

Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez

(Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes) (1)

por

JOAQUÍN RAMS ALBESA
Catedrático de Derecho civil. UCM

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. HOMBRE Y PERSONA:
 - 2.1. ¿QUÉ ES Y QUIÉN ES HOMBRE?
 - 2.2. ¿QUÉ ES SER PERSONA Y QUIÉN LO ES?
3. PERSONALIDAD, CAPACIDAD E INCAPACIDAD:
 - 3.1. LA PERSONA Y LA CAPACIDAD, EN GENERAL.
 - 3.2. LA PERSONALIDAD.
4. LA DISCAPACIDAD:
 - 4.1. EN GENERAL.
 - 4.2. PRIMEROS PASOS DE PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN ESPAÑA.
 - 4.3. LA DISCAPACIDAD CONTEMPLADA EN LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE.
 - 4.4. LA CONVENCIÓN DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006. RATIFICADA POR ESPAÑA EL 23 DE NOVIEMBRE DE 2007 (*BOE* 21 DE ABRIL DE 2008):

(1) El presente trabajo forma parte de las actividades del grupo de investigación de la Universidad Complutense de Madrid que, con el número 931083, tengo el honor de dirigir.

- 4.4.1. *El propósito de la Convención.*
- 4.4.2. *Definiciones y su relación con los fines de la norma.*
- 4.4.3. *Contenido material de la Convención.*

5. LA VEJEZ:

- 5.1. CONFUSIONES EN TORNO A SU REALIDAD.
- 5.2. ¿QUÉ PUEDE SER LA VEJEZ?
- 5.3. VÍAS DE POSIBLE PROTECCIÓN A LA ANCIANIDAD EN MATERIA CIVIL.

6. LA INCAPACIDAD:

- 6.1. EN LA CODIFICACIÓN.
- 6.2. LA REFORMA DE 1983.
- 6.3. LA SENTENCIA DE PLENO DE LA SALA 1.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO 282/2009, DE 29 DE ABRIL.

7. RECAPITULACIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

La idea inicial de este trabajo responde a la necesidad de poner un cierto orden sobre la vejez y su incidencia dentro del ámbito de los Derechos de la personalidad y en el contexto propio del Derecho Civil de la Persona. Intuía que, también en mi caso, las ideas al uso no estaban iluminadas por la plenitud de nuestro actual Ordenamiento. Es decir, las nociones jurídicas que se aplicaban al hecho jurídico en cuestión nacían y circulaban por los entresijos del Derecho Civil con débiles y tenues iluminaciones, no precisamente aristotélicas, nacidas al amparo de las correcciones, en cuanto a la línea gruesa, debidas a las reformas neoconstitucionales, empleado este término en el sentido en que suele hacerlo mi distinguido y querido amigo el profesor DELGADO ECHEVERRÍA y que otro tanto ocurría con algunos de los conceptos más importantes de hombre, persona y personalidad, así como con la noción de capacidad, todas ellas afectadas por el maremoto intelectual que han supuesto las nuevas ideas y experiencias de la segunda mitad del siglo pasado sobre la vida de las personas en sociedad y las actividades que son propias de éstas.

Dentro de la conformistas coordenadas de la legislación decimonónica (2) me movía con relativa comodidad, tal vez un poco perezosa, conformista y muy desincentivada, hasta que las campañas ultra progresistas y las propuestas neo conservadoras, también extremosas, sobre la familia y su Derecho me

(2) Un aparato legislativo e intelectual de primer orden que sigue en gran parte vivo, sobre todo en ideas y principios básicos, pero que requiere de nuevas líneas de ordenación normativa, clarificación y exposición tanto para los alumnos de Derecho como para el conjunto de la ciudadanía. Las reformas, contrarreformas y revisiones parciales han dejado, a mi juicio, muy dañada la sistemática, pero no el fondo de inspiración, si bien éste puede verse afectado si la confusión sigue acumulándose reforma tras reforma.

han provocado una suerte de desazón intelectual frente a la cual decidí prescindir de los paliativos contra la incomodidad y aprovechar situación para incidir sobre el tema principal, sin variar demasiado mi comenzado trabajo sobre la vejez, desde una perspectiva algo más amplia y un poco más compleja, pero también bastante menos complicada.

De estas complicaciones que creo traen causa las posiciones más extremas, quiero suponer que a su pesar, y también las posiciones simplemente cómodas que han querido mantener las tesis más tradicionales que sustenta una buena parte de la civilística española, que entiende, a su vez, que su posición sigue inspirándose en el pensamiento ecléctico que, desde sus inicios en los años treinta del siglo pasado, «siempre supo» —y éste me parece que ha sido su principal y más común defecto— sacar el mejor rendimiento al pensamiento de las grandes escuelas enfrentadas. Eso sí, sin necesidad de tomar partido o, más exactamente, sin sentirse obligados, los autodenominados eclécticos, a tomar partido sobre las ideologías y éticas que servían de base al discurso propio de las escuelas que, por arte de birlibirloque y por mera habilidad, ahora se presentaban entre nosotros con unas soluciones nuevas, equidistantes y curadas de sus naturales extremismos.

Sigue estando clarísimo, al menos para mí sí lo está, que la síntesis de contrarios solo es posible cuando tesis y antítesis han sido formuladas por una misma mente y para un mismo propósito dialéctico, casi siempre limitado a la didáctica. Entre dos reales conclusiones procedentes de mentes distintas y contrapuestas entre sí pueden caber distintas y diferentes posiciones, pero rara vez una posición unitaria y sintética, que se desprende de la ganga circunstancial y se aprovecha de las esencias intelectuales de cada uno de los contrarios; tal resultado linda con lo milagroso y en estas materias los milagros no suelen darse y, si se dan, no son generalmente de recibo.

La rectificación del rumbo del trabajo, en buena lógica, ha sido relativa, mantiene el sabor y la mirada civilista; ahora bien, el propósito y el resultado espero acaben estando situados más allá de las funcionales instituciones civiles generadas con la finalidad de paliar las limitaciones que impiden el goce de una posición de humana plenitud. La que se predica, tal vez con poco realismo, de un arquetipo que tiene mucho que ver con la autocomplacencia de los políticos legisladores, de los profesores y, cómo no, de los profesionales del Derecho que o bien quieren ampliar su campo de acción profesional, o bien buscan confortable acomodos para seguir en una bonancible rutina.

Mi deseo no es otro que coadyuvar a la fijación de los límites «naturales» —tal vez sería mejor denominarlos «objetivos» del establecimiento— y ejercicio de los *officia bona* del cuidado de las personas que padecen discapacidades, sufren los achaques de la vejez o, para mayor desgracia, se encuentran en la situación de incapacidad.

Sabemos bien que las sociedades occidentales han experimentado en los últimos setenta años (los transcurridos desde el inicio de la II Guerra Mundial) un contundente y continuado cambio estructural, más profundo que el que suele deparar una revolución política o social triunfante. Este cambio de hondo calado sigue en curso y la sociedad es consciente de que esta falta de conclusión, no se limita a ser un radical cambio encaminado a efectuar unos relativos ajustes en la política, ni a revisar algunos fundamentos del pensamiento social, como ocurriera con ocasión de las Revoluciones, la americana y la francesa, aunque también aspira a ese resultado, pero por distinta vía.

En la actual transformación, verdaderamente revolucionaria, la causa motriz hace referencia, en esencia, a la ampliación y extensión del conocimiento del mundo físico: a proporcionar una explicación científica de la realidad biológica con incidencia directa en todos los seres vivientes; a implantar la universalización del dominio de las comunicaciones en tiempo real; a generalizar la producción de bienes y servicios; y, de forma muy especial, a indagar en todas las formas de vida, incluso hasta acuñar un nuevo concepto mismo de vida en todas sus manifestaciones y con todas sus consecuencias, sin importar demasiado los límites que desde otras perspectivas mentales y con otros fines, probablemente bien intencionados, tratan de salirles al paso y reconducirlos a un respeto a la tradición.

En medio de tanto triunfo intelectual, esta revolución científica y técnica ha provocado el redescubrimiento de la circunstancialidad e insignificancia del ser humano, con la correlativa disminución de su visión en relación con la trascendencia. Lo siento por la bien conocida afirmación de mi admirado ORTEGA y GASSET, pero en los tiempos actuales, yo no soy del todo yo y mis circunstancias se amplían y se universalizan y, en su consecuencia, pierden vinculación con los saberes y las situaciones precedentes.

Casi todos tenemos la inquietante sensación de que pasamos de estar en el centro del mundo a ser aquello que nos permiten unas circunstancias que no dominamos. Al menos tenemos el divertido consuelo de que los habituales diseñadores de las circunstancias (los integrantes de los poderes políticos, religiosos, judiciales, legislativos, económicos y de otros poderes fácticos menos visibles) tampoco las dominan. y que las más de las veces es la realidad que creían dominada la que se les escapa, aunque no tanto como al resto de los mortales, pero también.

En el mundo que seguimos denominando «occidental», con bastante impropiedad geográfica, el cambio, que se inicia, en las ideas que se revelaron decisivas para la ciencia y la comprensión del mundo, en los llamados «años veinte», y para el ámbito social en 1945, se ha ido imponiendo de forma gradual, sin grandes sobresaltos. En la marcha del mismo hasta las inevitables confrontaciones para detentar el poder, incluidas las manifestaciones de violencia bélica, se han llevado a cabo sin graves daños relativamente hablando

sobre los propios países y sociedades. La guerra se ha exportado y el terrorismo, por fortuna no se ha convertido en una guerra deslocalizada, aunque a veces lo parezca.

El modo de vida occidental, a imitación del «sueño americano», se ha instalado por si fuera poco, también sobre el mundo del denominado socialismo real, sin que ese proceso traiga causa de una influencia exterior directa, ni de la evolución racional del propio sistema comunista, sino del colapso total del modelo. Queda pendiente el arcano de lo que todavía pueda ocurrir en China, si bien en el gigante territorial y demográfico los principios teóricos del marxismo no llegaron a nacer y hace bastante tiempo que se subordinaron de forma harto utilitarista a las convicciones particulares sobre la vida, la existencia y la moral confucianas que eran y siguen siendo propias de su cultura y tradición, por lo que, a los efectos de la generalización del capitalismo, habrá que contar, eso espero, con la atemperación característica de aquella cultura, de su vocación por el relativismo y su permanente referencia a la autocritica. Aunque esto más bien es un deseo personal que manifiesto sin demasiada convicción.

Por lo que respecta a los nominales comunismos residuales, así como a los populismos dictatoriales americanos, por su localismo no tienen apenas relevancia histórica, son consecuencia directa de sus desequilibrios sociales internos y de la carencia de modelo propio de sociedad y su indecisión permanente a la hora de sumarse a una corriente cultural más amplia.

La evidente globalización de la ciencia aplicada y de los efectos de la economía muy internacionalizada han influido de forma decisiva hasta en los más atrasados rincones del planeta. El cambio no ha sido para bien, de forma necesaria, pero tampoco lo ha sido para introducir y favorecer el mal; sencillamente se ha operado una mutación con la violencia propia de un cataclismo sísmico y se han iniciado cambios que no va a ser posible encauzar y menos dominar desde y por el pensamiento tradicional. Véanse si no, las convulsiones contradictorias a que está sometido el mundo islámico y que tratan desesperadamente de exportarse.

Las distintas etapas de la mutación experimentada susceptibles de ser analizadas separadamente se suceden a un ritmo vertiginoso en razón de que la positiva herencia material que se sigue a los ingentes esfuerzos económico y científico que requirió la contienda de 1939-1945, los cuales se materializan en un mundo de comunicaciones globales de los textos inteligibles de cualquier clase y procedencia, por lo cual el mundo científico y académico hace suyos y asimila los éxitos y los fracasos, tanto propios o próximos, como siempre, y también los ajenos y lejanos, potenciando así la celeridad del progreso científico a un ritmo insospechado y, lo que es más sorprendente, casi constante.

Además, el continuado progreso científico y su aplicación al sector denominado primario: el agropecuario y pesquero (en teoría el más atrasado y más

cerrado al cambio social y tecnológico) ha erradicado en buena parte del mundo las hambrunas cíclicas. Hoy los padecimientos de estos males suelen calificarse de deficiencias del pensamiento y conducta inmoral de los dirigentes de ciertas sociedades atrasadas. O los asociamos como mucho, con los ciclos económicos. Más bien, a mi juicio, deberíamos ver en tales males y desgracias faltas o delitos colectivos —y personales— de omisión derivados del incumplimiento de las obligaciones de solidaridad, casi consustanciales y propias de un mundo cada vez más pequeño y conexionado, aunque no resulte ser así en el disfrute de la riqueza. A este propósito no estaré de más leer y reflexionar sobre el contenido y la parte que nos toca en él de la obra del premio Nobel de Economía AMARTYA SEN (3); lógicamente se puede discrepar de sus postulados y explicaciones sobre la interdependencia de las sociedades y de los actos políticos y legislativos de unos y otros, pero no se pueden echar en saco roto.

El progreso, concepto sumamente equívoco, que conserva algún valor en los discursos oficiales sobre temas políticos y sociales, se cifraba antes y se cuantifica todavía hoy en términos de una mayor producción de bienes materiales de todo tipo, disponibilidades de más capital destinado a mantenerse en la vía de crecimiento casi constante y de mejora y facilidad de acceso razonable a los servicios, cuando se ha demostrado que depende más de las ideas fundamentales que de los rendimientos en numerario, aunque éstos ayudan.

Ahora bien, la idea del hombre como hipotético beneficiario del progreso común y no como gestor del mismo, permanece invariable o poco menos. El planteamiento adolece, sin duda, de un exceso de simplicidad ya que cierra los ojos a la ausencia de la idea del hombre gestor del proceso social de desarrollo, posición que queda reservada, sin la más mínima verificación, para unas muy concretas agrupaciones humanas sobre las cuales se puede detectar la reproducción de elementos y comportamientos aristocráticos que dieron lugar a los grandes cambios sociales y legislativos del siglo XIX. De ahí la debilidad de nuestro tejido social, el déficit estructural en casi todos los elementos que se consideran esenciales para la estabilidad social, que suele comportar la económica, y para la conformación de una sociedad democrática avanzada (4).

Desde que la voluntad de progreso científico ha hecho presa en los conocimientos biológicos, es la misma idea de hombre la que se convierte en sujeto-objeto de la mutación y también en medio para los cambios radicales que se han producido, y es esta suerte de anfibología entre conceptos, fines y medios la que da lugar a un acrecimiento de las incertidumbres e inseguridades indivi-

(3) *La idea de justicia*. Publicada con gran éxito en 2009. Hay edición española en Taurus de 2010.

(4) Acabo de emplear con plena conciencia el lenguaje de los profesionales de la política, aunque creo que sirve más para la crítica de la situación que para defender el uso que tales ciudadanos hacen del poder democrático puesto en sus manos.

duales y colectivas, porque la conjunción de ser a la vez sujeto, medio y objeto directo de la experimentación y, asimismo, destinatario propiamente dicho del cambio que se logre a la postre, es algo que resulta bastante difícil de asimilar pacíficamente, sobre todo por todos aquellos que están abandonados a su adversa suerte, en tanto que se contempla como una lógica retribución por aquellos otros que se contemplan a sí mismos como verdaderos y legales dueños de la nueva situación, porque, según ellos, sin su contribución oficial el progreso no se habría producido. Dos conclusiones falsas, aunque constantemente presentes en la explicación de los cambios y en su vivencia.

Las deficiencias graves observadas en el alumbramiento de un niño han dejado de ser una barrera infranqueable; aquella que impedía a los infantes e impúberes traspasar la pubertad, ahora o han desaparecido o se ha trasladado a los cincuenta años, cifra que sigue ampliándose.

A su vez, la vejez también ha dejado de ser el puerto de llegada de aquellos privilegiados que tenían la dicha de contemplar su vida desde una posición de término más o menos consolidada, presidida por el triunfo de la experiencia, para convertirse, en la mayor parte de los casos, en un tiempo de incógnita en el cuándo, pero con la certeza respecto del cómo, se pasa a ser objeto de una dependencia personal y, habitualmente económica, de otros. La vejez considerada en sí misma puede dar lugar a la muerte, suele ser la causa más frecuente, aunque la certificación médica haga referencia a una parada cardíaco-respiratoria, éste es el efecto pero no la causa.

Si las enfermedades y deficiencias graves infantiles acarrean, con frecuencia, incapacidades totales y problemáticas discapacidades, la vejez, por su parte, suele abocar a la incapacidad total o parcial y, asimismo, a diversos grados de discapacidad. Es un tiempo de vida que no resulta por sí misma ni incapacitante ni discapacitante, aunque tampoco pueden ser considerados los ancianos seres en plena capacidad, salvo raras excepciones. Las circunstancias reales o ilusorias que rodean a los mayores condicionan muchas de sus capacidades de entender, querer o de sentirse libres en la manifestación de aquello que se entiende y quiere con trascendencia jurídica. La acción volitiva, aunque sigue siendo el eje central de nuestro mundo sociojurídico, no se ha visto afectada, en su concepción y estructura, por las mutaciones de la realidad tan omnipresentes en nuestra sociedad, por el momento.

El más serio problema para el estudio jurídico de la *discapacidad* proviene de forma destacada de la evanescencia del término, propio del periodismo anglosajón para el cual el eslogan que sirve de titular y el mensaje son casi equivalentes, siendo preferible el impacto del titular al contenido del artículo que, en principio, sigue.

La voz discapacidad sirve tanto para un roto como para un simple descondido, en la línea de un pensamiento popular y populista. Un valor sumamente útil para un Derecho de generación básicamente jurisprudencial y un instru-

mento más bien escaso y menor por expresivo para un Derecho de base normativa, como es el nuestro. Esta es la razón de por qué, a mi juicio y como trataré de explicar más adelante, no debimos ratificar el Convenio de Nueva York sobre discapacidad de 13 de diciembre de 2006 y, por el contrario, deberíamos profundizar de forma decidida en la construcción de una disciplina normativa referida a este fenómeno, abandonando de una vez por todas el tratamiento «buenista», muy en línea de toda ONG bien intencionada, pero en muchos casos interesada, y ese estilo de ligereza teórica y literaria propias de las normas que tratan de descargar «tensiones sociales», pero que, en verdad, no ofrecen soluciones lo suficientemente amplias, sino más bien acomodos para aquellos (individuos o países) que se lo pueden costear, cuando la cuestión resulta ser de tal importancia que requiere, primero, de una clarificación conceptual para nuestros idioma y sistema jurídico y, después, de posibilitar la generación de una protección real.

La Convención en cuestión resulta de muy difícil calificación, pues trata de convertir la discapacidad en una cualificación personal que pretende ser unívoca, para abarcar a toda una serie de cuestiones y situaciones que van desde la presencia de un impedimento, más bien un mero inconveniente, aunque sea importante, para llevar a cabo actividades corrientes de la vida diaria hasta incluir el padecimiento de limitaciones gravísimas para desarrollar o mantener una propia personalidad, más o menos estándar, o para ejercer, llegando así al núcleo duro del problema, la propia libertad razonable que predicamos y admitimos como propia de toda persona (5).

El tema se ha convertido en una cuestión social y periodística, pero se trata de una cuestión jurídica profunda porque afecta a los derechos fundamentales, no en abstracto, sino en lo que resulta importante en el examen del caso a caso y de la calificación de cada circunstancia. No se trata de posiciones de caridad o de buenismo social, hay que dejar una constancia clara y terminante de que se está en presencia de una formulación de estricta garantía de la libertad individual y de la vivencia de la igualdad; es decir, ante las dos cuestiones que han ocupado el primer renglón del pensamiento, al menos, europeo y americano de los tres últimos siglos y que hoy deberían inquietar profundamente a todos y cada uno de los órganos de la Administración de Justicia y los demás poderes públicos.

Por lo que se refiere a la *vejez*, este estudio se efectúa y desarrolla en el contexto de un esquema más amplio, en el que me gustaría que predominase una suerte de realista optimismo, no creo que sea posible.

