PEREDA GÁMEZ. (La Ley 148849/2019). ECLI: ES:APB:2019:11742

IX. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA RUBIO, M.P., La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. X, año 2018, 173-197.
- Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio, en *Revista de Derecho Privado*, V. V, núm. 3, 2018 <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC>, 29-60.
- Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil, en *Revista de Derecho Privado*, vol. V, núm. 3, 2018 <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC>
- PALACIOS GONZÁLEZ, D., Discapacidad psíquica y maternidad, en *La Ley Derecho de familia*, núm. 23, Tercer trimestre de 2019, Wolters Kluwer. (La Ley 11670/2019).
- Protección jurídica de las personas con funcionamiento intelectual límite y discapacidad intelectual ligera: medidas judiciales de apoyo y autodeterminación socio-sanitaria, en *Actualidad Civil*, núm. 10, Sección A Fondo, octubre de 2014, tomo 2, Editorial La Ley. (La Ley 5728/2014).
- PAU, A., El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad, en *Revista de Derecho Privado*, V. VII, núm. 1, (enero-marzo de 2020). ISSN 2341-2216, Estudios, 3-29. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>
- De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil, en *Revista de Derecho Privado*, V. V, núm. 3, 2018 <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC>, 5-28.
- SOLÉ RESINA, J., La esterilización no consentida de personas con discapacidad, en *Actualidad Civil*, núm. 5, Sección Persona y derechos. A fondo, mayo de 2019, Wolters Kluwer). La Ley 6952/2019.

NOTAS

¹ La *discapacidad psíquica* se manifiesta por alteraciones en el desarrollo intelectual o por enfermedad mental de la persona, que pueden interferir en sus relaciones con los demás y en su adaptación a diversas situaciones y entornos.

Dentro de discapacidad psíquica hemos diferenciado entre: *Discapacidad intelectual* y *Discapacidad por enfermedad mental*.

La *discapacidad intelectual* se puede encontrar en diferentes tipos y grados según afecte a las funciones y capacidades de la persona con esta discapacidad, y según como influya en su desarrollo intelectual para adquirir nuevos conocimientos, retenerlos, adaptarse a situaciones, memorizar y recordar datos y tareas, entender textos o conversaciones, entre muchos otros rasgos.

La *discapacidad por enfermedad mental* se debe a alteraciones de la salud mental que pueden provocar diversas situaciones en las que el individuo tiene dificultad para controlarse solo ante ciertas situaciones o momentos de su vida, y por ello puede necesitar tratamiento y seguimiento de un profesional, para poder normalizar su situación y recuperar sus capacidades. Un trastorno o alteración mental no tiene por qué mermar la capacidad intelectual o el grado de cociente intelectual de la persona que la padece. <https://www.fundacioncaser.org/discapacidad/psiquica/introduccion>

² Puesto de manifiesto por GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: Algunas propuestas de reforma, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, 173-197.

³ *Vid.* GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, 29-60.

⁴ La STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 458/2018 de 18 de julio de 2018, Rec. 4374/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 87516/2018). ECLI: ES:TS:2018:2805 se refiere a tras la declaración de incapacidad parcial, la institución que más se adecua a las limitaciones de la demandada es la curatela. Y señala que «en aras del *interés superior de la discapaz* no procede nombrar a su hermano como curador, aunque haya sido designado como tal por la persona sometida a protección. Depende económicamente de su hermana y existe un evidente conflicto de intereses, además de una mala relación con el resto de la familia. No hay seguridad de que se salvaguarden los derechos de la demandada bajo su cuidado. Se designa como curador a la institución nombrada tutora en la sentencia recurrida». Al entender que «lo que estima ese interés superior, considerando que «no es más que la suma de los distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico de su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado». Pero como hemos señalado no parece que la Convención establezca la necesidad de basarse en el interés superior del discapaz.

El Tribunal Supremo, ha aplicado ese criterio en varias sentencias. Por ejemplo en la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 216/2017 de 4 de abril de 2017, Rec. 56/2016. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 21429/2017). ECLI: ES:TS:2017:1335 que tras declarar la incapacitación parcial del demandado, apunta a que sigue siendo titular de sus derechos fundamentales. Padece un trastorno límite de la personalidad, con rasgos impulsivos y antisociales, y precisa de tratamiento psiquiátrico continuado. (La medida de apoyo que se establece es beneficiosa para el paciente, que tiene dificultades de autogobierno en situaciones que le frustran. Pero no ha quedado acreditado ese déficit de autogobierno en el ámbito económico, ni que precise de apoyo, debiendo presumirse su capacidad para administrar sus bienes. Se confirma el nombramiento de su hermana como curador. No es beneficioso que lo sea su padre por las relaciones tensas que mantienen, lo que dificultaría el control del progenitor en los apoyos necesarios, ni su madre por el extraordinario desgaste físico y mental que le suponen las cuestiones relacionadas con su hijo). Lo que nos interesa es que alude al «siempre en atención al *interés más relevante*, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla», citando sentencias anteriores como la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 341/2014 de 1 de julio de 2014, Rec. 1365/2012. Ponente: Ignacio SANCHO GARGALLO. (la Ley 95244/2014). ECLI: ES:TS:2014:3168, y la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 635/2015 de 19 de noviembre de 2015, Rec. 62/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 169935/2015). ECLI: ES:TS:2015:4711.