(5) La generalidad del Convenio, o si se quiere la falta de concreción objetiva, parece obedecer al modo de actuación de las Naciones Unidas, que quiere disimular las grandes diferencias existentes entre sus miembros y sin embargo seguir creando normas universales, claro que con la ventaja de que no tendrá que aplicarlas, y los problemas que trata de resolver en teoría seguirán siendo problemas nacionales en los que la organización internacional no puede intervenir directamente.

El pesimismo que trasmito procede de que una gran parte de la sociedad española y de modo especial de algunos de sus dirigentes, sigue viendo en el hombre, considerado en abstracto, a un productor de energía mecánica de tracción a sangre —la versión más primitiva del *homo faber*— y no a un sujeto de ordinario dotado de razón o, cuando menos, reflexivo, que está destinado a proporcionar ideas y a vivir de ellas, someterlas a la crítica y a la experiencia en las que la *senectud* (como situación propia de la persona que carece de fuerzas para el combate, pero también referida a personas de experiencia acumulada) podría y debería servir de contrapeso compensatorio al necesario por inevitable descenso de la natalidad en todo el planeta. Para ello sería conveniente superar una etapa de transición compleja, con el aporte negativo de la indeterminación que caracteriza a la etapa actual. Nos preocupan la falta de natalidad y el paro, pero seguimos tolerando (y además cofinanciando) muchísimas jubilaciones anticipadas, cuya razón principal de ser no es otra que la de proporcionar una imagen juvenil de las empresas (6).

Para clarificar este estadio vital, este tiempo de obligado tránsito, será necesario superar y en consecuencia abandonar situaciones equívocas en las que los conceptos indeterminados de configuración moral, social o jurídica se adueñan de la descripción de una realidad que o bien se ignora o bien, con más frecuencia, se quiere desconocer, porque se carece de una respuesta eficaz para los problemas que comporta la vejez. Todos los conceptos que de ordinario se manejan tienen hoy significados o alcances distintos a los originares, que eran mucho más realistas y bastante menos blandengues. Además, los viejos solo interesan en vísperas de elecciones.

Con los conceptos básicos que conforman la realidad problemática de la vejez se ha venido practicando el juego siempre arriesgado de la minimización. Estos problemas, nos guste o no, son en esencia rudos por ser primordiales, para los que el proceso de banalización y relativización resulta burdo y claramente ofensivo. Una vez más nos encontramos con la omnipresente afición a edulcorar la pura y dura realidad. Me estoy refiriendo a esa actitud vital en la que los estamentos públicos y muchos de los individuos se vuelcan en el apoyo moral, se dedican a exhortar a la práctica de la comprensión, animan a compartir penas, ensalzan las ideas de solidaridad y hasta condecoran a quienes destacan en el ejercicio de la caridad, y ello sin sentir la más mínima contradicción en cuanto a su conducta, pues se trata de hechos y a los hechos los responsables políticos vienen obligados a hacerles frente —activi-

(6) Los grandes almacenes y las grandes superficies han sido maestros en estas actividades de renovación sistemática del personal vendedor femenino y la banca jubila a empleados con experiencia para sustituirlos por becarios, evidentemente, más baratos. Creo que esto merecería una calificación contundente, pero me la voy a evitar, ya que mi opinión no impedirá que sus dirigentes, igualmente jubilables por su edad y por su falta de previsión, sigan jugando a ser pequeños y molestos diosecillos.

dad que evitan con sumo cuidado— y no a limitarse a predicar o meditar sobre ellos. Es preciso actuar de forma comprometida con la realidad y reflexionar sobre el cambio radical que trae causa de una bien conocida revolución científica y tecnológica y que no guarda el más mínimo parentesco con posiciones intelectuales sobre la justicia o injusticia de la distribución de la riqueza, sino con la ignorancia voluntaria de las previsiones estadísticas.

Además, la vejez no es contagiosa. Si repele, se debe a cuestiones sobre las que sí sería conveniente meditar y corregir. Pues las actitudes benevolentes y bienintencionadas, en la opinión de muchos y sólidos juristas, nunca han servido del todo a la causa del Derecho, con gran probabilidad tampoco a la del verdadero amor al prójimo. Sigue siendo válida la escéptica convicción de que una cosa es predicar y otra muy distinta dar trigo.

Los menores, los incapaces, los minusválidos o discapacitados y los viejos no son ni deben ser el entretenimiento de la sociedad de los nuevos ricos o de la parte pudiente de la misma. Si son personas, que lo son sin la menor duda, deberán serlo con todas sus consecuencias, e imperativamente habrá que tenerlas y respetarlas como tales. Ni siquiera un desesperado amor familiar podría cosificarlas, aunque es evidente que se intenta. El único interés aducible y atendible debe consistir en el deber de respetarlas hasta el extremo en sus derechos: primero, en los inherentes a la personalidad y, después, en todos los demás.

Los ancianos capaces, como todos los que no han sido incapacitados, son y siguen siendo personas con plenitud de derechos y capacidades, y su máximo valor sigue siendo, no puede ser de otro modo, la libertad e igualdad, aunque algún déficit en estos puede provenir de actividades destinadas a asegurar su seguridad personal. Como tendremos ocasión de comprobar, más adelante, sin libertad no hay activa personalidad, sino un remedio pasivo y latente de la misma.

La familia nuclear, que se ha ido imponiendo por muchas y múltiples razones, entre ellas las escasas dimensiones de las viviendas, la necesaria incorporación de las mujeres esposas y madres al mercado de trabajo extradoméstico y la inevitable pérdida de competitividad de las empresas estrictamente familiares, no se encuentra preparada para hacer frente a las limitaciones que imponen la incapacidad, la invalidez o la ancianidad dependientes, por limitada que sea esa dependencia, como hacía antaño la familia amplia. Todas estas razones y otras externas al hecho familiar hacen más difícil, si cabe, la solución o simplemente la aplicación de remedios que por tradición entendemos adecuados para cubrir las necesidades de estas personas. A los ancianos, por su parte, se les hace aún más difícil llevar o mantener una vida racional no cosificada en el contexto social que es propio de las familias celulares.

Además, tengo la sensación de que la ausencia real de libertad que supone casi siempre el internamiento en residencias (todo lo adecuadas que se quiera,

aunque lo sean las menos) desencadena un acelerado proceso de deterioro de la actividad cerebral y precipita a los ancianos hacia un encierro autista, en el cual el mundo pasado se enseñorea de las primeras deficiencias que desembocan en la senilidad.

Muy pocas personas están preparadas para ser encerradas con sus propios recuerdos y fantasmas; y para los encerrados la única huida factible resulta ser la alienación respecto de la realidad circundante, así como de sus propios males y deficiencias: una argucia cerebral sumamente insana esta de la ensañación fantasiosa, que se inicia como respuesta y remedio racional para combatir la soledad impuesta y acaba por transformarse en una patología irreversible. Sería de gran interés contar con estudios actualizados, solventes y fundados en estadísticas internas de nuestro país y no aplicar las de otros bastante diferentes en cuanto a las estructuras familiares y económicas se refiere.

El mundo que vivimos, y con toda probabilidad todavía más aquel que se nos viene encima a enormes velocidades, ha ampliado considerablemente las expectativas de vida de los individuos de nuestra sociedad. Con referencia a las estadísticas de los años cincuenta del siglo pasado, de los esperados sesenta años de vida o poco más de entonces hemos pasado a los ochenta y tantos e incluso a los noventa y de una mortalidad infantil considerable y muy irregular a otra muy inferior al uno por mil de los nacidos. La longevidad de los mayores y la supervivencia de los neonatos, por primera vez en la historia conocida, alcanza por igual a todos los hombres, sin diferencia de clase social o raza; la única diferencia se manifiesta por razón de sexo, para favorecer a las mujeres. Estas bendiciones de la ciencia y de la disponibilidad de alimentos nos convierte en viables y longevos a todos, pero no opera igual para aquellos que no sean capaces de acumular nuevos conocimientos y de aplicarlos. Cada vez son más los mayores sin actividad productiva, los discapacitados y naturalmente los incapaces que dependen de los demás sin que a este fenómeno se le busque remedio alguno. Ahora se están generalizando los que abominan de la economía keynesiana a la que debemos nuestro actual bienestar y optan por implantar una economía no sujeta a regulaciones que favorezca a los sectores más dinámicos. Por supuesto se parte de que las ocupaciones de los más poderosos son las más eficaces, aunque requieran en tiempos de crisis el apoyo oficial, ya que se trata de un simple devolución de favores mutuos, aunque, en definitiva, son todos los ciudadanos los que arrostan las consecuencias.

2. HOMBRE Y PERSONA

El problema más serio que se genera en torno a los vocablos-concepto que sirven de rúbricas para este trabajo, reside en que, para la inmensa ma-

yoría de los que los utilizamos de ordinario, estimamos que su significado real y social, por tanto también jurídico, así como que sus diferencias resultan obvias, cuando no lo son tanto. Además, los juristas también incurrimos en desenfoques metonímicos y en otras confusiones menos literarias que si en sí no fomentan la confusión, sí generan problemas adicionales.

Tengo grandes y graves dudas sobre su construcción y su conceptualización como forzados sinónimos. También me resulta confusa la influencia que los planteamientos teóricos puedan tener en la evolución natural o forzada del contenido del Derecho de la Persona, sobre el que se está vertiendo muchísima aproximación periodística y una diletante vulgarización, construida sobre la efímera y poco sólida base de la deleznable moda del «lenguaje políticamente correcto» y la opinión de aquellos que están dispuestos a arriesgar su poca ciencia, a veces también mucha pero venal o cínica, obrando al dictado de la visión partidista de la política o desde una visión particularista de un problema que de suyo requiere de un tratamiento serio, responsable y, sobre todo, científico. Aquí da igual quienes sean los que parloteen sobre el tema, desde el plano político, también y crecientemente desde el religioso, sin demasiadas distinciones, pueden ser incluidos casi todos.

La cuestión principal tiene un fundamento semántico que se entrecruza con una defectuosa formulación conceptual que, a su vez, sirve a determinados intereses, a creencias y convicciones de lo más variado. Que todos los hombres son personas, menos aquellos a los que no reconocemos como tales, no deja de ser una formulación cínica pero plausible de la realidad en las conclusiones dogmáticas de las dos Grandes Revoluciones: la americana y la francesa. Que todos los hombres son personas, menos aquéllas que por las buenas se les ha negado la personalidad (los indios americanos, los esclavos originarios, los condenados a la esclavitud temporal con destierro a las colonias penitenciarias y los condenados a la muerte civil, más los profesos a perpetuidad en ciertas órdenes monásticas) constituye la base de la confusión, porque ahora que la regla casi no tiene excepciones de ningún tipo se corre el riesgo de que, al desconocer el origen forzado y artificial de la sinonimia, se crea que cualquier diferenciación entre los significados de los términos constituye una perversión racional y que cuando se da la diferencia estamos en presencia de un choque cultural y social. En la actual superposición territorial de culturas, religiones y derechos distintos con o sin problemas de convivencia es más que posible que nos encontremos con hombres (más bien mujeres) que no son personas a partir de una diferencia fisiológica o con algún discreto o indiscreto propietario de esclavos y que se crea que de lo que se trata es de un choque cultural y de una imposición o discriminación xenófoba. En realidad, estamos ante una argucia de los constituyentes ilustrados por la que anticiparon un deseo a consolidar en el futuro, previendo que en algún momento posterior todos los hombres sin excepción serán personas o,

al menos y como mínimo, deberán ser tratados por la ley y en la vida social como si lo fuesen. Pero todavía hay muchos, y no precisamente todos ellos pertenecientes a culturas extrañas a la nuestra, que creen con convicción religiosa que nada menos que el mismísimo Dios Todopoderoso hizo diferentes a los hombres entre sí, y por supuesto a las mujeres, los jerarquizó y diferenció de forma y manera que la libertad y la igualdad no son otra cosa que debilidades de una sociedad que con ello favorece su destrucción y conquista. Entre nosotros las grandes diferencias se presentan bajo formas más sutiles también abominables.

La cuestión no es de hoy, aunque sí se está manifestando ahora con bastante virulencia, pero sin que se sea capaz de alcanzar a saber, ni siquiera a intuir, hasta dónde se llegará en una vía que demuestra tanto interés demagógico, en todos los sentidos, pero también se constata un más que notable desinterés real sobre el problema por parte de aquellos que deberían, por sus personales opciones, preocuparse de canalizar la confrontación intelectual y puramente dialéctica y garantizar lo que ha resultado ser un bien comprobable para una buena parte de la familia humana, la más favorecida precisamente a partir del planteamiento de una vocación de sinonimia funcional entre los conceptos de hombre y persona (7).

Para iniciar la materia parece conveniente revisar una sencilla cuestión de planteamiento previo. Partimos de la idea equivocada de que los hombres y las mujeres desde siempre nos unimos en grupo voluntariamente, más o menos, para hacer frente a nuestras necesidades de toda índole y no es así. Este es un pensamiento propio de adultos, y es evidente que no nos presentamos en este mundo siendo ya adultos, sino desvalidos infantes. Este es el problema que se deriva del arquetipo hipotético de Adán y Eva, los cuales aparecen en el relato bíblico siendo adultos, sabiendo hablar, distinguiendo el bien y el mal y tomando o arrostrando decisiones junto con sus consecuencias. Todo lo contrario a lo que ocurre en la persistente realidad que decidimos ignorar. No ocultamos voluntariamente que aparecemos en el mundo dentro de un grupo (incluidos los bebés monoparentales) con su lenguaje, mitos, verdades, medias verdades, mentiras, medias mentiras, dogmas, ritos, prejuicios, gustos, miedos, satisfacciones, obligaciones, deberes y poderes que son los propios y característicos del grupo. Tan es así que solo tras una larga experiencia voluntaria o forzosa seremos capaces, con suerte, de cambiar, matizar y personalizar el bagaje grupal, y aún así, muchas veces, tras separarse del mismo, vuelve a imponerse.

(7) A este respecto deben ser tenidas en cuenta las sentencias que entiendo levemente contradictorias en cuanto al fondo de la cuestión debatida del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo Leyla Sahon *v.* Turquía, de 15 de noviembre de 2005, y Kervanci *v.* Francia, de 4 de diciembre de 2008, ambas sobre el uso del velo por parte de mujeres musulmanas, y la de Lantri *v.* Italia, por la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas.

Afirmamos, para olvidarnos en el mismo momento, que somos animales sociales, no animales racionales que se socializan (8). Un punto de partida pedagógico aparentemente neutral, éste último: pero que puede ser sumamente peligroso en tanto que trae causa de los distintos colectivismos direcciónistas del recientemente pasado siglo veinte que algunos sueñan por resucitar con distintos nombres y planteamientos, pero con idénticos fines.

La cuestión es semántica, pero tras de ella hay un trasfondo de igualdad y libertad que a todos nos concierne.

2.1. ¿QUÉ ES Y QUIÉN ES HOMBRE?

A la primera cuestión trató de responder, el filósofo y antropólogo social MARTIN BUBER (1878-1965), con su *Quién es el hombre* (9), un profundo, intranquilizador y hermoso ensayo. Este es un trabajo capital al que vuelvo con frecuente e irregular asiduidad, aunque tiene el efecto de desasosegarme. La obra es hija de las tribulaciones sociales e ideológicas europeas de los años veinte y treinta, las que desembocaron en la II Guerra Mundial. Es la obra de un intelectual judío de inclinación sionista, aunque en su línea más templada, de un testigo de la conformación y explosión del antisemitismo; y de un partícipe en la creación del Estado de Israel y de la universalización de algunas de sus más prestigiosas instituciones culturales. Lo aleccionador en BUBER es que, pese al mundo de tensiones que vivió en carne y espíritu propios, siempre sostuvo abiertamente en público la necesidad de entendimiento entre cristianos y judíos; que el renacimiento de la nación judía debía partir de la reconstrucción de su cultura; y que el futuro de Palestina pasaba por la consolidación de dos nacionalidades, la hebrea y la palestina en un solo estado y territorio. BUBER es un hombre de su tiempo; por ejemplo, cree en las soluciones corporativas comunes al socialismo utópico, al comunismo soviético y a los fascismos. Ahora bien, esto no debe equivocarnos en su apreciación, afirma con convencimiento, experiencia y cultura personales que la respuesta a la cuestión que se plantea, la misma de este estudio, descansa no solo en la prédica de una moral de *libertad* individual, sino también de enseñarla, practicarla y defenderla. Conoce bien y explicita en sus estudios de

(8) Esta versión moderna tiene un sospechoso poso que huele a fascismo (los hubo de muchas clases) o a comunismo propio de la izquierda divina europea que no sufrió ni de cerca el Gulag estalinista o la revolución cultural maoísta.

(9) Se trata de un breve ensayo resultado de un seminario de verano (1938) dirigido por BUBER en la Universidad Hebrea de Jerusalén, en el mismo año en que fue desposeído de su cátedra en la Universidad de Viena y expulsado de su país por los nazis. La primera edición en hebreo es de 1942, en plena Guerra Mundial y en el momento álgido del Holocausto, la edición alemana es de 1948 y la española en el Fondo de Cultura Económica, México, 1949.

forma constante que esta vivencia de la libertad depende de la integración en el conjunto del valor de la *igualdad* en la vida diaria, ordinaria y social, sin dogmatismos ni estridencias demagógicas. También nos informa y enseña que todo ello requiere no dejar fuera a esa otra virtud del ideario revolucionario ilustrado que ha sido sistemáticamente abandonada a su suerte y olvidada por la sociedad cual es la *fraternidad*, ya que solo ha sido formulada y valorada por y para pequeños grupos humanos cerrados, ligados con fuertes identidades intelectuales y con el propósito esencial de alcanzar determinadas y muy concretas aspiraciones teleológicas, dejando al conjunto global ayuno de sus beneficiosos efectos. Las tres virtudes revolucionarias, concluye en varios de sus ensayos, solo dan sus esperados frutos cuando todas ellas inspiran y conforman la legislación del país y se practican en la vivencia, interpretación y aplicación de las normas. Él no solo lo enseñó así, sino que lo práctico toda su rica vida pública y académica, primero frente a los irracionalismos religiosos de los judíos de la Europa oriental, después formando parte de la resistencia antinazi austriaca y más tarde enfrentándose a los sionistas ultranacionalistas y los judíos ortodoxos fundamentalistas en Israel.

BUBER no solo ha sido un eminentе estudioso del comportamiento humano y un desentrañador de ciertos arcanos del pensamiento religioso, además y sobre todo fue un hombre de bien que se enfrentó a todo tipo de autoritarismo y a la demagogia tendente a restringir las vigencias de los tres tópicos revolucionarios que vivió en plenitud.

Los planteamientos de tan elemental y esencial cuestión arrancan de una necesidad social dramática que encontramos en casi todos los estudios que tienen por objeto los primeros pasos de todas las sociedades de nuestro entorno. Ignoro como resolvieron el mismo problema en las sociedades orientales, africanas y amerindias primitivas, si es que lo afrontaron de algún modo. Aunque BONFANTE apunta, en repetidas ocasiones, la cercanía social e institucional existente entre la Roma clásica y el primitivo Japón imperial, lo cual favorece el estudio comparado de tan tempranas edades. Ahora bien, los antropólogos —LEVI STRAUS y otros— desmienten, en gran parte, las bases de partida de los historicistas modernos; creo que con mayor fundamento y más rigurosa investigación directa.

Al parecer y durante mucho tiempo, todas las ideas de explicación giran en torno a la necesidad acuciante de organizar, en todos los planos dignos de ser observados: individual, familiar, social, económico e institucional, la crianza, educación y la vida de relación de los retoños propios del hombre, *este animal que habla y a veces razona*; es decir, del *hombre singular*, y de ordenar, en la medida de lo posible, toda su peripecia vital e ideológica, y, en cuanto a ésta, tanto la vivencial terrena, cuanto las aspiraciones de trascendencia *post mortem* y sus consecuencias religiosas. A este respecto resultarán conformantes de las unidades familiares y suprafamiliares las relaciones que

se establezcan entre los vivos y los muertos. La función que se reconozca para los muertos resulta ser capital para el nacimiento de una sociedad que trascienda el endeble marco de la familia primitiva de naturaleza casi exclusivamente reproductora.

El concepto *hombre*, aunque se derivó de la sencilla observación de las acusadas y lógicas semejanzas entre unos y otros individuos de la especie, no fue fácil de alcanzar, por mucho que hoy nos parezca una obviedad y, además, resulte serlo. Pudo más, antaño y también ahora en algunos rincones del planeta, el interés por marcar las diferencias que el fijar identidades, interesaba poder distinguir «entre uno mismo de los demás», «entre mi grupo respecto de los demás grupos», «entre quienes tienen mi color de piel, mis rasgos, igual o parecida fisonomía y los de las demás razas», para situar a los otros en posición de potenciales enemigos, de extraños y así, llegado el caso, poderlos combatir, dominar y someter a servidumbre. Estas acciones resultan demostradamente claves para la autoestima y son tan esenciales para la conformación estable de los grupos humanos, como lo fueron las liturgias de fertilidad y las de rendir culto a los muertos familiares directos o a los del grupo.

La creación de relaciones y el establecimiento de centros de poder en torno a estas cuestiones, que no son tan elementales como parecen, ni resultan desdeñables para el examen de ciertos valores, cuya conformación es imprescindible y necesaria en esta nueva etapa de cambios que nos acechan e inquietan. Mucho más en tiempos de crisis para todos aquellos conocimientos que, en el sentir de los demás, carecen de aplicación práctica inmediata (10).

La generalización, a partir de la hipótesis de que *hombre es todo aquel que nace con forma humana*, presupuso un paso adelante gigantesco para la humanidad y aparece en las culturas de la cuenca mediterránea, aunque con presteza los mismos acuñadores del concepto buscaron otros referentes para consagrarse, pese a las grandes identidades, ciertas diferenciaciones, aquellas que permitiesen a quienes detentaban el poder establecer rigurosos órdenes separados en los que incardinarse a los individuos conforme a una estricta jerarquía derivativa y dependiente de ellos, con presencia directa en los tres campos que, andando el tiempo, darán lugar a los estamentos medievales: el militar, el religioso y los grandes comerciantes (exportadores e importadores). Estos órdenes conforman verdaderas castas, evolucionan e incluso cambian, pero por el momento su evolución solo dará lugar a simples susti-

(10) Es evidente que el utilitarismo llevado a sus últimas consecuencias entoncede a los individuos y, por reacción en cadena, a todos los estamentos y estructuras. La primera víctima del utilitarismo ramplón resulta ser la enseñanza universitaria y la investigación, sobre todo en ciencias sociales, en los que cuentan para la «excelencia» el cumplimiento y la generalización de todas las complicaciones repetitivas de la burocracia, basadas en inventar nuevos vocablos vacíos de significado real.

tuciones. Para frustración de políticos, juristas y otros profesionales, las tres castas tradicionales siguen acaparando mucho poder en las sociedades importantes del mundo. La sociedad sin clases ni castas nos es todavía desconocida y, en mi opinión, tardará bastante tiempo en aparecer, si es que alguna vez aparece.

La noción de *forma humana* siguió siendo un elemento esencial para el reconocimiento, pues, aunque se abría camino la afirmación pericial de la viabilidad, su admisión como fórmula general todavía tardó mucho tiempo en verse reconocida y ocupar tan solo una opción alternativa. Desde luego la ausencia de forma humana servirá para declarar abortiva a la criatura nacida sin tal requisito, al parecer, esencial. En Roma y en todas las culturas precrisianas de Occidente, los seres que carecían al nacer de tal conformación externa podían y debían ser eliminados por iniciativa del jefe del grupo familiar y arrojados desde la Roca Tarpeya; en Esparta, acuchillados por un experto; y, ahogados en las más de las culturas conocidas.

Tal eliminación, incluso cuando fue severamente prohibida de palabra y por norma, se mantuvo clandestinamente en muchos lugares, sin que las autoridades de lo criminal hicieran demasiado por perseguir a los culpables o reprimir con eficacia tal práctica; se hacían eco de la opinión común de que era preferible la muerte a supervivencia con un cuerpo deshumanizado y considerado como un grave lastre para la familia. Ésta, además, desmerecía en su posición social. Buena prueba de ello es que el parágrafo 18 del Código prusiano, sustituido y derogado por el BGB de 1900, afirmaba que «mientras tales engendros vivan deberán alimentarse y mantenerse en la medida de lo posible», pero se les negaba la condición humana.

La categoría conceptual de *hombre*, en los antecedentes de nuestras sociedades hasta bien entrado el siglo diecinueve, no tuvo una proyección jurídica propiamente dicha, sino prejurídica.

El concepto *hombre* es propio y pertenece al orden ético; es decir, de la moral familiar, empleando el término *ética* en su prístina significación griega, forma correcta de comportarse en público y en familia, que no tiene por qué estar necesariamente integrada entre aquellas costumbres generales que obligan. O sea: el respeto al hombre por el mero hecho de serlo no formaba parte de los conceptos morales que estaban incluidos entre aquellos deberes cívicos que era imperativo observar.

Los padres de familia ciudadanos, los hijos, los niños, los clientes, los extranjeros y los esclavos *son todos ellos hombres*, pero en las sociedades antiguas son valorados de forma radicalmente distinta en el plano que es propio de la realidad jurídica; realidad única sobre la que se ordena y construye la sociedad.

Este estadio de radical jerarquización fue combatido eficazmente por el pensamiento ilustrado de los tres últimos siglos, y hasta desapareció, al menos

sobre el papel, aunque no en todo el mundo (11). Casi con toda probabilidad porque conocían muy bien la realidad, los revolucionarios del dieciocho separaron los Derechos del Hombre respecto de los del Ciudadano e insistieron en la igualdad radical de los hombres como individuos, pero no como personas, con la esperanza fundada de que la sinonimia que ellos edificaron contra la realidad común entre hombre y persona alguna vez resultase ser cierta. Por si acaso y mientras tanto la teoría se convertía en realidad práctica, declararon con solemnidad tanto religiosa como cívica que a todos los hombres, en principio, les eran aplicables los derechos predicados hasta entonces para las personas. Prudentemente realistas, no abolieron la esclavitud ni impusieron la igualdad, se limitaron a proclamar una conclusión tenida por lógica, basada en la libertad y la igualdad y se hicieron fuertes en la experiencia de que las libertades, acogidas con gran entusiasmo por quienes se predicaban a sí mismos libres, harían su trabajo de conquista poco a poco.

¡Qué cerca se ven las manos y argumentos de DESCARTES, SPINOZA y KANT y cuán lejos se sitúan los comportamientos morales que predicen e imponen la inmovilidad de clase por nacimiento!

2.2. ¿QUÉ ES SER PERSONA Y QUIÉN LO ES?

En tanto que el concepto hombre es, como decía, prejurídico, propio de un orden moral muy restringido, en el lenguaje de hoy, tal vez habría que hablar de concepto socio-antropológico, si bien con marcadas consecuencias jurídicas, sobre todo en el primitivo orden penal, la idea misma de persona es, sin la menor duda, el fruto acabado de una reflexión jurídica de orden civil, en el sentido romano del término, con proyección constitucional, ésta, por el momento, con sentido atemporal.

Sobre la etimología del vocablo persona creo que se han vertido demasiadas opiniones y ocurrencias. Los autores se han copiado unos a otros, incluso cuando querían hacer sobresalir por parte del copista aspectos francamente contradictorios respecto del pensamiento del autor copiado. Es evidente que la palabra significó antes máscara teatral con función tanto de otorgar una determinada caracterización a quien actúa, cuanto para hacer que su voz se proyectase sobre los espectadores en teatros enormes sin más megafonía que la modulación de la voz, la máscara y los vientos dominantes: las brisas mediterráneas de las actuales Grecia y Sicilia.

Como puso de manifiesto ALTHUSIUS, la idea de persona tiene la función propia de un adjetivo calificativo, un atributo que enriquece al concepto de hombre y se predicaba tan solo de los hombres y en la medida en que

(11) J. J. ROUSSEAU, *Discours sur l'inégalité*. Oeuvres completes, v. III, pág. 123 y sigs. La Pléiade. París, 1992.

participaban activamente en la vida pública de la comunidad jurídica de forma tal que resultaban responsables por los actos propios y por los efectuados por los que de ellos dependían. Una visión un tanto prematura de responsabilidad civil.

El concepto jurídico posterior de persona, ya convertido en sustantivo, se destina a describir a aquellos hombres que, considerados en abstracto, pueden (son capaces), si quieren (pues son libres), participar en la comunidad jurídica con independencia de que lo hagan o no. Para ello se les exigió, en los Derechos antiguos, con múltiples variantes locales, la pertenencia a una familia de estirpe libre (aquí se reproduce el viejo y conocido problema de los libertos con sus contradicciones internas y externas), la incorporación a una fratría, una hermandad de participación en una o varias de las estructuras organizativas de la vida ciudadana activa, se consideraba especialmente importante la incorporación en la milicia popular de la Ciudad-Estado: en Roma a una *curia* (12), y ser considerado miembro de pleno derecho de una ciudad (es dudoso si inicialmente valdría para ser persona estar integrado en una colonia con derecho propio).

En el Derecho romano de la época del Imperio la idea de persona coincide con la expresión *cives romanus sui iuris*. No hay datos ciertos sobre este proceso de atribución de la condición de persona, tan solo literatura, aunque bastante fiable, para la época de la República.

Fue la escuela española de Derecho natural, con una técnica puramente teológica y una visión cristiana de la vida, aunque muy influida por las interpretaciones veterotestamentarias, la que cambiará, limará y ampliará no pocas consecuencias de este planteamiento radical sobre los *hombres* (por ser creados a imagen y semejanza del mismísimo Dios), pero no avanzó ni un ápice en cuanto al estricto concepto de *persona* ni en cuanto a su extensión de esta calificación a todos los hombres. El discurso y la dimensión religiosa de la evangelización de poblaciones aborígenes de América y Oceanía está en la base de la ampliación del concepto *iusnaturalista* de la idea de *hombre*.

Para los teólogos-juristas lo capital para ser hombre radica en la conciencia de tener un alma inmortal, pero no se requiere de una existencia libre en esta vida, no era esencial para el propósito último de su análisis el que fueran o no personas, para este concepto seguían entendiendo suficientes las ideas propias del Derecho romano. Los indios y los filipinos se incorporan a encomiendas, no son esclavos pero sí están sujetos a una variable casi equivalente a la servidumbre, sin más virtud para ello que su predicada flojera para ser explotados como fuerza laboral y preferir los colonizadores el vigor de los esclavos negros africanos.

(12) Para BONFANTE la etimología de «curia» puede proceder de *coviria*: grupo de hombres en armas.

En los estudios de los españoles de esta época (13) todavía se sostiene que para ser persona el hombre tiene que tener el dominio sobre sí mismo y sobre las cosas que le son externas; es decir, la persona requiere como sustento la presencia de un hombre viril. El masculinismo originario de la expresión (según la sensibilidad actual para cuestiones de idioma y su referente estructural) era obligado porque el concepto de persona [*aquel hombre (varón) que se hace valer ante los demás varones*] reflejaba una idea de pura fuerza. De fuerza canalizada y razonada, tanto en el sentimiento íntimo de la tenencia: sentirse tal, cuanto en el acto externo del reconocimiento ajeno de gozar de tal posesión (14).

La idea real de persona (primitiva si se quiere, aunque, para mí y pese a la aparente evolución, permanece casi inalterada en las sociedades verdaderamente civilizadas; la nuestra parece que está dejando de serlo) (15) se aferra a que personas lo son, los hombres de verdad, aquellos que se respetan a sí mismos y se hacen respetar por los demás; los verdaderos «hombres (incluidas en el universal las mujeres) de respeto» en el seno de una comunidad concreta (16).

Serán los pensadores humanistas y los teólogos luteranos quienes construyan la teoría de la persona que concluirá KANT (17) de una forma, tal vez, excesivamente poética pese a la sequedad que de ordinario preside su prosa.

Para estos será *persona* aquel hombre cuyos actos, con proyección sobre los demás, pueden serle imputados. Esta imputación estará limitada primero al orden moral de la profesión libre de la fe y de ella pasará al Derecho, a su concepción humano-céntrica y a la denominada con toda razón «autonomía de la voluntad».

A ERASMO DE ROTTERDAM le cupo del honor de influir positivamente, tanto sobre los luteranos como sobre los católicos, para que esta proyección pura-

(13) F. SUÁREZ, *Quaestiones de iustitia et de iure. Quaestio 12.^a*

(14) Esta es la idea motriz del pensamiento radicalmente moderno de A. SCHOPENHAUER en su monumental *Die Welt als Wille und Vorstellung*, 1.^a ed. de 1819 y la 2.^a muy revisada de 1844. Hay edición en lengua española de *El Mundo como voluntad y representación*, con traducción, introducción y notas muy necesarias para la cabal comprensión del texto de ROBERTO R. ARAMAYO en el Fondo de Cultura Económica. Ciudad de México, 2003.

(15) Con esto no quiero decir que esté abocada a la barbarie, sino a la tecnificación y al menosprecio de los grandes conceptos, ya que éstos no dan dinero, ni siquiera sirven para el reconocimiento personal de una actividad investigadora solvente.

(16) La versión literaria de esta idea para describir a las asociaciones y sociedades mafiosas constituye una burla de muy mal gusto, aunque esté muy extendida en los grupos sociales y comunidades en los que se confunde la realidad de las cosas con el reconocimiento formal de las mismas, tanto si se dan tales valores como si no se dan. Véanse si no los grandes corporativismos que seguimos padeciendo y soportando en detrimento del mérito y capacidad del que se hace eco la Constitución sin demasiado éxito.

(17) E. KANT, *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, pág. 82 y sigs. Traducción y edición de A. CORTINA ORTS, 4.^a ed., Tecnos, Madrid, 2005.

mente civil de este pensamiento inicialmente religioso se generalizase y se admitiriese como elemento central del humanismo europeo bastante alejado de la intransigencia que, por desgracia, caracterizará a esta época.

El impacto que causará esta idea será tan importante que desde ERASMO, casi todos los componentes de la Pandectística (con la importantísima y discordante excepción de IHERING, como de costumbre por fidelidad a la verdad y al Derecho romano clásico), y los miembros de las más diversas escuelas jurídicas posteriores se desentenderán del concepto hombre y se centrarán en el de persona, como sujeto de derechos y deberes. Las personas tienen poderes para obligarse y obligar, para generar Derecho. Se entiende, si se lee hoy a los más ilustrados pandectistas, que el derecho generado por los pactos entre personas alcanza tanto al ámbito de lo público como de lo privado, pero en el posterior desarrollo, el que se suele estudiar hoy, el concepto afecta de forma especial a la esfera de los intereses privados y solo ocasionalmente a los públicos.

La toma en consideración de las valoraciones romanista y personalista del Derecho público tendrá que esperar a los estudios teóricos de los intelectuales y juristas que inspirarán las Revoluciones americana y francesa. Aunque el «pactismo» en los ámbitos políticos solo se desenterrará en tiempos de aguda crisis, en los tiempos ordinarios y en los de bonanza lo que se viene a subrayar es el imperio de la ley y la preeminencia de sus instrumentos humanos.

Ahora bien, al extender la condición de persona a todo hombre, el nacimiento de actos jurídicos se liga a una idea romana: la de *capacidad*. Aunque en el Derecho romano, a este respecto, se manifiesta mucho más limitada que en el moderno, como tendrá ocasión de recordar más adelante.

3. PERSONALIDAD, CAPACIDAD E INCAPACIDAD

3.1. LA PERSONA Y LA CAPACIDAD, EN GENERAL

La idea actual de *capacidad* está íntimamente ligada a la aparición del concepto de persona y a la titularidad activa y pasiva de derechos, así como a la posibilidad directa de ejercer un derecho o satisfacer una obligación por sí mismo, sin intermediación alguna. Ahora bien, en su versión literal primigenia se quería hacer referencia a la apariencia externa de quien quiere por sí, pero con proyección sobre otros; una versión más de las notas de la voluntad y la representación que configuran el mundo moderno. La idea motriz que estuvo muy íntimamente ligada a la versión romana del *paterfamilias*, bien poco tiene que ver con la moderna versión del cabeza de familia, figura ésta también desaparecida.

O sea: la idea originaria de capacidad queda referida a alguien que, además de ser un individuo de la especie humana, es jefe de un grupo capital en la compleja estructura sociopolítica de Roma y ejerce por sí todas las funciones que son inherentes a su posición. De ningún modo tan elemental como lo resultarán ser las estructuras similares en la terminología que será propia de la sociedad liberal y, desde luego, la estructura de una familia romana propiamente dicha está casi reñida con la idea actual de una familia nuclear igualitaria.

La voz *capax* se corresponde con un adjetivo calificativo que en el Derecho romano antiguo tuvo por finalidad marcar tres situaciones bien diversas, casi opuestas. Sirve, de una parte y probablemente la primera en el tiempo, para discernir qué hombres son responsables por sus actos ilícitos, *capax doli*, contra el conjunto de la sociedad (traición); de otra, para recibir el imperio, *capax imperii*, que mide la autoridad del individuo para ser puesto al frente de un ejército en campaña y quiere dar testimonio de su competencia a tal fin. Por último y de forma más próxima a nosotros y más decisiva e influyente para nuestro Derecho, la configuración sirvió para convertir al hombre-individuo en *persona* y con tal reconocimiento habilitarle para *adir una herencia*.

Curiosamente (o no tanto, si bien se mira), en los Derechos antiguos y en el Romano se requerían más cualificaciones personales para aceptar que para repudiar una herencia (no un legado). Más que probablemente los juristas pensaban en la defensa del patrimonio y de la familia en el seno de una sociedad muy conflictiva.

La capacidad y la incapacidad originarias, las que hoy denominamos civiles, tenían que ver con un juicio de valor que era preciso emitir para permitir que un individuo se situase al frente de una familia o grupo de familias (*gens*).

Las virtudes originarias a evaluar guardaban relación directa con la decisión y la fuerza necesarias para la defensa física del grupo, que poco tienen que ver con las versiones posteriores de este mismo ordenamiento histórico y que miran a la *voluntad consciente e informada* necesaria para obligarse contractualmente, por supuesto en contratos de importancia. O sea: en aquellos negocios de tal naturaleza que no pueden celebrarse por los hijos de familia mayores, los libertos familiares o los simples mandatarios sin poder específico.

El término *capax* viene del verbo *capere*, cuya acepción más social significa tomar y retener para sí con terminología militar (18), al menos en el sentido de defender por las armas; y también, en el religioso de tomar posesión del altar (19) de los dioses manes y lares por parte del nuevo *pater familias* para honrarlos celebrando el culto debido.

(18) Tiene la misma connotación que hoy atribuimos al vocablo ocupar en esos mismos términos militares.

(19) En el sentido de la colación de un oficio religioso, tantas veces presente en los mejores estudios históricos de la posesión.

Se trata de un valor que sirve a la continuidad y estabilidad de una Casa, con todos sus intereses e implicaciones; en modo alguno se trata de un puro sujeto de derecho en los términos que serán propios de los pandecístas y de sus sucesores: los actuales civilistas. Este aspecto también está presente, pero como parte de un todo mucho más amplio y, qué duda cabe, más rico.

El término *capax* no se predica respecto de un *cives* cualquiera: libre y miembro de una familia romana que ha devenido *sui iuris* por ausencia de sumisión personal a otro *paterfamilias*; se requiere, además, no tener evidentes o graves problemas de *entendimiento, voluntad y apariencia física*, así como *saber expresarse de forma inteligible*. Hay que añadir, además, que se le tiene que calificar y declarar por la comunidad *hábil para heredar*, en la versión de sustituir a su *causante* al frente de la familia y en la posición económica, social y política que le correspondió a su antecesor.