También la jurisprudencia ha seguido el criterio del «interés superior», «interés que se encuentra por encima de cualquier otro» (en las STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 596/2017 de 8 de noviembre de 2017, Rec. 240/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 158992/2017). ECLI: ES:TS:2017:3925 que declara la incapacitación del demandado para regir su persona y bienes por tener sus funciones cognitivas superiores y ejecutivas severamente afectadas. No puede tomar por sí mismo decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni tampoco con el apoyo de otras personas. Sometido al régimen de tutela, se designa como tutora a la Agencia Madrileña Para la Tutela de Adultos de la Comunidad de Madrid. No se accede a la solicitud del demandado de designar a quien ha estado cuidándole y atendiéndole durante años. Debe primar el *superior interés* del declarado incapaz, que seguirá residiendo en su domicilio).

Todos estos casos tienen en común que se contraponía el interés de la persona con discapacidad al interés de los llamados a ejercer la guarda.

También la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 465/2019 de 17 de septiembre de 2019, Rec. 5199/2018. Ponente: José Luis SEOANE SPIEGELBERG. (La Ley 133919/2019).

ECLI: ES:TS:2019:2820, que entiende que la Audiencia no justifica las razones por las que prescinde de la voluntad de la declarada incapaz a la hora de designar a su tutor, mantiene que «el *interés superior de la discapacitada* requiera la desvinculación de su exteriorizada voluntad en el testamento por esta otorgado exige un plus reforzado de motivación. No es suficiente para prescindir de esta voluntad expresada en documento público notarial el conflicto existente entre sus hijos si no trasciende en contra *del interés de la tutelada*».

En sentido contrario se encuentra el Código civil catalán que en el artículo 221-1 pone en primer plano el «interés», («Las funciones de protección de las personas menores de edad, de las que no pueden gobernarse por sí mismas, si no están en potestad parental, y de las que necesitan asistencia deben ejercerse siempre en interés de la persona asistida, de acuerdo con su personalidad, y van dirigidas al cuidado de su persona, a la administración o defensa de sus bienes e intereses patrimoniales y al ejercicio de sus derechos...»).

⁵ Los números de los artículos citados en el texto se corresponde al proyecto presentado ante la cámara del Congreso.

«Cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán en todo caso dando participación al menor en el proceso y *atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias*».

⁶ «El Juez podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, *atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera*».

⁷ GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, 29-60.

⁸ Artículo 282. El curador tomará posesión de su cargo ante el letrado de la Administración de Justicia. Una vez en el ejercicio de la curatela, estará obligado a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida. El curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias. El curador procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. El curador procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro.

⁹ *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, 5-28.

¹⁰ Como dice la STS de 20 de octubre de 2014 —y su razonamiento sobre la rehabilitación de la patria potestad vale también para la prórroga de la patria potestad— «la medida de rehabilitación de la patria potestad aplicada a una persona mayor de edad [...] se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar la capacidad en cada caso, según la Convención (SSTS de 29 de abril, 11 de octubre de 2009, 24 de octubre de 2013). Para ello resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad, reinterpretada a la luz de la Convención, que será ejercida por su madre con el mismo contenido que establece la sentencia, en lo que se refiere al gobierno o control de su patrimonio, pero sin anular su capacidad económica, hasta el punto de impedirle disponer de una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo), aspecto en el que también se revoca la sentencia».

¹¹ PAU PEDRÓN, Antonio: El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad, en *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1 (enero-marzo, 2020), Estudios, 3-29.

¹² *Vid.* exposición de motivos: «El valor del cuidado, en alza en las sociedades democráticas actuales, tiene particular aplicación en el ejercicio de la curatela. Todas las personas, y en especial las personas con discapacidad, requieren ser tratadas por las demás personas y por los poderes públicos con cuidado, es decir, con la atención que requiera su situación concreta».

¹³ 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 otorga a todos los ciudadanos.

¹⁴ El 7 de diciembre de 2018 el Consejo de Ministros aprobó, a iniciativa de la vicepresidenta del Gobierno, ministra de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, Carmen Calvo, el Anteproyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución, relativo a los derechos de las personas con discapacidad. Esta iniciativa del Gobierno ha partido de la propuesta de la Comisión para las políticas integrales de la discapacidad del Congreso de los Diputados y ha contado con la participación del movimiento de la discapacidad, organizado en torno al CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad).

Con esta reforma, el artículo 49 CE se actualiza para adaptarlo a la Convención, modificándose su *terminología* para referirse al colectivo de las personas con discapacidad (desaparece el término «disminuidos» y se sustituye por «personas con discapacidad»), reformándose la *estructura* del artículo (en cuatro apartados, cada uno de los cuales refleja una dimensión diferente de la protección de las personas con discapacidad), y, modificándose el *contenido*, para adaptarlo a las concepciones actuales sobre la protección de las personas con discapacidad, que ya no se basan en la concepción médico-rehabilitadora. Se enfatizan los derechos y deberes de los que son titulares las personas con discapacidad, como ciudadanos libres e iguales. Además, fija los objetivos que deben *orientar la acción positiva de los poderes públicos como son su plena autonomía personal y su inclusión social*, políticas que deberán respetar siempre la libertad de elección y preferencias del colectivo.