Se trata, por supuesto, de un individuo dotado de ciertas cualidades intelectuales, pero sobre todo, carente de defectos físicos y psíquicos señalados, pensado todo el conjunto de requisitos y ausencia de defectos para encarnar una institución de la que afirmaríamos hoy que pertenece al Derecho privado, pero con notas que caracterizan a algunas instituciones de Derecho público.

El último texto legal que mantuvo esta versión tradicional e histórica de la capacidad fue el Código de Derecho canónico de 1917, en el que solo se exigía para recibir válidamente el sacramento del Orden (20).

Esta orientación, por fortuna, ha desaparecido del actual *Codex iuris canonici* de 1983. Para éste, al igual que para los restantes Códigos europeos, la capacidad depende exclusivamente de la inteligencia comprensiva y del saber y querer relativos al acto o negocio jurídicos que en el caso interese, así como de la ausencia de enfermedades mentales incapacitantes.

Parece ser que el primer jurista que empleó el término capacidad con significado radicalmente distinto al de ingresar en la comunidad jurídica

(20) En el canon 984.2.º CDC 1917 se declaraba que eran «irregulares» (impedimento perpetuo) para recibir el sacramento del orden «los defectuosos de cuerpo» y aclaran las consultas de las Congregaciones del Santo Oficio (14 de enero de 1918) y la de Sacramentos (1 de julio de 1918) respectivamente que están incluidos en este impedimento: los ciegos, los sordos, los mudos, los que carecen de un pie o una mano, los enanos, los que padecen una deformidad corporal notable, etc. Esta doctrina constante en la tradición y en el Derecho Canónico de los Decretales se hace eco de la que fue mantenida por el Derecho Romano y también el Derecho Hebreo para quienes eran llamados para servir cualquier cargo familiar, religioso sacerdotal o magistratura de Derecho público y en el canon 987, por su parte, se declaraba «simplemente impedidos» en su apartado 4.º a «los esclavos propiamente dichos antes de recibir la libertad», corrigiendo a los Derechos antiguos citados que requerían para los cargos ya citados la libertad como estado civil desde el momento del nacimiento; es decir, los libertos no eran capaces, pero sí lo eran quienes nacieron libres, fueron un tiempo esclavos y recobraron la libertad.

activa, la que fue propia de la sociedad romana y después de la medieval reflejada por el Derecho intermedio: en la versión que nos ha transmitido ALTHUSIUS, fue THIBAUT (21) el cual, apartándose del iusnaturalismo kantiano entonces dominante en el pensamiento jurídico, dio un paso más y examinó la persona como *sujeto de derechos y obligaciones* (22).

En este punto SAVIGNY, pese a su antagonismo en materia de política legislativa respecto de THIBAUT, seguirá los pasos de éste e incluso los ampliará a toda relación jurídica. Así, serán estos postulados los que se expandirán a todas las legislaciones europeas a partir de la expresión literal de los párrafos 30 y 31 del Código Civil del Reino de Sajonia.

La última pandectística, con su influencia casi silenciosa, discreta y eficaz, abrió la legislación general, tanto la de Derecho público como la de Derecho privado, a los principios de las Revoluciones americana y francesa y a los logros de la Codificación en materia de capacidad para suceder y para obligarse, también en cuanto para ser titular de derechos reales, pero evitando, en línea posibilista, el uniformismo que muchos intelectuales centroeuropeos esperaban. El resultado final será la inspiración de una legislación multidireccional, incluso en los errores conceptuales que, pese a todo, nos han servido para afinar las técnicas de análisis que a ellos debemos.

La afición por la generación de modelos duales, aprendidos del viejo y acreditado método geométrico de la enseñanza de las matemáticas, nos proporcionó en materia de capacidad un binomio poco útil, a mi juicio, y en cierto modo disfuncional: el de la distinción entre *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar* y, a veces, con difíciles entrecruzamientos con la noción de *personalidad jurídica*.

El giro teórico de *persona* a *personalidad* pudo obedecer a una concesión gramatical para lograr un fluido juego dialéctico entre un sustantivo y el adjetivo derivado de este, pero ambos significantes coinciden en los rasgos esenciales, así como en la generalidad y en su referencia a la titularidad de derechos subjetivos.

(21) El que casi solo conocemos por su interesante disputa con SAVIGNY acerca de la oportunidad de emprender para el Imperio alemán una codificación cimentada a partir del modelo francés.

(22) Una posición reduccionista, aunque acabará por imponerse y ampliarse en función del arquetipo humano elegido para crear derecho, tanto legislado como enunciado en forma teórica: En Roma interesó el modelo del aristócrata situado al frente de un clan; la Codificación se centró en las necesidades de seguridad jurídica de la alta burguesía, y el mundo contemporáneo contempla como protegibles las aspiraciones de notoriedad de una clase media baja crecientemente proletarizada.

3.2. LA PERSONALIDAD (23)

El primer hallazgo jurídico de nuestra sociedad contemporánea no es otro que el de haber dejado fuera de toda duda que, sin excepción y conforme a la fórmula antigua vigente del artículo 30 de nuestro Código Civil, todos los *hombres* son *personas*; no se les presume personas como antaño, sino que sencillamente lo son: valen por sí mismos y tienen derechos importantísimos por el mero hecho de serlo; no se les trata de forma benévolas como si fueran personas (esto vale tan solo para los *nasciturus*), sino que lo son plenamente en todos los órdenes jurídicos y sin excepción, también cuando carecen de toda capacidad de obrar.

El segundo paso jurídico a efectuar como consecuencia del anterior consiste en reconocer que las personas tienen personalidad y que esta noción incorpora sin más, de forma esencial y en su valoración jurídica la noción de *capacidad jurídica*. Es posible que este concepto tradicional tenga alguna funcionalidad distinta, no lo sé, pero a mí no me lo parece, ni he encontrado ningún ejemplo en el que la diferencia aporte alguna idea relevante, salvo que juguemos con una sutil argumentación construida sobre la base de reenvíos circulares. Así, para ser persona hay que tener la titularidad de algún derecho (ésta era la posición del Derecho romano), se tiene personalidad jurídica porque el ordenamiento reconoce en los hombres la existencia de derechos subjetivos de naturaleza fundamental y, además, se les reconocen los capitales bienes y derechos de la personalidad. En su consecuencia, todos los hombres tienen personalidad jurídica y capacidad para ser sujetos directos (sin intermediarios) de estos concretos derechos subjetivos y de otros muchos derechos personales y patrimoniales.

Lo hasta ahora expuesto no es, en verdad, una serie de consecuencias lógicas sucesivamente concatenadas, sino más bien un relato histórico por medio del cual, con avances y algún que otro retroceso, se ha ido asentando de forma progresiva, en nuestra sociedad —y en otras muchas, por fortuna—

(23) Respecto de este vocablo y en materia de Derecho de la Persona, hay que tener muy en cuenta que presenta dos significaciones bastante distintas. La tradicional jurídica, la que venimos tratando y a la que se refiere este epígrafe, que en expresión del Diccionario de la RAE significa: «Aptitud legal para intervenir en un negocio o para comparecer en juicio», como puede verse se trata de una definición muy cercana a la posición de SAVIGNY y de THIBAUT. La otra, más literaria y coloquial, se refiere a la configuración del carácter individual. Dice, de nuevo, el Diccionario de la RAE: «Diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra». Esta segunda acepción es la que toma en consideración el artículo 10.1 CE cuando habla de: «el libre desarrollo de la personalidad», y cuyas interpretaciones sesgadas e interesadas en manos de exaltados progresistas, de una parte, y de conservadores reaccionarios, de otra, nos viene causando algunos inconvenientes que obligan, a veces, a quienes tratamos de estos asuntos a tomar partido. Por ello manifiesto que por ahora estoy de acuerdo con el empleo que de este principio viene haciendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, a veces y como es lógico con matizaciones.

la idea nada fácil de que los hombres son personas con la indeclinable titularidad de derechos fundamentales innatos para cuyo respeto no se requiere de intermediación alguna.

La posición, que es propia de la codificación, proviene de una superposición de figuras con las que se trataba de mostrar una nueva estabilidad en la que la capacidad, en vez de generarse en el seno de una familia jerarquizada interna y externamente e integrada en una fratría, gens o clan, es alcanzada por cada individuo aislado, por sí mismo, sin intermediación, sin posibilidad de excepción y bajo un nuevo esquema de valores.

Ahora bien, la familia burguesa se mantiene a lo largo de casi dos siglos apiñada a la sombra de un cabeza de familia que, a falta de la nobleza de sangre propia de los dirigentes sociales del antiguo régimen, trata de aristocratizarse por otras vías que, a mi juicio, resultan casi tan discriminatorias como las antecedentes y respecto de la posición social y funcional de las mujeres casadas, bastante más y de forma absurda, por cuanto esta posición estaba reñida con la lógica y la racionalidad de los principios que facilitaron a estos burgueses el asalto al poder con notable éxito.

Los burgueses ilustrados que promovieron las revoluciones americana y francesa querían para sí, y en la medida de lo posible para todos los demás, la jefatura de una familia a la romana. Se trataba de una ensoñación, de ningún modo una conclusión lógica o meramente sistemática.

No creo que fuesen conscientes los legisladores de que las familias romanas tomadas como ejemplo a imitar eran exclusivamente las senatoriales (muy pocas, que además necesitan para subsistir, en este nivel social, de otras muchas familias formadas por clientes, amén de la fuerza laboral de los esclavos) y que la formulación no proporciona una referencia válida para la generalidad de las restantes familias, sino más bien una suerte de tensión interna que acabará por estallar. Es más, tampoco parecen ser conscientes de que el Derecho romano no se preocupó jamás de qué ocurriría en realidad a quienes no eran ciudadanos romanos (el derecho de gentes se aplicaba a los extranjeros importantes, no a los inmigrantes, por ejemplo) y que tampoco se interesó demasiado por los romanos que no se encontraban en situaciones de poder o en los aledaños del mismo.

Las dos revoluciones ilustradas dirigen su mensaje teórico a la humanidad entera, pero el cálculo de coherencia entre medios y fines, entre lo que se manifiesta y lo que se quiere, queda circunscrito necesariamente a un limitado y muy bajo porcentaje de individuos.

La libertad preconizada tiene como límite efectivo la moral burguesa y, en consecuencia, se criminalizan los más graves atentados contra ella: el desorden público y el adulterio.

Por lo que se refiere a la igualdad, ésta se proyecta hacia arriba desde la burguesía que trata de consolidarse como clase, imitando a la aristocracia y

al alto clero, pero no prevé política igualitaria alguna y mucho menos hacia abajo (24). Las políticas de fomento, tan en boga a partir de los planteamientos ilustrados, tienen como finalidad casi exclusiva la dotación de las infraestructuras necesarias para el incremento de la productividad y a facilitar el ejercicio del comercio, sin interesarse por la distribución de la riqueza generada a partir de esta acción pública. A esta misma línea obedecen los planteamientos presupuestarios y las previsiones para imponer política monetaria liberal. Como puede observarse aún hoy en los Estados Unidos: la conquista personal de la igualdad, por supuesto hacia arriba, se presenta como un fruto de la actividad y de la lucha individual y esta orientación puede tener alguna razón si se funda en exclusiva en el pensamiento económico, porque la igualdad y el liberal-capitalismo parecen ser incompatibles, al menos a corto plazo. Personalmente entiendo este planteamiento como excesivamente duro, prefiero con mucho la proyección social en libertad que es propia del pensamiento keynesiano al hacer compatibles la libertad y la igualdad, entendida ésta como base de partida y como fundamento tanto de progreso económico como del social (25).

Bajo el nuevo esquema, para ser sujeto de derechos nadie deberá estudiar caso por caso la capacidad jurídica del supuesto titular, pero, por el contrario, habrá que concretar para algunos casos cuál sea la capacidad necesaria para ejercer los derechos de los que se es titular (la capacidad de obrar). Creo que ésta —la capacidad de obrar— si se limita en ocasiones de manera un tanto exagerada: serán frecuentes las declaraciones de incapacidad y también las limitaciones bajo las excusas de la seguridad jurídica y el obrar en interés de la familia, con interpretaciones bastante radicales (sometimiento de las mujeres en sus negocios a licencia marital y mayorías de edad retrasadas, a veces, hasta los veinticinco años en una sociedad cuya esperanza de vida se cifraba en los cuarenta).

Que el tema de la personalidad-capacidad subjetiva de los derechos traía consigo algún problema para su implantación resulta terminante en el caso concreto español del Proyecto de Código Civil de 1851. En este importante texto del proceso codificador español no hay duda alguna respecto de la recepción de la teoría pandectista de la doctrina de la persona válida para todos los hombres con independencia, parece ser, de las teorías antiguas y clásicas sobre los *estados civiles*, pero en el artículo 34 del mismo salta la sorpresa y en él leemos: *Los esclavos pertenecientes a españoles adquirirán*

(24) La distinción romana entre pueblo y «populacho» es llevada a sus últimas consecuencias, con olvido voluntario de que el nuevo pueblo está conformado por los sujetos que se han escapado de las estrecheces a las que se suele someter al denominado despectivamente populacho.

(25) Aunque el pensamiento de KEYNES no se encuentra precisamente de moda, me parece que no estará de más recordar que a él debemos nosotros, los europeos al menos, nuestro bienestar y, en gran medida los más de cincuenta años de paz y tranquilidad social.

la calidad de libres en el momento en que sean importados en el territorio continental del Reino o de sus islas adyacentes.

GARCÍA GOYENA (26), en el comentario de este proyectado precepto, hace una crítica feroz a la política de los Estados Unidos por mantener la esclavitud; pero no hace explícita ninguna condena contra tal proyectado artículo; y guarda hermético silencio sobre el mantenimiento de la esclavitud en Cuba, Puerto Rico y Filipinas, aunque debemos suponer que tranquilizaba su espíritu indudablemente liberal con la seguridad puesta en que las fincas destinadas al cultivo de caña de azúcar en aquellas Provincias de Ultramar no resultaban rentables comparativamente con idénticos cultivos llevados a cabo por los estadounidenses (a base del trabajo esclavo) con los que competían en el resto de América y fuera de ella. Los esclavos esperarán veintitantes años adicionales para ver llegar su liberación.

O sea: algunos hombres (los que ya son libres) son personas; no creo que haya la menor duda acerca de que para ser persona será preciso tener la condición personal de libre, aunque será indiferente que esta libertad sea originaria o sobrevenida. Así lo afirmó DONELLO en el siglo XVI, cuando dejó escrito: *servus homo est, non persona; homo naturae, persona iuris civilis vocabulum*. No hay lugar para revivir el paradigma de los libertos: libres sí, pero con actividad social y jurídica limitadas.

Este requisito de la libertad sigue siendo ontológico y por tanto necesario. Otra cosa es que se presuma la libertad de cada uno de los individuos y se afirme, además, como derecho constitucional de todos y cada uno de los hombres.

Sigue habiendo hoy casos clandestinos de esclavitud formal y abunda todavía la esclavitud material. Los esclavos actuales, sean éstos formales o materiales o las dos cosas, no deben tenerse por responsables de sus actos en absoluto; y si generan cualquier daño o perpetran alguna acción que, cometida por una persona libre, constituiría delito, deberán cargarse éstos íntegramente sobre la persona del propietario o explotador, con todas sus consecuencias, así como debería aprovecharse la acción procesal correspondiente para liberar al esclavo y condenar con toda severidad al esclavista (27).

Para que se opere la generalización de la personalidad, con el consecuente y lógico reconocimiento de la capacidad general para la titularidad de los derechos, tendrán que transcurrir tres cuartos del siglo diecinueve, nada menos.

(26) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, edición de Zaragoza de 1974.

(27) Véase, sobre este punto, N. BERDIAEV, *De l'esclavage et de la liberté de l'homme*, París, 1946.

No tiene sentido que se hable a todas horas de esclavitud laboral y sexual, ambas ciertas, y no se condene por este hecho a los esclavistas en todos los puntos de la cadena de explotación ilegal de las personas.

4. LA DISCAPACIDAD

4.1. EN GENERAL

Desde una perspectiva exclusivamente jurídica, no resulta fácil de entender cuál pueda ser la causa racional que haya impulsado a los agentes sociales a favorecer un acelerado cambio terminológico para referirse cualitativa y agrupadamente a aquellos individuos que padecen ciertas insuficiencias o carencias impeditivas de su normal desarrollo social, pero conservan todos los elementales caracteres y funciones propios de la capacidad de obrar; es decir, tienen dificultades comparativamente y respecto de un individuo medio obtenido por moda estadística, pero se pueden gobernar por sí mismos, según parámetros obtenidos por idéntico procedimiento.

Bastante más comprensible resulta el que los órganos legislativos se hagan eco de una tendencia que se caracteriza por ser un fruto del dominante buenismo social para estimular la banalización del lenguaje; sencillamente, el resultado final forma parte exclusivamente del mensaje político al uso (28) y más vale no entrar en él. Esta posición va en detrimento de la seguridad jurídica (valor constitucional declarado) y sirve para acuñar un término extrajurídico, pero con valor jurídico aparente (concepto jurídico indeterminado), tomado de la bioestadística anglosajona (29).

El término *discapacidad* parece fuese acuñado con el fin exclusivo de arrinconar a otra denominación genérica: la *minusvalía*, por guardar este último una relación estrecha con el resultado de una incapacidad laboral que obliga a quien la ha sufrido a abandonar su trabajo habitual. Se trata de una pésima traducción, más bien de una españolización, del término inglés *disability*, que se vino empleando de forma inicial para dar de baja permanente a un miembro de las fuerzas armadas y antes de proceder a su «desclasificación» para el ejercicio propio del rango que el militar ostentase antes de ser herido o padecer una enfermedad que impedía seguir al doliente en el ejercicio de su función. Es decir, lo que en el mundo anglosajón constituyó una generalización a partir de una situación concreta de incapacidad, entre nosotros resulta ser un enmascaramiento de una realidad insoslayable, también para generalizarla (30).

(28) El lector no debe ver, en este punto, el resultado de la legislación emanada de la mayoría parlamentaria actual, pues las oposiciones parlamentarias, en este punto almidonado de la mal llamada «justicia social», hubieran llegado a una igual o muy parecida solución. Estoy convencido de ello.

(29) Ciencia o conocimiento auxiliar que no se caracteriza por contribuir a la concreción objetiva o subjetiva de una determinada situación de hecho digna de ser tenida en cuenta por el Derecho objetivo, más bien se dedica a la clasificación porcentual de los individuos de un determinado grupo territorial (o racial) y de una concreta edad.

(30) Se trata de una artimaña lingüística favorecida por quienes necesitan acudir a la semántica especializada para ejercer una función que se están inventando mientras se pone

Ahora bien, en el campo del Derecho de la Persona no debería haber lugar para los conceptos jurídicos indeterminados, aunque seamos conscientes de que las posiciones intermedias entre los modelos arquetípicos pueden resultar relativamente útiles frente a dilemas insalvables. En él debería imponerse la precisión si lo que queremos promover (con el verbo solo o con la acción práctica) o preservar guarda relación directa con la *libertad*, la *igualdad* y la *dignidad* de las personas, precisamente con aquellas que padecen limitaciones orgánicas o mecánicas severas o de ciertas limitaciones de orden psíquico no invalidantes.

Otra cosa bien distinta será si nos movemos en el terreno del novísimo paternalismo social al que en algún momento, más o menos próximo, le llegará el turno de la marcha atrás correctiva, cuando llegue la verificación de su ineficacia social ante la evidente e inevitable escasez de recursos económicos dirigidos más a paliar las inquietudes de los progenitores y familiares de los afectados por tales dolencias —por cierto, muy atendibles si hay dinero para todo— que a resolver, en la medida que la ciencia, la técnica y el derecho lo permitan, los problemas de los afectados o, al menos, a corregir y atenuar la situación en los casos más acuciantes y, por el momento, insolubles.

La atención a los minusválidos se ha vivido desde tiempo inmemorial como una tragedia familiar que se solucionaba o más bien meramente se atendía en el propio ámbito familiar y según el haber y poder de cada casa. Básicamente sigue siendo así, salvo en los casos que traen causa de accidentes laborales o se siguen de siniestros cubiertos por un sistema eficiente de seguros.

en práctica. Cosa, por otra parte, muy corriente en las épocas en que aparecen muchas profesiones nuevas destinadas a cubrir incumbencias que ya estaban estudiadas y atendidas por profesionales con una especialidad más amplia, para la cual se requería de una superior capacidad intelectual y, por tanto, resultaba más caro para las instituciones. En este caso ocurre como en casi todas las ocupaciones que llevan el epíteto social incorporado, con razón o sin ella.

Más bien, entiendo que el continuado cambio de significante sin que varíe en un mínimo ápice el significado manifiesta la existencia de un preocupante problema social que, hasta este momento, los interesados activos y pasivos del mismo no son o somos capaces de encauzar ni siquiera en el campo, últimamente muy permisivo, de la semántica. Claro está que ponerle nombre a las cosas, a los pensamientos y a las ideas resulta una tarea difícil, sobre todo cuando se quiere practicar una suerte de «moral social» sin más fundamento real que el de aparentar la práctica de una corrección política.

O sea: mantenerse a mitad del camino entre lo que se está obligado a hacer y lo que resulta cómodo poner en práctica, en el mejor de los casos, con posibles rendimientos políticos ciertos, pero sin dar un solo paso más.

A pesar de esta crítica que entiendo fundada en cuanto se refiere a su aspecto formal, declaro gustoso que bienvenidas sean todas las iniciativas de concienciación, incluidas las interesadas, pues estamos sobrados de buenas intenciones y nos falta, de qué modo, convertirlas en actos. Las situaciones de capacidad limitada o con disminución sobrevenida requieren de efectivos estímulos y de normas que potencien las pertinentes respuestas al problema.

Las discapacidades que se padecen desde el nacimiento, las que tienen carácter hereditario, las debidas a enfermedades con efectos degenerativos o de cualesquiera sucesos traumáticos no cubiertos por los sistemas de aseguramiento públicos o privados corren a cargo de las familias que sufren tal desgracia, contando a veces con el concurso del Estado u otros entes públicos territoriales y se contemplan como si de una maldición bíblica se tratase.

La discapacidad merece y necesita de un apoyo social decidido en los campos que van desde el fomento de la enseñanza especializada para cada una de las deficiencias susceptibles de corrección, en cualquier grado, hasta los apoyos económicos directos a los que las sufren y sus familiares que deben destinar gran parte de sus energías y recursos materiales a ayudarlos. Sin embargo, en nuestro sistema jurídico deberían primarse, en todo caso, las ayudas que sean especialmente susceptibles de abrir posibilidades tendentes a la más plena integración posible del discapacitado en la sociedad en las condiciones lo más cercanas posible a la igualdad y siempre con respeto total a la libertad del discapaz. Un objetivo probablemente utópico, pero el único que nos permitirá avanzar en la normalización de situaciones, siempre y en todo caso, excepcionales.

El combate frente a los efectos negativos de la discapacidad es una cuestión, además de jurídica, también económica —macroeconómica— pues lograr la disminución o supresión de la incidencia de la discapacidad sobre la vida ordinaria de las personas requiere de fuertes y continuados dispendios (no es solo una cuestión de inversiones en redes sociales e infraestructuras, sino que hace falta mantener una línea de constantes inversiones afectas al sistema) y estos gastos siempre tendrán una enemiga casi insuperable de oposición silenciosa basada en la baja eficiencia en rentabilidad a corto plazo de los recursos que se destinan a tales finalidades operativas, siempre resultará más barato otorgar pensiones, acordar subvenciones y desgravaciones fiscales que financiar, en un grado medianamente aceptable, la incorporación social de los discapacitados a las tareas ordinarias de producción. Esto debería ser tenido en cuenta por los políticos y conocido por la sociedad con todas sus consecuencias.

Las minusvalías o las discapacidades, en cuanto a sus fundamentos jurídicos, no mantienen una identidad de discurso con aplicación de la lógica que es o, tal vez, fue propia del discurso capacidad e incapacidad.

El discapacitado o minusválido es observado por la sociedad y, en su consecuencia, por el Derecho como una persona que siendo capaz de obrar, o bien sufre limitaciones o padece serias dificultades para obtener un puesto de trabajo o incluso para aprender una profesión u oficio, o bien se encuentra ante una imposibilidad para seguir trabajando en su profesión habitual o en otra similar. De ahí que la disciplina jurídica que hasta ahora había venido estudiando sus problemas fuera el Derecho del Trabajo y que la actuación

administrativa de protección proviniese del ámbito de los órganos del Ministerio de Trabajo o de la Seguridad Social, aunque con ello se evidencia lo parcial de la atención jurídica que se ha venido prestando a estas personas y, sobre todo, la insuficiencia teórica y práctica de su tratamiento jurídico. Y ello en razón de que la dimensión de discapacidad o invalidez se erigía en torno al *homo faber* y no a la realidad vivencial de quien sufre limitaciones físicas o psíquicas apreciables o graves, provengan éstas de un accidente laboral o no, o lo hagan como consecuencia de una deficiencia o malformación originaria o del padecimiento de una enfermedad degenerativa.

No me cabe la menor duda de que las nuevas y novísimas orientaciones se fundan en las mejores intenciones, las de procurar el bienestar de los discapacitados y proporcionar ayuda y tranquilidad de sus familias. Intentan también, esto es enteramente cierto, crear un clima social propicio para alcanzar una conciencia y soluciones basadas en la igualdad y la más amplia integración social, porque se trata de una cuestión que exige de una acción concertada y global. Además y lo que es mucho más difícil, tratan de alcanzar una nueva visión individualizada de los problemas y una concienciación también individual para cada problema personal y, a buen seguro, familiar, que poco tienen que ver con allegar nuevos y mayores recursos presupuestarios, siempre necesarios.

La discapacidad está pasando de ser una circunstancia que dificulta o impide la inserción social de un individuo a constituir una circunstancia que interfiere de forma directa en la conformación (unas veces, pocas) o en la consideración (las más de las veces) de la persona física en relación con la adquisición o ejercicio de los derechos que le asistan, sean estos de la personalidad, fundamentales de carácter y naturaleza constitucional, o hijos de las convenciones de derechos humanos aplicables en nuestro país y ordinarios del indispensable y capital tráfico jurídico y, por tanto, pasan a constituir un elemento más de la conformación del *Derecho Civil constitucional de la Persona*.

Es cierto que el abanico de tipos y grados de discapacidad dificulta en grado sumo la adopción de una pauta general para el tratamiento de la discapacidad, entendida como el padecimiento de una deficiencia física o síquica no incapacitante que permite el autogobierno de quien la padece, por ello me parece que las vías de protección deben acomodarse al caso, de forma individual o, como mucho, general, de manera que el necesario tratamiento general evite la discriminación entre clases, tipos y grados de discapacidad. Ésta sería la última afrenta que podría proporcionarles la sociedad y sus órganos de gobierno a quienes las padecen y a sus familiares, sobre todo en un momento como el presente en el que, al parecer, se trata de abandonar la histórica situación de marcadas diferencias por mor de auspiciar desde el Estado ciertas sensibilidades y desatender, o casi, otras realidades.

No obstante lo anterior, la libertad personal, tanto como valor estrictamente personal, cuanto valor y virtud constitucional, debe ser preservada incluso a costa de dificultar la atención que se debe dispensar.

Entiendo que este modo de ver las cosas no sea el más conveniente en la época de la eficiencia y en la del encarecimiento de los servicios asistenciales, comprendo que la agrupación forzada de discapacitados permite, además de abaratar costos, descargar, en cierto modo, de trabajo y responsabilidad a los llamados a prestar apoyos, pero me parece que la libertad y la igualdad así lo demandan y exigen.

No me atrevo a predicar el mismo discurso a favor de la libertad para los casos que se sitúan en los límites entre la capacidad y la incapacidad o en los de la más severa y obligada dependencia, aquí el juicio de valor deberá tener muy en cuenta las circunstancias personales de todo orden de los llamados a prestar la atención que necesitan los discapacitados y los de quienes les atienden por razones familiares.

Se impone una visión plenamente realista que dista mucho de los buenos deseos, de los llamamientos al sacrificio en interés de la familia o de ensalzar las recompensas que ofrece la caridad a quienes la practican, y se acerca más al esfuerzo colectivo de destinar más recursos económicos y medios materiales tanto directamente a favor de los propios discapacitados como en interés de sus cuidadores, sobre todo cuando los mantengan en un régimen de vida y convivencia lo más cercano posible a la normalidad de su entorno.

4.2. PRIMEROS PASOS DE PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

La discapacidad (minusvalía) como situación personal ha sido construida, también entre nosotros, a partir de la comparación entre «normalidad» y «deficiencia» en términos de análisis bioestadístico de la realidad observada a partir, primero, de la siniestralidad laboral y, después, del resto de los accidentes; por ello muestra una clara orientación hacia el modelo sociológico del *homo faber*.

Esta rica experiencia se ampliará con la actividad desarrollada por la Organización Nacional de Ciegos (la bien conocida ONCE), concebida de forma casi integral y autosuficiente a imagen y semejanza del Estado corporativista y autárquico que la concibió, creó y patrocinó, en plena Guerra Civil española, por iniciativa del entonces Ministro del Interior Serrano Súñer. Una iniciativa muy loable, aunque por lo que a mí se refiere siempre me ha resultado incomprendible que no estuviera abierta al resto de los minusválidos capaces de vender el cupón de los populares «iguales», con lo que se generó una clara discriminación que se mostró, andado el tiempo, difícil de superar. ¡Hasta en la desgracia a los hombres nos es posible generar nuevas clases sociales!

Se trataba de una excelente base de partida y sigue siendo hoy un antecedente muy útil, para múltiples experiencias de aprovechamiento de las capacidades subjetivas, de gestión de recursos humanos y de ayuda mutua, aún con el riesgo de generar un exceso de optimismo.

Tengo para mí que la exagerada vocación de generalidad que nuestro legislador otorga a las normas, aún para las especiales por razón de los destinatarios de las mismas, se suma al también exagerado optimismo sobre los efectos de la ley en relación con los problemas que dice encarar. Este planteamiento lastró a la Ley 13/1982, de 7 de abril, de *integración social de los minusválidos*, pues resultó que desde su gestación padecía el habitual problema de abrir unas expectativas desmesuradas; pues ni la sociedad ni su economía estaban preparadas para su planteamiento y para las esperanzas que, indudablemente, trataba de suscitar. Ahora bien, es también claro que sirvió para poner en movimiento una reacción frente a la resignación pasiva, para responsabilizar a toda la sociedad en los problemas de la deficiencia y la salud que se consideraban asuntos privados de responsabilidad exclusivamente familiar; y para abrir nuevos cauces de acción y preocupación colectivos.

El planteamiento de la cuestión como pérdida de una habilidad poseída y como posibilidad de recuperación parcial de la misma o de adquisición de otra destreza profesional daba ímpetu a las tareas rehabilitadoras y a las acciones de reinserción social, pero salvo en el ámbito de la ONCE no había entre nosotros experiencia en enseñanza y formación a partir del hecho de la minusvalía originaria o producida en tiempo de aprendizaje, un proceso mucho más duro y difícil, pero también mucho más ambicioso y enriquecedor que abre vías más amplias para generar igualdades reales o paliar desigualdades anteriores tenidas por inevitables, ya que resulta evidente que permite la incorporación en la vida social —objetivo más amplio que el laboral del que trae causa— a personas que estaban constreñidas a vivir en un horizonte restringido al familiar, como mucho, y económicamente dependiente, casi sin excepción.

Esta inversión parcial del modelo inicial se debió a los esfuerzos de estudio y planteamiento efectuados en su día por el SEREM y su primer director FARRÉ y su equipo de colaboradores, que se materializaron en la ley antes citada y tenían un mucho de arriesgada apuesta, de convencimiento en la eficacia de un modelo susceptible de ser aplicado a otras circunstancias, que ya dio sus frutos en la ONCE y servía para dar fe de la concienciación de la sociedad entera, pero tenía el riesgo del desencanto.

Se puede afirmar que también, en este campo, la metodología de la acción social está sujeta a la inapelable regla de prueba y error, y es preciso y de justicia reconocer que la respuesta social ha sido positiva en todos los sentidos y aspectos. Si bien, ¡y cuánto no!, es necesario e inevitable perseverar en la acción social, profundizar en el análisis de las necesidades y afinar en los remedios jurídicos y de todo orden ofrecidos hasta ahora. Será bueno

perseverar porque, para siempre y en cualquier circunstancia, el indicador que marque la resultante entre inversión económica en este campo y resultados obtenidos será negativa y contra ella se aducirá, con ciertas razones también respetables en parte, que si tales inversiones se efectuaran en campos productivos los discapaces podrían gozar de mayores rentas familiares en el futuro.

Quienes así piensan no alcanzarán nunca a ver que en el mundo de la discapacidad, de la incapacidad y de la vejez, los únicos y reales interesados viven sus necesidades constantemente en presente y que el futuro más brillante posible para ellos consiste en que se siga viviendo un presente lo menos malo posible o, si se quiere arriesgar una formulación positiva, que el presente sea lo más arropado y cariñoso posible.

Los agentes sociales en su totalidad, los que podríamos denominar «los otros interesados», pese a sus meritorias acciones, siempre tendrán la satisfacción de refugiarse en el deber cumplido o en el pensamiento menos confortable, pero también consolador, del haberlo intentado. Solo para éstos otros interesados tiene un sentido real y, por cierto, muy razonable el análisis teológico de valorar el esfuerzo aplicado observando críticamente el resultado obtenido.

Es necesario profundizar en el concepto que debería acordarse como propio de la discapacidad y separarlo, en la medida de lo posible, del que corresponda a otras limitaciones que puedan padecer las personas, dando lugar a una reacción jurídica encaminada al restablecimiento del equilibrio, pues de lo contrario se puede confundir la incapacidad en el seno de la discapacidad, con daños irreparables para su correcto tratamiento jurídico, siendo éste de radical importancia para las personas y la efectiva protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Sin duda, las ayudas jurídicas y sus consecuencias de protección económica pueden, e incluso deben, ser comunes y hasta idénticas para discapaces e incapacitados según el grado de invalidez para ganarse el sustento y de este modo simplificar la gestión e incrementar el tratamiento igualitario. Pues la igualdad, como resultado de la vivencia de tal valor constitucional, social y moral, tanto mira al acercamiento de quienes tienen ciertas dificultades síquicas, físicas o sensoriales respecto de aquellos otros que no las padecen, cuanto atiende a evitar, por todos los medios, la discriminación entre los mismos discapaces y entre éstos y los incapaces.

A este concreto respecto recuérdese que durante décadas los ciegos, gracias a su propia organización y protección estatal específica, contaron con mejores medios de vida y de adaptación laboral que el resto de los inválidos con plena capacidad jurídica.

Lógicamente la corrección igualitaria no puede predicar la disminución de ayudas y recursos destinados a los ciegos, sino favorecer la extensión de tales ayudas al resto de los inválidos capaces, así como de los sistemas de

corrección de desigualdades de que venían gozando y sobre todo del sistema de enseñanza de profesiones compatibles con cada discapacidad.

Aprovechar la experiencia de la ONCE puede servir para acelerar la igualdad y con ella la autonomía personal y económica de bastantes tipologías de discapacidad. En esencia la política sobre discapacidad tiene por objeto favorecer la igualdad, nada más y nada menos, creando las bases de una estabilidad social para aquellos que no podrían alcanzarla con facilidad por sí mismos, por lo que el grado o amplitud de la dolencia discapacitante no debería servir para graduar la ayuda económica a recibir, sino para establecer los medios que se requieren en cada caso para paliar sus efectos y hacer disminuir las diferencias que puedan superarse.

Es conveniente afinar en estas materias que para ciertos colectivos con poder de opinión pueden parecer argumentos propios de picajosos juristas y encaminados a impedir o dificultar que las políticas de ayuda a estas desgraciadas circunstancias personales e individuales pierdan de vista la individualidad de las personas que vayan a ser objeto de la política de acción social. Repito una idea anterior que me obsesiona: por definición, los medios técnicos, económicos y jurídicos encaminados a la corrección de los efectos de la discapacidad deben incidir en la obtención de vías de igualdad, pero sin restringir ni en un ápice la libertad que es propia de aquellos que tienen capacidad jurídica de obrar.

La discapacidad que contemplamos como situación personal presume la posesión de tal capacidad. Ésta no depende de la ayuda que se tenga que recibir, ya que hablamos de libertad para conocer y querer intelectivamente, no de la de desplazarse, estar solo o acompañado, etc., también importante, pero no decisivas en la integración de potencialidades que conforman la personalidad.

La libertad solo puede ser limitada en el caso de las personas que son incapaces de gobernarse por sí mismas y la limitación deberá restringirse y responder lo más exactamente posible a ese grado, no más. La libertad solo es restringible cuando se tiene la certeza de que, de mantenerla irrestricta, pueden derivarse males importantes para la propia persona que padece una enfermedad mental, también si pone de forma directa en peligro a las personas de su entorno.

Quienes somos capaces y nos sentimos con vocación y preocupación de poder influir positivamente en las condiciones de las personas con discapacidad, o en los problemas de los incapaces, debemos evitar por todos los medios, creo yo, que los cuidados, las ayudas y las ventajas que les tratamos de procurar no tengan el inconveniente colateral de cosificarlas, de hacerlas objeto de un trato exquisito que les haga la vida cómoda e incluso agradable, en medio de sus padecimientos y limitaciones, pero de forma impuesta, de tal modo que anule o limite gravemente su libertad. Debemos tener presente que antaño, pero no hace mucho, a los no libres no se les consideraba personas; ahora afortuna-

damente lo son, pero no deben serlo tan solo sobre el papel, sino en la realidad cotidiana y social. Creo con convencimiento que la preservación plena de la libertad bien vale correr un cierto grado de riesgo, por supuesto calculado y con la previsión de establecer, en su caso, las oportunas correcciones.

4.3. LA DISCAPACIDAD CONTEMPLADA EN LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE

La finalidad de esta Ley 41/2003 no puede ser más clara y terminante, su función es favorecer que la respuesta a las necesidades económicas que se generen en la atención de los discapacitados, en la medida de lo posible, provenga de las economías privadas, básicamente de sus propias familias; o, lo que es lo mismo, que las previsiones grandilocuentes del artículo 49 de la Constitución (31) resulten lo menos gravosas para el erario público en alguna de sus innumerables cajas correspondientes a las distintas Administraciones.

El apartado 1 del artículo 1 de la referida norma establece que *el objeto de esta Ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades de sus titulares*. Tal vez, entendiendo el legislador que podía no haber quedado claro el mensaje, añade un segundo párrafo así de inútil: *Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad*. Además para demostrar cuál es el objetivo propio y único del legislador se establece en el número 2 de este mismo artículo que: *el patrimonio protegido de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código Civil*. Es decir, en caso de necesidad para la gestión económica, con esta finalidad se prescinde sin más y sin distingos de todos los impedimentos de un formalismo jurídico garantista cuando se cruce en el camino del propósito clarísimo de «tocar pasta».

Es evidente que los mecanismos de la incapacitación y de la guarda de menores e incapacitados, a eso se refieren los títulos referidos, eran perfectibles, sobre todo, en materia de desconfianzas económicas sobre las personas que tienen encomendada la penosa misión de guarda y en complejidades judiciales,

(31) Uno de esos muchos artículos vacíos de la Constitución que solo sirven para crear infundadas expectativas en las personas y familias que tienen alguno de los problemas o carencias a las que en ellos se hace referencia o para crear agencias, organismos autónomos y hasta ministerios sin competencias reales ni medios financieros con los que hacer frente real al problema. Una pena, muy al estilo de la Administración moderna, nacional e internacional: una fábrica de gastos para enunciar un problema.

pero su imperfección puede y debe conducir a su reforma, de ningún modo a la subordinación de una ley sustantiva y garantista de los derechos de las personas a otra que de esta capital materia pasa sin quererse enterar del fondo real de la cuestión, le interesa lo adjetivo y circunstancial pero con valor crematístico no solo para los beneficiarios, sino también para los administradores.