También se hace una *mención expresa a la atención específica de las necesidades de las mujeres y niñas con discapacidad* y consagra el principio de protección reforzada de las personas con discapacidad, para que reciban la atención especializada que requieren y se encuentren especialmente amparadas para el disfrute de los derechos que la Constitución otorga a toda la ciudadanía.

¹⁵ PALACIOS GONZÁLEZ, Dolores: Discapacidad psíquica y maternidad, en *La Ley Derecho de familia*, núm. 23, Tercer trimestre de 2019, Wolters Kluwer. (La Ley 11670/2019).

¹⁶ SAP de Málaga, Sección 6.ª, Sentencia 105/2016 de 17 de febrero de 2016, Rec. 1064/2015. Ponente: Nuria Auxiliadora ORELLANA CANO. (La Ley 28952/2016).

¹⁷ SAP de Valencia, Sección 10.ª, Sentencia 1049/2017 de 29 de noviembre de 2017, Rec. 910/2017. Ponente: Ana Vega PONS-FUSTER OLIVERA. (La Ley 216432/2017). ECLI: ES:APV:2017:4335.

¹⁸ SAP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, Sentencia 79/2017 de 2 de mayo de 2017, Rec. 3047/2017. Ponente: María del Carmen BILDARRAZ ALZURI. (La Ley 205734/2017). ECLI: ES:APSS:2017:942.

¹⁹ En cuanto a los efectos de su incapacitación en el aspecto de la «persona» y de la toma de decisiones sobre su vida personal, la cuestión se centra en la capacidad para la toma de decisiones personales más complejas que precisan de un mayor proceso reflexivo y de conocimiento de su contenido y consecuencias como: guarda y custodia, adopción, paternidad, otorgar testamento, o tomar decisiones en temas médicos de importancia (emisión del consentimiento informado).

En resumen, lo que se concluye de lo actuado es que si Bartolomé es capaz de realizar actividades sencillas en el entorno supervisado en el que se desenvuelve, como el aseo, vestido, alimentación, o desplazamiento en lugares conocidos, y ello con necesidad de entrenamiento por el riesgo de olvido y que además carece de capacidad para enfrentarse a situaciones que requieran una cierta autodeterminación; pero no de gobernar otros aspectos más complejos de la vida como puedan ser disposiciones del tipo de otorgar testamento o contraer matrimonio al presentar importantes limitaciones en conocer y prever las consecuencias de los mismos.

Llegados a este punto, y dada la remisión que en el Fallo de la resolución recurrida se realiza a las normas específicas que regulan el testamento y el matrimonio y que debe entenderse justifican el pronunciamiento que mantiene la capacidad de Bartolomé para tales actos, diremos que otorgar testamento (art. 670 CC) y contraer matrimonio (arts. 46 y 56.2 CC) en cuanto actos personalísimos no pueden quedar confiados al tutor o en los supuestos de rehabilitación de la patria potestad al progenitor ó progenitores, y si la declaración judicial de incapacidad no implica per se incapacidad de la persona afectada para testar (el art. 663.2

CC únicamente considera incapacitados para testar al que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio y el art. 665 CC indica «Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizara sino cuándo estos respondan de su capacidad») o para contraer matrimonio (el art. 56 CC dispone en el párrafo segundo que «si algunos de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su actitud para prestar consentimiento», y artículo 171, párrafo segundo, número cuatro del Código civil, conforme al cual la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieren sido incapacitados se extingue «por haber contraído matrimonio el incapacitado», de lo que se colige que la incapacitación judicial del contrayente no es incompatible con la capacidad natural para contraer matrimonio), una armónica interpretación de dichas normas con el criterio restrictivo de las limitaciones de los derechos fundamentales, conduce a que el no planteamiento de unas tales limitaciones debe hacerse en los supuestos en que la propia patología es de tal naturaleza que no permite descartar, cara al futuro, el juicio cognitivo necesario para dichos actos, para prestar consentimiento libre y voluntario.

²⁰ SAP de Barcelona, Sección 18.^a, Sentencia 597/2019 de 25 de septiembre de 2019, Ponente: Francisco Javier PEREDA GÁMEZ. (La Ley 148849/2019). ECLI: ES:APB:2019:11742.

²¹ SAP de Granada, Sección 5.^a, Sentencia 55/2020 de 14 de febrero de 2020, Rec. 232/2019. Ponente: Francisco SÁNCHEZ GÁLVEZ. (La Ley 79656/2020). ECLI: ES:APGR:2020:358.

²² SAP de A Coruña, Sección 4.^a, Sentencia 301/2020 de 14 de julio de 2020, Rec. 275/2020. Ponente: Pablo Sócrates GONZÁLEZ-CARRERO FOJÓN. (La Ley 99190/2020). ECLI: ES:APC:2020:1499.