Por si esto fuera poco, hay que dejar constancia que es evidente también que la Ley de 2003 no tiene en cuenta de forma general los problemas económicos ligados con la discapacidad, ni siquiera la posición económica del discapaz, en general, sino de forma enteramente particular. Le interesa el discapaz con posibles y para ello le resulta indiferente quién y cómo se constituye el mencionado patrimonio. La lectura a distancia y en frío del artículo 3 de la ley facilita la constitución al propio discapaz, a sus padres y parientes, a tutores, curadores y guardadores, a los meros guardadores de hecho y a cualquier persona con interés legítimo, lo que supone que se dan aquí todas las habilitaciones posibles casi sin límite, con lo que se puede constituir un patrimonio de estos con más facilidad que para ingresar en la legión extranjera en tiempos de paz. Todo un contraste con los controles que pesan sobre los padres y guardadores de menores e incapacitados. Con lo que queda demostrado que pasamos de un sistema demasiado rígido a otro excesivamente laxo sin transición y solo interesa para graduar las medidas quién sea el promotor y los interesados en el contenido real de la norma y sin que casi nadie se escandalice.

Para esta ley la condición de persona discapaz resulta puramente matemática o, más exactamente, porcentual, pero sin que se determine en qué consiste la referencia a la plenitud de la que el resultado medido es la parte (32). La norma parece desconocer que la discapacidad sea una cuestión de hecho con base y consecuencias jurídicas, sino el resultado de un puro dictamen médico con un gigantesco poder discrecional. Desde luego la cordura y honestidad de los técnicos y de las comisiones de valoración se dan por descontado y sin abrigar, al respecto, la menor duda; lo que se discute aquí no es la confianza o la desconfianza en los dictaminadores, la cuestión gira en torno a la raíz de la objetividad, sus procedimientos y sus consecuencias. En materia de personas y su capacidad, lo jurídico tiene que ocupar el primer lugar, pues lo que está en juego es la libertad y igualdad de las personas directamente afectadas, las que prestan auxilios de todas clases son importantes y hasta cruciales, como ocurre con la economía, pero debe quedar siempre claro que se trata de circunstancias, excepcionalmente importantes e influyentes, pero circunstancias al fin y al cabo.

(32) El texto del artículo 2.2 afirma que: *a los efectos de esta Ley, únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100.* Sin referencia alguna al modelo que se toma como medida normal de la capacidad.

Entiendo que para el propósito expresado por la ley hubiera sido preferible una legislación que incorporara a nuestro ordenamiento las instituciones de los *trust* y *charity funds*, propios del Derecho anglosajón de ambos lados del Atlántico, copiando lo mejor de ellos, que es mucho, y soslayando sus defectos y la dificultades de conexión entre tan distintos sistemas, en vez de generar este *totum revolutum* en el que no se resuelve ni de cerca la cuestión, pero no se deja títere con cabeza: Se desconoce a qué oscura finalidad obedece transferir a la Fiscalía el control de la gestión de estos patrimonios, cuando el Ministerio Fiscal es casi igual de rígido que la judicatura y, además, para muchas cuestiones requiere la venia judicial, cuando no la directa intervención de los jueces; prescindir de la pública subasta en los casos de necesidad de enajenar bienes de estos «fondos», recuérdese que éstos se han diseñado como patrimonio un conjunto de bienes y derechos afectados, una institución a mitad de camino entre las soluciones tan criticadas por medievales y las juzgadas muy severamente de rígidas, como son las titularidades administrativas; alterar las moralistas reglas de desheredación y legítimas, haciéndolas más complicadas e inútiles de lo que ya lo son de por sí; y otras modificaciones en las que el legislador, ora recuerda la existencia de Derechos forales y especiales con plena competencia en la materia, ora los ignora olímpicamente quedando restringida su vocación reformista al pobre Código Civil (que parece molestarles sobremanera). No obstante, el examen de estas materias, con ser importante, no atañe al propósito final del presente estudio, por lo que me limito a dejarlas críticamente apuntadas.

De todas formas de esta Ley sí se pueden extraer dos conclusiones útiles y clarificadoras de la cuestión:

La primera, que la discapacidad constituye una situación fáctica que no influye en la disciplina propia y específica de la incapacidad y sus consecuencias jurídicas, por lo que los discapaces son, en principio, plenamente capaces de obrar, si bien su personal situación fáctica debe dar lugar a que los que la padecen sean considerados beneficiarios directos de determinadas ayudas sociales y económicas, amén de objeto de especial protección en los negocios jurídicos de naturaleza personal o patrimonial de los que sean parte.

La segunda, que la Ley deja muy claro que los sometidos a tutela o curatela en razón de su particular grado de limitación o incapacidad para ejercer por sí sus derechos subjetivos, sí son discapaces y por lo mismo beneficiarios de las ayudas que puedan corresponderles conforme a las disposiciones legales y reglamentarias y personas con derechos a ser protegidas por las Administraciones públicas.

En resumen: se puede afirmar con todo rigor que no todos los discapacitados carecen o ven limitada su capacidad de obrar o deben ver alteradas por su condición personal su libertad e igualdad reconocidas constitucionalmente

y también se puede afirmar que todas las personas sometidas legalmente a tutela o curatela son discapaces acreedores de las ayudas y protecciones acordadas para ellos.

4.4. LA CONVENCIÓN DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006. RATIFICADA POR ESPAÑA EL 23 DE NOVIEMBRE DE 2007 (*BOE* DE 21 DE ABRIL DE 2008)

4.4.1. *El propósito de la Convención*

En el Preámbulo de la Convención, pese a un lenguaje rebosante de lugares comunes muy propio de las Naciones Unidas y su redacción a partir de los convencionales gerundios, se hace hincapié en que la función de la misma no es otro que el de combatir la discriminación que las personas aquejadas de discapacidad sufren o pueden sufrir, calificando a esta práctica como vulneración de la dignidad y el valor del ser humano.

Se encamina también a valorar las contribuciones que realizan o pueden llevar a cabo las personas discapacitadas e insiste, conforme a la moda del momento, en que las mujeres y las niñas discapacitadas sufren más que el resto, aunque sin argumentar ni dar razón de esta permanente conclusión.

Y, cosa rara, elogia la función que la familia suele realizar en la protección directa de las personas discapacitadas y afirma que *la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado*, así como que *las personas con discapacidad deben recibir la protección y asistencia necesarias*, señalando en varios pasajes las atenciones que deberían recibir y la especial atención al respecto que deberían presidir el ejercicio de estas actividades.

La Convención, como suele suceder con estos textos destinados a la humanidad, entidad excesivamente difusa para la formulación del Derecho, no deja claro en ningún momento qué entienden las Naciones Unidas por *discapacidad*, y, por supuesto, el término *incapacidad* no existe para el texto. No obstante, en el artículo 1.º, párrafo segundo, se intenta una descripción en los siguientes términos: *Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*, pero en el Preámbulo, apartado n), sí se explica que para la Convención interesa especialmente la *importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones*; precisamente las dos notas esenciales y la circunstancia respectivamente que no pueden realizar por sí mismos los incapaces, con lo que no pueden valerse por sí mismos y por ello es preciso que

previamente a su caída en incapacidad hayan tomado sus medidas en orden a la generación de poderes preventivos designando su representante voluntario o que el aparato judicial del Estado provea a tal fin designando un tutor que ejerza la representación legal de la persona incapacitada.

De todo el contexto de la Convención se deduce que ésta queda referida a personas que requieren de ciertos complementos de capacidad o de favorables actuaciones administrativas encaminados todos ellos a la remoción de «barreras», término que, en este texto, presenta un amplísimo significado de «impedimentos removibles» y que contrasta abiertamente con las «necesidades vitales no removibles» que requieren los incapaces por su falta de autonomía. Creo que por ello puede afirmarse con cierta rotundidad que esta Convención de las Naciones Unidas de 2006, que, pese a ser un texto legal internacional ratificado por el Reino de España, en modo alguno obliga a una revisión de fondo del tratamiento esencial de los cimientos materiales de la *incapacidad* (33).

Ahora bien, con todo fundamento puede afirmarse que, en primer lugar, los requisitos esenciales propios de la invalidez deben interpretarse muy restrictivamente; esta posición siempre fue la propia de nuestra legislación y de la mejor doctrina española.

En segundo lugar, que es necesaria una interpretación amplia de las situaciones de curatela y que en ellas la autonomía e independencia que resta a la persona discapaz resultan ser determinantes de su particular situación, si bien ésta no da lugar a la aparición de un verdadero estado civil tuitivo de la personalidad.

En tercer lugar, que los beneficios, facilidades y ventajas económicos y sociales que se otorguen y acuerden por las Administraciones Públicas en favor de las personas con discapacidad resultan, por su misma finalidad protectora, de aplicación directa para las personas que no pueden gobernarse por sí mismas, pues como ya apunté más arriba, todo discapacitado no tiene por qué necesariamente ser un incapaz, en la medida en que puede gobernarse por sí mismo, de alguna forma y por limitada que ésta sea; pero todo incapaz sí es, a su vez, un discapaz, con la circunstancia añadida de no poder tener ni independencia ni autonomía personales.

Esta línea de pensamiento, en cuanto a su alcance, queda explicitada y ratificada en los artículos 24 (relativo a la «educación»), 27 (trabajo y empleo), 29 (participación en la vida política y pública), y 30 (participación en

(33) El CNY trata de la discapacidad que para nosotros se mantiene como una categoría distinta de la incapacidad en el grado en el que se requiere prorrogar la patria potestad u organizar la tutela. En todo caso, el problema se plantea en torno a los supuestos de curatela, en los que el curador completa la voluntad del sometido a la misma y que en la línea del convenio presupone admitir por hipótesis que quien quiere y actúa es el sujeto sometido a la misma.

la vida cultural, actividades recreativas, esparcimiento y deporte), ya que casi todas estas manifestaciones de la actividad plenamente humanas quedan fuera del alcance real para los incapaces, incapacitados o no.

4.4.2. *Definiciones y su relación con los fines de la norma*

Con el término *definiciones*, la Convención proporciona a los países signatarios discretas posibilidades para restringir la amplitud de sus teóricas aspiraciones y parece limitarse a ser una norma más de buenas intenciones en la más constante actitud que ha venido siendo característica de esta institución internacional con vocación literaria de universalidad y práctica de consagración del imperante *status quo* que la creó en 1945.

En este artículo 2, dedicado a las definiciones, se devalúan los fines del texto en la misma medida en que así lo requiera cada país signatario; así, en el párrafo cuarto del mismo y bajo la idea de *ajustes razonables* (34) se proporciona a la medida de cada cumplidor la excusa necesaria en términos de proporcionalidad quedando exonerado de «toda carga desproporcionada», así todo el tercer mundo y las denominadas potencias emergentes, pero también los países del primer mundo pueden apuntarse al club de las buenas intenciones y no tener que cumplir exactamente lo pactado, bien sea por la magnitud de los problemas con que tienen que enfrentarse, bien sea por la ingente población afectada por las limitaciones que se tratan de salvar, bien sea por ambas razones y por respeto religioso o moral respecto de una determinada sociedad para con las penalidades que los dioses o la fortuna someten al ser humano a sufrir en sus carnes o en su espíritu (por qué no liberadoras limitaciones individuales y, en tanto que tales, dignas de respeto). Esta, se dice, es la posición personal de la mayor parte de los ciudadanos de la Unión India.

Bajo la rúbrica *diseño universal* se nos presenta una potencial carrera en la competencia industrial para presentar artículos para los distintos tipos de discapacidad y sus variantes. Una cuestión razonable, pero en la que se muestra el tenor economicista de la burocracia de las Naciones Unidas.

Aunque no figure en el elenco de las definiciones que convierten en circunstanciales los fines y objetivos de la Convención de 2006, habrá que convenir que a la vista del texto del artículo 34, no será preciso esperar para que en el seno de las Naciones Unidas se proceda a la creación del

(34) Texto convencional: *Por «ajustes razonables» se entenderán 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 los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».*

Comité conformado por doce expertos y su imprescindible burocracia internacional (35).

4.4.3. *Contenido material de la Convención*

La Convención no distingue entre *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar*. En el planteamiento literario y también del CNY resultan determinantes la terminología y el Derecho propios de los anglosajones, aunque también resulta evidente que, en nuestro caso y pese a la ratificación de la misma, no nos obliga, entiendo que de forma absoluta, a prescindir de tan útil y eficaz distinción a la hora de examinar qué posición corresponde a una determinada persona física, en la sociedad y en su manifestación concreta de sus relaciones en el tráfico jurídico y con el ejercicio directo o indirecto de los derechos que le asisten y le pertenecen, a la luz de las reales y personales circunstancias de salud y capacidad física y mental. Distinción que también sirve para calificar, en su caso, el grado de dependencia respecto de los apoyos que el ordenamiento jurídico y la sociedad puedan poner a disposición de la misma.

Así entiendo que la distinción entre las dos capacidades contempladas en nuestro sistema debe ser mantenida e invariada en cuanto a su función y naturaleza, no así en cuanto a la interpretación propiamente dicha de las situaciones que contempla, ni a la teleología de las instituciones arbitradas para completar capacidades, que deberían adaptarse a la vista de las nuevas corrientes a las que nos hemos adherido (36). En el ejercicio de la tuición de las personas con discapacidad e incapacidad prima todavía excesivamente la dimensión del interés de la familia, que en algunas casos llega a sobrepasar el interés personal del sometido a calificación y protección que, a veces, se convierte en el único elemento relevante en la decisión del caso.

(35) Con ello los altos ejecutivos de las Organizaciones No Gubernamentales más cercanas a la Secretaría General o a las potencias efectivas estarán como siempre de enhorabuena, ya que no les faltarán los invisibles beneficiarios de su imprescindible actividad y desvelos. Venga o no a cuenta, siempre habrá lugar y dinero para ampliar las superestructuras de ese gigante internacional en constante crecimiento, aunque no por ello mejore en un ápice su eficacia, me temo.

(36) Creo yo que la adhesión y ratificación de la Convención, que aquí se examina, daño evidente no hace, pero no era ni conveniente ni necesaria. Nuestro sistema de apoyo y suplencia de la capacidad de obrar, desaparecidas las limitaciones absurdas debidas al sexo, al estado civil y a la condición social de las personas, se puede calificar de adecuado, suficiente y de sumamente respetuoso para con los derechos humanos y sus garantías, así como con los derechos constitucionales de las personas y sus libertades públicas. Otra cosa bien distinta es la necesidad de ajuste de la interpretación de las instituciones y su vivencia, ya que éstas resultan ser más sociales y familiares que personales. Y es la dimensión personal la que viene primando en los nuevos textos, pero también se puede decir que esta es la dirección a la que apunta nuestra Constitución.

El contenido central ideológico y normativo de la Convención se encuentra en su artículo 12; de él los números 1, 2, 3 y 5 (37) no requieren para el caso de España cambio legislativo alguno, en tanto que el apartado 4, en cuanto reza: *Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que las medidas afecten a los derechos e intereses de las personas*, entiendo que sí da lugar a acordar algunos cambios menores en la disciplina del Código Civil.

En primer lugar y en línea de concepto, me parece que habría que acordar que la incapacidad, como estado civil, solo podrá acordarse para los casos de enfermedades, deficiencias psíquicas u otras situaciones con manifestación en la psique que impidan a quienes las padeczan entender y querer sobre el contenido mínimo de sus derechos y, en su consecuencia, con relación directa de causa efecto, les impidan gobernarse por sí mismos incluso recibiendo el oportuno apoyo y asesoramiento. Por tanto se debería prescindir en el artículo 200 del Código Civil de la referencia a las *deficiencias persistentes de carácter físico* (38) como causa de incapacitación. Para casi todos los actuales casos de incapacidad debería acudirse a la curatela que, inevitablemente, vería muy ampliada su aplicación.

(37) Artículo 12. 1. *Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*

2. *Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*

3. *Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*

5. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

(38) El término *deficiencias* se suele emplear con relación a estados exclusivamente clínicos cuando lo que nos importan deberían ser las repercusiones de éstas en la vida personal y social, por lo que se deberían incluir los supuestos de coma previsiblemente irreversible, las parálisis mentales y otras enfermedades que sin estar calificadas de mentales operan para quienes las padecen de idéntica forma.

En segundo lugar, entiendo que, dada la potencial ampliación de la carga tutitiva que debería recaer sobre las Administraciones Pùblicas en materia de discapacidad, procedería limitar las actuaciones judiciales a los estrictos supuestos de incapacidad que requiera recurrir a la patria potestad prorrogada o a la tutela (39); es decir, reservarse la declaración jurisdiccional para aquellos casos que requieran de una permanente representación legal por imposibilidad de formular por el propio incapaz un criterio libre e informado, en sentido estricto, sobre el ejercicio de sus personales derechos y el poder llevar su propia vida con un mínimo de independencia intelectiva de la realidad.

En tercer lugar, tal vez sea todavía necesario recalcar que en todos estos casos, sobre todo en los de incapacidad declarada y conforme la opinión del profesor DE CASTRO, prácticamente compartida por la totalidad de la doctrina civilista española, que el único interés que debe prevalecer es el del incapaz, ateniéndose a cada caso. Todos los demás intereses o son vicarios del de éste o carecen de relevancia.

En cuarto lugar, se debería distinguir radicalmente entre los supuestos de tutela por enfermedad psíquica de los que den lugar a la generación de otras limitaciones o necesidades de representación o ayudas para el ejercicio de la capacidad de obrar, incluidos los menores no sometidos a la patria potestad y mayores de cierta edad en la que sea posible tener un entendimiento y voluntad reales de las cosas (los catorce años Aragón, una vez más, puede servir de ejemplo) (40).

Desde luego, por la misma razón y autonomía de los discapacitados por causa física sin repercusión en las facultades intelectivas del entender y querer, jamás se debería acordar la curatela de estas personas, así como ningún otro tipo de guarda que no sea demandada y acordada por el propio discapacitado.

En quinto lugar, se debería descargar considerablemente de controles judiciales a los tutores, curadores o guardadores de hecho y no someterlos a un grado de desconfianza poco digno y desproporcionado respecto de la bondad, que es propia de la función que la sociedad y el Estado esperan que desempeñen.

En sexto lugar, convendría fomentar la existencia de *trusts*, asociaciones y fundaciones que tengan por finalidad la creación y gestión de fondos de

(39) No estaría de más repensarse la conveniencia de recrear los órganos de la desaparecida Justicia Municipal y favorecer la cercanía de ésta a los ciudadanos y sus problemas diarios. Creo que su supresión por una interesada interpretación constitucional constituyó un error que debería ser corregido.

(40) Resultaría conveniente al respecto unificar los criterios de edad para los jóvenes en todos los asuntos jurídicos. No me parece sensato que para unas cosas se sea partidario de adelantar la edad de decidir (ejercicio de derechos fundamentales) y de otra retrasarla lo más posible (incriminación penal plena), aunque esta contradicción se vista con ropajes progresistas.

apoyo económico, la formación de cuidadores y especialistas en discapacidad e incapacidad e indicar la conveniencia de someterse a la supervisión de su actividad y gestión por órganos distintos de los judiciales. Reservando la actuación de éstos a la resolución de conflictos jurídicos entre guardadores y guardados.

En séptimo lugar, aunque existan opiniones fundadas sobre la irreversibilidad de la enfermedad psíquica padecida y sobre sus efectos, deben acordarse y llevarse a cabo revisiones clínicas periódicas e independientes, pues se trata de una garantía adicional que pudiera dar lugar a diferencias atendibles de enfoque o de tratamiento, naturalmente una y otra supervisadas por la autoridad o institución que se señale y esté en posesión de una acreditación suficiente.

Por último y en octavo lugar, habida cuenta de la importancia que en estos casos reviste el ejercicio de la independencia del discapacitado físico o psíquico que puede todavía gobernarse por sí mismo y del presunto incapaz, habrá que reconocerse y dar una preferencia absoluta a los poderes preventivos otorgados por estas personas bajo fe notarial y abstenerse de nombrar tutores distintos por mucho que se apele a la unidad y el interés de la familia, al conocimiento íntimo del discapacitado y a la familiaridad que se tiene con él. En esta materia me parece que el texto de este artículo 12.4 de la Convención de Nueva York resulta decisivo y determinante de las posiciones mejor razonadas de la doctrina española (41).

5. LA VEJEZ

5.1. CONFUSIONES EN TORNO A SU REALIDAD

En una sociedad como la nuestra y en este preciso momento, en la que el éxito personal lo es casi todo y la belleza corporal una cuestión de hecho muy próxima a la sensación de beatitud religiosa, resulta poco menos que imposible explicar con sentida y vivida convicción que la vejez no es una deficiencia, ni una insuficiencia corporal y ni mucho menos una desgracia personal y familiar.

(41) La doctrina española ha estado bastante atenta a esta solución de los poderes preventivos y a anteponer la voluntad de los afectados por discapacidades e incapacidades sobrevenidas a las soluciones estándares de la ley. Entre los muchos trabajos sobre la materia destacan por su claridad los de ARROYO i AMAYUELAS, Esther, «Del mandato “ordinario” al mandato de “protección”», en *RJN*, núm. 49, pág. 9 y sigs., 2004; por su enjundia, densidad del análisis y toma de posición, la monografía de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *Incapacitación y mandato*, pág. 196 y sigs. La Ley, Madrid, 2008; y el recapitulativo de GARRIDO DE PALMA, Víctor, «La protección de los discapacitados y el poder preventivo de protección», en *AAMN*, curso 2008/09, págs. 63 a 86, Madrid, 2010.

Esto es así, aunque el realismo obligue a admitir abiertamente que el envejecimiento de los seres humanos presupone, por definición, una mengua del vigor y una ralentización de los reflejos que son propios de la madurez, y, también por definición, hay que admitir que los recursos cerebrales de respuesta a cualquier reto intelectual o vivencial son distintos y claramente menores de los que son propios de la infancia, adolescencia, juventud y madurez. Hecho que los ancianos suplen, en la medida de lo posible, recurriendo a la experiencia.

En mi opinión y como cuestión a estudiar, la vejez está mal tratada y peor comprendida porque muchísimos autodenominados expertos están empeñados en confundir la *vejez* con la *senilidad*, situaciones que, por fortuna, no son lo mismo, ni mucho menos. La primera constituye un estadio natural en la evolución personal, y la segunda se refiere a una enfermedad neuronal de naturaleza degenerativa. Ambas solo tienen en común que se dan con una edad avanzada.

Qué duda cabe que el mero transcurso del tiempo produce un apreciable desgaste en todo organismo vivo, el cual favorece la aparición de insuficiencias orgánicas que dan lugar en muchos casos a discapacidades y a incapacidades, e indudablemente conducen a su muerte, que nuestra cultura, con un trasfondo religioso, considera un enemigo que acabará por ser vencido cuando se llegue a la plenitud de los tiempos.

La vejez o la senilidad no coinciden necesariamente con el hecho de alcanzar una edad determinada más allá de una estadística de previsiones nada parecida a la que se puede construir para la infancia y la adolescencia, en las que las excepciones en el *iter* de maduración y en el alcance de la capacidad resultan ser mucho más escasas (42).

En la vejez las limitaciones sobrevenidas con ella (o simplemente favorecidas) para mantener o perder la capacidad funcional que se disfruta, deberían medirse con relación a las necesidades funcionales, por supuesto y de ordinario bastante inferiores a las que son propias de la madurez. Otra cosa bien distinta son los desarreglos que desembocan en la senilidad o los casos de presencia de enfermedades degenerativas que sí dan lugar a abundantes situaciones personales de verdadera incapacidad, aunque ésta no se suela declarar por mor de que las incapacidades no están siendo observadas en nuestra sociedad como lo que son: una situación de imposibilidad de autogobierno de una persona referida a sí misma y solo por derivación sobre su patrimonio, y, por el contrario, sí casi exclusivamente manifestadas y solicitadas en la medida en que la disminución de las facultades físicas y psíquicas puede afectar a la defensa del patrimonio que, con una lógica egoísta ajena

(42) Naturalmente me refiero a las edades biológicas, no al anínamiento que los padres imponemos a nuestros hijos en España, tanto en materia de trabajo como en lo relativo a la responsabilidad. Una actitud digna también de ser estudiada y valorada.

al derecho, los legitimarios o presuntos herederos quieren preservar por la vía de ejercer su control sobre el mismo.

Se trata de una visión decididamente materialista y muy empobrecedora de las nociones legales de capacidad e incapacidad de las personas. Esta visión se concentra en la necesidad, o no, de una autorización judicial para gobernar el patrimonio, no nos equivoquemos, para, en caso de incapacidad del titular, gestionar dicho patrimonio en interés del propio gestor y, acaso, en el de los coherederos.

La frase hecha «los mayores se vuelven como niños», no resulta nada real; más bien responde a la composición de lugar que quieren (o necesitan) construirse quienes se encargan *de facto* del cuidado de la persona (muchas veces, las más, muy meritariamente) y bienes de los viejos que, además, resultan ser incapaces.

No quisiera que de las afirmaciones precedentes se dedujese una crítica arbitraria y desmesurada para con los hijos y parientes que cuidan a los ancianos y, en especial, a las víctimas de la demencia senil y a los afectados en grado avanzado por la enfermedad de *Alzheimer*; muy al contrario, la mayoría de ellos vienen ejerciendo la inmensa virtud de la caridad para con el prójimo y, con excesiva frecuencia, son objeto de la desconfianza crítica de quienes deberían sentirse obligados a compartir con ellos tales tareas y muy frecuentemente ganándose la enemistad de las personas cuidadas, porque se ven impedidas de llevar a cabo sus personales caprichos.

La crítica, que la hay, para algunos casos, está dirigida a las Administraciones que no solo no colaboran al nivel que debieran, sino que además, y en la realidad, han abandonado a las familias a su suerte, después de hacer grandes y fantasiosas promesas.

A las Administraciones Pùblicas no se les da bien todo aquello que no se puede generalizar de forma estándar, y aquí ni se puede ni se debe generalizar de ningún modo, pues si bien sí se ha hecho y de forma absoluta para fijar el inicio de la mayoría de edad, pues se trata de un reconocimiento presuntivo de la capacidad, en los casos de su pérdida, sencillamente por tratarse de una pérdida, es preciso de forma indispensable actuar caso por caso, aunque tal vez sí se podrían reducir y simplificar las exigencias en el campo de las formalidades que ahora se requieren, precisamente las que nos llevan a un tratamiento de muchos ancianos como si fuesen incapaces, sin serlo.

La inclinación generalizada a incumplir las normas sobre incapacitación de mayores que han perdido sus facultades mentales, en la que incurre la inmensa mayoría de nuestra sociedad, se ha venido vistiendo con una suerte de ropaje moralista en razón de la alarma o inquietud psíquica que con el procedimiento de incapacitación se puede llegar a crear en la vida de los presuntos incapaces, ya de por sí precaria; y, a la postre, se afirma que su declaración sirve para bien poco a los efectos prácticos (léase: crematísticos).

O sea: si de la declaración de incapacidad se siguieren bonificaciones económicas, desgravaciones fiscales o incrementos en las pensiones de los ancianos estaríamos en presencia de notorias aglomeraciones ante los juzgados y con agrias quejas sobre la dilación injustificada de la Administración de Justicia, porque de todos los demás aspectos ya se vendría ocupando la familia beneficiaria directa o indirecta de las ayudas.

Este aspecto, y no otros, se nos presenta como meollo central en una buena parte de los estudios jurídicos sobre la vejez, en el fondo también los de las restantes áreas del saber cuando se dedican a la vejez (coste de las residencias, destino de las pensiones, costes de personal, gasto en farmacia, etc.). Esto es así hasta el punto de que, en mi opinión, no resultan interesantes, porque no aportan casi nada a una hipotética teoría de la incapacidad o a la versión más moderna de la discapacidad o de la vejez y sus secuelas.

Creo que el Derecho, además de coadyuvar, cómo no, a que no sean insopportables las cargas materiales a añadir a las económicas derivadas del cuidado familiar a quienes no pueden autogobernarse o requieren de ayuda para que el hecho natural de autogobernarse sea o siga siendo posible, debe intervenir en la solución de cada caso haciendo efectivo ese mínimo bienestar que se reconoce, al menos en teoría, como consustancial con una existencia digna, sin inútiles prédicas ni demagogias. El ideal constitucional y la moral de igualdad deben servir, como vías eficaces, a la defensa directa de la libertad, impidiendo de forma principal que la incapacitación se entienda de forma extensiva y no restrictiva, que es como procede.

Los ancianos lúcidos y también los no impedidos, que son los más, pese al pensamiento dominante en la materia, tienen un derecho fundamental, así lo entiendo, a no ser tratados como niños por sus propios hijos o familiares; sobre todo, tienen derecho a ser respetados, aunque por los cambios operados en su vida no entiendan, por ejemplo, como funcionan algunos sofisticados electrodomésticos; tienen también derecho a la movilidad (no me refiero al derecho fundamental de libertad de desplazamiento, sino a algo más práctico y doméstico) para que puedan relacionarse con otras personas ajenas a su estrecho entorno familiar.

Me parece que la defensa de la libertad pasa por el fomento de la confianza en ellos mismos y esta confianza depende en gran medida de la autonomía e independencia de movimientos y en el uso de los cauces, por escasos que sean, de relación con terceros (43).

(43) Los clubes de ancianos, los hogares de jubilados y pensionistas y los centros de mayores son instituciones acreedoras de un mejor y más sólido trato del que ahora reciben y de una efectiva actividad de fomento. Véase, si se quiere, de una manera harto egoísta, pues con su implantación y generalización se ahorraría muchísimo dinero a las familias y a las Administraciones sociales.

Siento afirmar con decisión que la tranquilidad que logran los hijos con padres de avanzada edad manteniéndolos encerrados en sus propias casas, metidos entre algodones y sometidos a dietas que tal vez alarguen su vida unos días, meses o años, en el mejor de los casos, pero que sí les acorta la ilusión de seguir viviendo, no se debería tratar como una cuestión menor, como una simple ocurrencia digna de tenerse en cuenta. No se trata de un interés digno de protección, afirmo que no hay tal interés, sino de supuestos calificables de interferencias graves en la libertad de las personas. En muchos casos la calificación resulta ser de claro abuso; pero, en los menos, puede llegar a presentar perfiles delictivos: verdaderas privaciones ilegítimas de libertad.

Por lo que hace a los internamientos en residencias de ancianos, hay de todo, pero sí es constatable que la preocupación de las Administraciones Públicas (Comunidades Autónomas y Municipios) se limita exclusivamente a una especie de verificación de la adecuación de las instalaciones y que el Ministerio Fiscal, siempre competente en la defensa de las libertades y de los derechos constitucionales, se suele mostrar ajeno a esta realidad incómoda y espera en esa posición verdaderamente envidiable del que sabe que si llega a ocurrir algo improcedente o ilícito, ya se lo denunciarán. Habrá que recordar a esta centenaria y benemérita institución, así como a las autoridades del Ministerio de Justicia, que las Administraciones territoriales citadas carecen de competencias para la defensa de oficio de la libertad y su papel se limita a colaborar.

Desgraciadamente, en algunas residencias de ancianos se dan bien intencionadas privaciones ilegales de libertad, tan graves o más que la prisión preventiva excedida en el tiempo, que con toda justicia preocupa a los jueces de vigilancia penitenciaria, y respecto de la que ella sí es competente: la preservación de la libertad de las personas, incluso la de los ancianos ligeramente despistados ante un mundo agresivo que les rodea, no requiere de denuncias ni de querellas. Además, los fiscales pueden salir de su despacho, enterarse de lo que ocurre en nuestro mundo y ejercer como tales en la calle; no es cómodo ni barato, pero sería muy estimulante para muchos, especialmente en una sociedad que cuando trata de incapacitados y discapaces físicos o síquicos solo se sabe hablar de dinero (pensiones, ayudas y costes).

5.2. ¿QUÉ PUEDE SER LA VEJEZ?

Esta es una pregunta que casi nunca se les hace muy pocas veces a quienes conocen a fondo esta etapa de la evolución de los hombres como seres vivos. Desconozco las razones de esta actitud, aunque es evidente que éstas existen y tienen consistencia social, esa misma razón empuja a no dar a la *geriatría* el reconocimiento tanto como especialidad médica, como sico-

lógica que merece, sobre todo si tenemos en cuenta que en nuestra sociedad el número de viejos resulta importantísimo (44).

La vejez no se manifiesta como ocurre con la madurez física de los hombres. Uno no se suele sentir viejo cuando empieza a serlo y tampoco los especialistas en geriatría encuentran una constatación objetiva de la entrada en esta etapa vital. Por cuanto se refiere a la experiencia personal, uno mismo de repente cae en la cuenta de que se ha convertido en un viejo, adquiere conciencia de que lo es desde hace un tiempo, pero sin llegar a saberlo. Y por cuanto se refiere a la opinión diagnóstica de los especialistas, encuentran a un ser humano viejo cuando aparecen los efectos externos de la ralentización en la renovación celular o se hace patente la mengua lógica de capacidades vitales. La disminución cuantificada de importante o su pérdida caracteriza la senilidad.

El diccionario de la RAE tampoco constituye una excepción a esta tendencia de ignorar un fenómeno tan común y acusado en nuestros días; además de los sentidos coloquial y vulgar del término, nos dice que *vejez* es la cualidad de viejo. Y en la segunda acepción confunde *vejez* con senilidad. Tampoco es más claro cuando encara el sustantivo *viejo*, pues afirma: «Dícese de la persona de edad. Comúnmente puede entenderse que es vieja la que cumplió setenta años». Llama la atención la escasísima precisión formal y material, tanto por la indeterminación conceptual cuanto por confundir una cualidad personal con la edad de jubilación de los funcionarios anterior a las reformas del primer gobierno socialista de la nueva etapa constitucional. La mayoría de los académicos de la española son funcionarios jubilados.

La excepción a la regla de ordinaria precisión que la Real Academia Española manifiesta en este caso, puede deberse a que se trata de una institución, que desconoce, por fortuna para sus miembros y también para nuestra lengua, la baja por jubilación de los académicos y también a que, a pesar de tratarse de un institución formada por personas de avanzada edad, está integrada por muy pocos viejos, según el criterio vulgar de apreciación.

La vejez que aquí nos interesa, no es en absoluto un estado subjetivo de ánimo. Un buen número de ancianos se sienten bastante jóvenes por dentro y por fuera, en tanto que también y, por el contrario, hay gentes maduras que se sienten viejas. Tampoco resulta cifrable a partir de una concreta edad, como hemos acordado para la mayoría de edad: todos conocemos a viejos de cincuenta años y a maduros no envejecidos de setenta y tantos u ochenta años. Se manifiesta a diferentes edades; ahora bien la moda estadística en

(44) Me parece claro que esta deficiencia es una muestra bien patente y demostrativa del poco interés de los grupos dominantes de nuestra sociedad sobre el problema, que lo es, además, importante, no reciba no solo el tratamiento que requeriría, sino que ni siquiera sea considerado como tal, salvo para que el fisco se alarme por la «excesiva» duración de las pensiones.

España se sitúa alrededor de los ochenta por el momento, pues sigue retrasándose en cuanto a su aparición.

A la vejez la entiendo, como un hecho en el que se conjugan un cierto grado de decaimiento del vigor físico combinado con una ausencia de proyectos. En la producción de este estado de hecho, que es la vejez, influye más lo segundo que lo primero, aunque sea la aparición de ciertas limitaciones físicas las que lo desencadenan la manifestación de la *melancolía*, una actitud bien conocida por la literatura y las artes plásticas clásicas.

La melancolía tampoco es una enfermedad, o mejor no lo es todavía, pero constituye el anuncio de un cambio en el funcionamiento normal del cerebro. Se considera un estado de ánimo caracterizado por el retramiento en las relaciones interpersonales, cierto pesimismo en la contemplación de los acontecimientos del entorno próximo con desentendimiento respecto de los lejanos; insistencia en la rememoración del pasado remoto, soslayando el presente y eludiendo cualquier previsión de futuro; y, sobre todo, ser proclives a la exaltación o el enfado sin motivos de suficiente peso y dejándose llevar por repentinos accesos de mal humor. Es, parece ser, inevitable. Los estados melancólicos o atrabiliarios producen situaciones de ansiedad acompañados de una exagerada necesidad de agradar a los que rodean al sujeto afectado; miedo al silencio y a la soledad; y propensión a alarmarse por cualquier causa.

Estos síntomas son los que hacen de los ancianos víctimas de intimidaciones impropias a partir de comentarios, aseveraciones o consejos que no tratan, en principio, de arrancar de ellos conductas no queridas o vencer resistencias, pero al producir temores infundados pero tan vívidos de pérdida de afecto, abandono o simple alejamiento que, a juicio de los psicólogos, pueden dar lugar a actuaciones sin consentimiento o a vicios graves del mismo. Tal vez con exclusión del error.

Me parece que hay que tener claro que no seremos los juristas quienes vayamos a resolver el problema esencial del enfoque vivencial de esta novísima realidad y a la vista de los puntos de vista actuales. ni siquiera contribuiremos a racionalizar el hecho. Este enfoque, si se alcanza, pues tengo mis dudas, nos vendrá de la mano de la fisiología, tras describir la razón de ser del comportamiento melancólico o atrabiliario, o, en román paladino, los clásicos *humores negros*. Pues ésta es la traducción literal de los términos griego y latino, respectivamente, para describir los comportamientos de los mayores cuando resultaban incomprensibles para los miembros mas jóvenes de su familia.

No pueden calificarse como síntomas de vejez ciertas reacciones depresivas que se manifiestan con ocasión de jubilaciones, sobre todo las anticipadas, ni a las crisis de ansiedad que siguen a la jubilación forzosa o la pérdida del trabajo. Las pretendidas ventajas de la jubilación, o incluso las ciertas en algunos ámbitos, no suelen compensar la sensación de sentirse inútil, en unos

casos, o preferido, en otros. Esto último no suele ser una mera sensación subjetiva, sino que tiene visos de ser una penosa realidad.

El pesimismo que se exterioriza en signos de introspección suele guardar una estrecha relación con la educación recibida en la que se mitifican los valores ligados a la jerarquía social y laboral, se trata de una verdadera ansia de mandar sobre otros (45). El sistema desjerarquizado permite que las buenas relaciones políticas, sociales o económicas, se valoren como mérito para ascender o para ocupar puestos y su ausencia para todo lo contrario. En España esto se manifiesta de forma notable.

La vejez se percibe por la vista y, tal vez, se huela (a los perros y a los niños, seres básicamente olfativos no les gusta), pero de ningún modo puede considerarse como una causa de incapacidad, ni siquiera de discapacidad, si bien supone una predisposición natural para que ambas se produzcan.

Ahora bien, los viejos, en una inmensa mayoría de casos, se autogobiernan con diligencia y gestionan sus intereses con solvencia, si bien no favorecen al mantenimiento de esta grata realidad la deprimente manía de todas las Administraciones Públicas y empresas de gestión de servicios a dedicar gran parte de su tiempo a modificar constantemente los abundantes e innecesarios impresos y procedimientos en vez de dedicar el intelecto, si bien no precisamente escaso de sus funcionarios y empleados en resolver los problemas de tales clientes a los que ven con evidente desagrado (46), sin que los políticos responsables sean conscientes de que llegarán a ser mayoría y, además, mayoría decisiva, así como para un número creciente de empresas para las cuales los ancianos resultan ser sus más numerosos, importantes y fieles clientes, a veces, su única clientela.

Se puede concluir que si bien la ancianidad, como ya se ha apuntado, no constituye por sí misma causa de incapacidad, sí son bastantes de las enfermedades que, a menudo, se ceban sobre los cuerpos envejecidos y las mentes menos vivaces. Tampoco da lugar de forma necesaria a situaciones de discapacidad, puesto que los porcentajes de disminución de la *habilidad* física y psíquica a que hacen referencia las normas de discapacidad, de forma harto exótica, deberían ser corregidos en su interpretación en función de criterios de normalidad propios de la estadística correspondiente a cada edad y, sobre todo, en relación con las funciones que el individuo esté llamado a desempe-

(45) Recuérdese que hasta los años sesenta del siglo pasado las escalas de las carreras administrativas de los Cuerpos Superiores estaban divididas en compartimentos equivalentes a los grados de las carreras militares: lo mismo ocurría, con menor rigidez, en las ordenanzas laborales, es más, no se trataba de una manía española propia del régimen político; en Francia, Alemania y en el Reino Unido ocurría lo mismo. En este último los esquemas jerárquicos se siguen manteniendo en el *Civil Service*, creo que con ventaja sobre los esquemas falsamente igualitarios de las administraciones continentales.

(46) Los viejos les parecen unos pesados por la insistencia en sus muchas preguntas fundadas. Lo que más les molesta es que su actitud está bien fundada.

ñar. De otro modo las normas darían lugar a una interpretación extensiva y por tanto ruinosa para todas las economías conocidas; es cierto que hay un relativo fomento del ámbito de discapacidad con la finalidad de favorecer a los promotores de las organizaciones de desarrollo social y de las personas que las sirven (47).

Se trata de una tendencia comprensible por la novedad de las más de las profesiones sociales, pero que debe observarse con nuevos criterios decididamente restrictivos. Es preciso recordar de forma constante, hasta la pesadez si es preciso, que los ancianos son personas, que no se trata de cosas, ni de animalitos de compañía, ni su atención se puede servir con simples aficiones inocuas e incluso meritorias, se requiere de la prestación de servicios profesionales en los que se emplean conocimientos específicos, no son suficientes las actitudes favorables ni las actitudes desprendidas.

La capacidad y la normalidad se presumen, pero no son ampliables sin correr el gravísimo riesgo de atropellar valores con categoría universal de Derechos humanos (48).

Nuestros ancianos son objeto de asechanzas, por desgracia no siempre imaginarias. En algunas oficinas bancarias —tengo pruebas al respecto— se les trata de dirigir en sus transacciones y movimientos de sus depósitos en interés exclusivo de los empleados y, a veces, de la propia entidad crediticia en la proposición de rentas vitalicias de un alea muy discutible, sin que el Banco de España, como supervisor de la «moralidad» de las prácticas bancarias y de la lícita competencia, parezca que tenga nada que decir. En otros casos aparecen familiares dispuestos a impedir que sean otros los que aligeren la bolsa y con tal loable excusa serán ellos quienes se dispongan a efectuar la correspondiente sisa. ¡Ay si los ancianos son varones viudos y conservan en su poder las alhajas de su difunta esposa! Por último, están aquellos que por mor de la compañía y el cuidado se instalan en la vivienda de los ancianos, los cuales poco después son desplazados hacia los «moritorios», así pueden calificarse las más de las residencias improvisadas de ancianos servidas por imaginarios especialistas; mientras hijos, nietos o sobrinos, sin excluir sirvientes o simples acompañantes gozan de una casa-habitación independiente y gratuita o poco menos, aunque solo visitan después a sus forzados benefactores de Pascuas a Ramos: les da mucha pena verlos allí rodeados de pobres gentes desvalidas, por lo que restringen las visitas para no perturbar su delicada conciencia o impresionar a los niños que les acompañan.

(47) Lo cual no es una idea descabellada si se orienta correctamente y si se considera exclusivamente como una función social que requiere ser fomentada.

(48) La moda de ver a todo el mundo capaz resulta social y jurídicamente tan peligrosa como su contraria de entender que las gentes mayores están de sobra en las actividades económicas, ambas opiniones son infundadas y socialmente muy peligrosas. Son el fruto directo de los distintos autoritarismos y elitismos del siglo pasado que tanto daño nos han ocasionado.

Nuestros ancianos no son valorados por la actual sociedad, creo que no lo han sido por ninguna, salvo aquellos que reunían poder y riqueza y, además, mantenían gran parte de su vigor, sobre todo el intelectual. Las cuestiones de senectud o ancianidad eran las de los patriarcas y jefes de clan o tribu a quienes se trataba de adular para recibir de ellos beneficios sociales, políticos o económicos (49).

Esta situación tiene variadas causas:

De una parte, se nos presentan como una población pasiva que por su desmesurada longevidad pone en peligro la estabilidad de las cuentas públicas, como si ellos fuesen los responsables de tales cuentas y de los gastos más que discutibles que amparan y soportan.

Además, con la constante y necesaria revalorización de las pensiones se pone en peligro la estabilidad, cuando han sido los políticos y sus inspiradores los más interesados y, a veces, los responsables de la jubilación de miles de personas para favorecer lo que se denomina relevo generacional en todos los ámbitos. Al parecer las pensiones de los políticos (50) y de los financieros nunca tienen carácter inflacionario y siempre están justificadas. Este, por desgracia, no es un mal exclusivamente nacional; los órganos de la Unión Europea nos marcan decididamente y con gran entusiasmo esa reprobable pauta.

Y de otra, los ancianos se saben incomprendidos, porque quienes les siguen generacionalmente, entre otros y con frecuencia sus propios hijos, los quisieran ver sumidos en una quietud indescriptible, parecida a la ataraxia predicada por los griegos, esperando anhelantes la muerte, con o sin más allá. Se sienten acechados por sus sucesores para que, ¡de una vez!, dejen vacantes los bienes y se opere ese milagro que es la sucesión en la mente de algunos. Se perciben asediados para que se convenzan de que sus últimas voluntades deben expresarse de otra forma, por supuesto siempre a favor del asediador, muy frecuentemente hasta la intimidación disfrazada de interés solícito, pero preñada de amenazas de abandono evidentes. Y se saben esclavizados y presos de ciertas compañías y comodidades aparentes respecto de los que los tienen rodeados para impedir que se sientan libres, unas veces se trata de los potingues farmacológicos que nadie sabe bien por qué hay que tomarlos para sobrevivir unos minutos más, acaso, a la edad que se alcanzaría prescindiendo de ellos, otras se trata del terror a dejarlos solos ¡no sea que les pase algo! o, tal vez, se acerquen al notario para hacer testamento o, lo que es bastante peor, para modificar el ya dictado (51).

(49) Recuérdese que eran, para los parámetros actuales, bastante jóvenes y vigorosos.

(50) Incluso cuando se conceden, como en España, con plazos de carencia mínimos y privilegiados en su cuantía respecto del común de los ciudadanos.

(51) Me parece que estos graves males son difíciles de superar en una sociedad que invierte más recursos familiares en mantener la línea, la buena forma y el atractivo físico que en la instrucción de sus propios hijos —dejada en manos del Estado, en lo académico

Ahora bien, la ancianidad, aún la de aquellos que mantienen su plena capacidad, en razón de su entorno personal, más si viene acompañada de algún grado de discapacidad, puede requerir de apoyos técnicos para que los actos y contratos en los que participan como sujetos activos quienes han llegado a ella puedan ser calificados de válidos y eficaces, porque han sido efectuados libre y voluntariamente y el sujeto anciano era conocedor consciente de todos los efectos que se derivaban de la suscripción y aceptación de tales actos y contratos.

5.3. VÍAS DE POSIBLE PROTECCIÓN A LA ANCIANIDAD EN MATERIA CIVIL

Como he dicho anteriormente, de la vejez se sabe muy poco, pues constituye, como fenómeno generalizado, una realidad bastante nueva. Por ello casi siempre que se habla de ella o bien se suele hacer referencia a los primeros síntomas de la *senilidad*, o bien, por el contrario, se contempla como el triunfo de verse proclamado jefe de un clan familiar patriarcal, donde la edad constituye una referencia puramente estadística y literaria: se trata del mayor, aunque por comparación histórica hoy resultaría ser bastante joven.

He aquí los dos modelos clásicos: el greco-romano de la *melancolía*, ya explicado, o el de la bien conocida bendición israelita del *patriarcado*: verse rodeado de hijos, nietos y bisnietos sobre los que se ejerce una más o menos amable autoridad.

La literatura romántica utilizó una variante distinta de la significación de melancolía, referida al extravío que padecen los enamorados y también el de su equivalente latino relativo al comportamiento atrabiliario (proceder que prescinde del orden racional) y desde el siglo diecinueve ha resultado siempre comprometido emplear tales términos técnicos en un contexto serio.

Por sí misma y como ya he apuntado repetidamente, la vejez no modifica a la baja la capacidad ordinaria de saber y entender, ni las limitaciones propias del aparato locomotor envejecido (reuma, artritis, artrosis, descalcificación, etc.) sirven a tal efecto; todas estas circunstancias, por la gravedad que pueden revestir o por la acumulación de varias, pueden llegar al nivel de poderse calificar de discapacidad, pero no afectan a la capacidad de gobernarse por sí mismo: clave real de la capacidad de obrar.

No obstante, no puede afirmarse del que padece un simple envejecimiento sensorial y locomotor, la inmensa mayoría, que no requieran ayudas y protec-

y financiero y a la buena de Dios en todo lo demás, por lo general—. Si lo que importa es aparentar ser joven, cuando ya no se es, cómo se va a comprender la vejez y menos cómo se va admitir el propio envejecimiento. Sin embargo, cada día los viejos son más y en algún momento será preciso tomar plena conciencia de la importancia objetiva y subjetiva que tiene la vejez como hecho insoslayable e inaplazable.

ciones a fin de conservar la consideración de persona intacta, es decir, aquella que viene ornada de todos los derechos humanos, valores y libertades constitucionales así como de los derechos y deberes públicos y privados propios del hombre y del ciudadano que participa en el tráfico y vida jurídicos: los elementos determinantes de la personalidad según los juristas-humanistas del siglo XVI, como ya vimos más arriba.

Debe tenerse en cuenta que los viejos pueden estar predispuestos a una mengua de las defensas sobre el consentimiento libre, proclives a ser objeto de inducción dolosa al error, al engaño puro y simple o a la captación de la voluntad, y pueden acabar siendo, también, víctimas de terribles insidias que pueden dar lugar a auténticas intimidaciones, para contrarrestarlas el Ordenamiento concibe meras armas defensivas en el orden patrimonial que dan lugar a la mera anulabilidad de actos y contratos y rara vez al nacimiento de una responsabilidad contractual, con exclusión del reconocimiento de los daños morales, en estos casos de grave error técnico.

Tengo algunas dudas sobre si tales remedios fueron los adecuados en tiempos de la codificación, pero si es fácil evidenciar que, ahora, no lo son, y sería muy conveniente proceder a su revisión y modificación.

La protección que ahora debe vindicarse para los ancianos capaces o, mejor, no incapacitables puede ser básicamente la misma, pero convirtiendo hogaño las armas jurídicas defensivas de antaño en recursos ofensivos, orientando los efectos de la contravención hacia la nulidad y el abuso de posición dominante que deben conducir a la más plena restitución, con fijación de responsabilidades que incluyan amplios daños morales, pues el engaño y el abuso de confianza quiebra seriamente el equilibrio anímico de los ancianos y deja secuelas para con la autoestima de muy difícil reparación. No excluiría la introducción de daños punitivos a fin de desterrar las incalificables campañas de captación de la voluntad de los ancianos con el empleo de mensajes aparentemente inocuos pero preparados para alarmarlos con la repetición de su urgencia o gravedad por medio de mensajes telefónicos e impresos introducidos en sus buzones de correo.

Téngase en cuenta que la intimidación, conforme a la letra del artículo 1267.2 del Código Civil procede de lo fundado y racional que sea el temor que se inspira, pues de lo contrario no habría diferencia teórica con la violencia, pero basta con inspirar temor para que el mecanismo de la volición consciente y libre quede afectada. Tal vez se pueda pensar que me estoy moviendo en el terreno de una argumentación excesivamente sutil y muy preavida, no lo descarto. Ahora bien, lo que sí resulta sutil en exceso es el propio texto de este párrafo segundo del artículo 1267, como lo es el de la totalidad del precepto.

La función del artículo 1267 del Código Civil consiste en apuntar supuestos vicios del consentimiento, pero sobre todo lo que se quiere, y de ordinario se logra, es mantener la seguridad del tráfico.

En el contexto del Código, lo que está en juego es la libertad negocial y la sutileza del texto viene a cuento de que cuando se emplea la violencia no hay evidentemente volición en tanto que en los supuestos de intimidación podría haberla y ser coincidente con la expresa o aproximarse mucho a ésta.

Buena prueba de ello es que el ámbito más frecuente de intimidación lo encontramos en los negocios familiares o en los surgidos en el ámbito familiar o en el de las relaciones amistosas entre familias y que afecten no a la esencia misma del negocio, cuya finalidad suele ser querida, hasta cierto punto, por el anciano intimidado. La intimidación se sitúa entre los elementos temporales, los modales o en los modos y plazos de satisfacción en los negocios onerosos, en elementos que no siempre resultan ser reconducibles a la de elementos accidentales del mismo; tanto es así que muchas veces estas «modalidades» constituyen el núcleo central de bastantes negocios familiares. Tales como la renta vitalicia, la donación con reserva de usufructo, el contrato de alimentos, la venta de la vivienda con reserva del derecho de habitación y muchos de los contratos agrarios y de industria con perfiles asociativos.

El párrafo tercero del artículo 1267 del Código Civil aclara, aunque no suficientemente, que para la calificación de la intimidación se deberá que tener en cuenta la edad y la condición personal del intimidado. El temor a la soledad y a desagradar a los familiares resulta bastante más frecuente entre los ancianos varones que entre las ancianas, por lo cual habrá que tener muy en cuenta las circunstancias del entorno personal de los contratantes ancianos y atender al sexo del anciano, pese a la reforma del Código Civil de 1990, pensada en términos de puro maquillaje de igualdad formal y lenguaje políticamente correcto.

No excluyo, dentro del ámbito de la intimidación impropia sobre determinados actos jurídicos, la no revocación de poderes generales y, por supuesto, su otorgamiento. Estos pueden suponer un instrumento terrorífico de manipulación y extorsión, amén de abrir posibilidades que no es preciso señalar aquí con detalle en los casos en los que la vejez raya o ha desembocado ya en un cierto grado de incapacidad por cualquiera de las enfermedades que se incluyen dentro del concepto laxo de senilidad.

Siempre he creído que los *documentos públicos*, exigidos como requisito de validez de ciertos negocios *ad solemnitatem* constituyen una verdadera garantía para quienes emiten un consentimiento unilateral o contractual. Sin necesidad de cantar las excelencias profesionales del notariado, coincido con mi admirado paisano Joaquín COSTA que las notarías evitan pleitos, incluso cuando actúan siguiendo una minuta, aunque éste no sea el parecer de algunos jueces y últimamente de bastantes políticos.

Igualmente he creído que los llamamientos a la «espiritualidad» de la forma han tenido que ver con la larga mano de los prestamistas profesionales siempre partidarios de los documentos privados y de los tribunales especia-

les que acaban por favorecer al gremio, aunque se vistan con el término de especializados que acaban de volver a aparecer en escena. Al ser ellos la parte potencialmente contendiente mejor informada, incluso la única enterada del alcance de lo convenido, ya ocurrió con los tribunales de comercio, en su día y hoy puede volver a producirse (52).

Es posible que para evitar intimidaciones y otras actuaciones dolosas no sea suficiente exigir de forma general la presencia notarial y la forma documental pública en los actos y contratos con trascendencia patrimonial en que intervengan ancianos y afecte al patrimonio de éstos, pues el ingenio a la hora de lograr ventajas suele ampliarse, pero con ello sí se evitarían bastantes desastres harto frecuentes, aunque no veo la posibilidad de que entre nosotros se respetase tal medida de apoyo tras más de un siglo de ver lo ocurrido con la letra y el espíritu terminante y claramente imperativo del artículo 1280 del Código Civil u otros preceptos dictados con idéntica finalidad y técnica jurídica. Entre nosotros las frases e ideas garantistas siempre tienen menos fuerza que los deseos corporativos de preeminencia.

Ni siquiera pensando mal se me alcanza el motivo de tanto amor por los documentos privados efectivamente demostrado, incluso considerando excesivo el impuesto de transmisiones patrimoniales o el que grava a los simples actos jurídicos documentados, ejemplo claro de doble imposición (53).

No puedo recomendar, ni siquiera apuntar, qué cambios deberían estudiarse en defensa de la protección de la ancianidad en los campos de los Derechos Penal, Tributario, Administrativo (función pública) y Mercantil —tal vez sea éste el sector del Ordenamiento en donde la forma de despojar a los ancianos de sus derechos se muestre más eficaz y rápida, sin que se dé una clara conciencia social de la presencia históricamente confirmada de tal peligro—, por lo que me abstengo de todo comentario. Cumplio con advertir que aquí hay evidentes y graves problemas sin resolver y no atisbo ninguna voluntad de intentarlo.

Está claro que los sesenta y cinco años de edad no sirven como referencia general para la jubilación de los trabajadores por cuenta ajena o propia, menos lo son las políticas de jubilación anticipada que se practica en ciertos sectores laborales para reducir personal como consecuencia de concentraciones empresariales de dudosa eficiencia económica o peor aún de rejuvenecer la plantilla, como si uno fuese a un banco o a una empresa de servicios a contemplar

(52) Así me sucede con la repetida afirmación: «nuestros precios o nuestros impuestos son más bajos que la media de la Unión Europea», callando que nuestros sueldos no son más bajos, sino muchísimo más bajos que los que resultan de aplicar dicha referencia, dígase lo mismo de las pensiones, pero por lo general no de los que tratan de anestesiarnos con esas referencias u otras por el estilo.

(53) Especialmente un país con impuesto sobre la renta de las personas físicas, éste con tarifas abultadas hasta para los países «socialmente más avanzados», y sobre sociedades.

la belleza y lozanía del personal destinado a la atención del público. Tampoco parece que la referencia de los setenta, salvo para el relevo generacional en la detención de poderes que se patrimonializan indebidamente, constituya un límite para la actividad intelectual de capas cada vez más amplias de la sociedad ocupada en trabajos productivos, pues los expertos recomiendan ampliar la actividad laboral como primer remedio contra la senilidad, plaga atroz que, con la política laboral y práctica sanitaria, no dejará de aumentar a un ritmo ya no geométrico probablemente, pero sí aritmético, en los próximos años sin que tan inquietante problema parezca preocupar a los dirigentes políticos de nuestra sociedad, por lo que no deja de ser curioso que sí inquiete a bastantes juristas.

Nada se resolverá de forma preventiva, pues supondría admitir que en este campo, como en otros muchos, se procede sin estudio real alguno de las consecuencias o se hace con informes deliberadamente maquillados a petición de quienes debieran ser los primeros interesados en conocer y difundir su problema sin que se sepa a ciencia cierta si los dirigentes del momento querrán buscar soluciones o si sabrán encontrarlas.

6. LA INCAPACIDAD

6.1. EN LA CODIFICACIÓN

La incapacidad fue pensada por los juristas de la codificación francesa, así como por la totalidad de los Códigos europeos y americanos que la siguieron, con un alcance muy limitado y orientada, casi en exclusiva, hacia el ejercicio personal y directo de los derechos, tanto en el aspecto activo y como el pasivo, en especial para contratar y obligarse (capacidad de obrar), todo ello en el seno de una economía conformada por intereses familiares. En abierto y poco explicable contraste con el casuismo que fue propio de los Derechos antiguos que tendieron a examinar las funciones, de una en una, que debería desempeñar cada sujeto y para cada situación concreta, y como consecuencia de este análisis iniciar el raciocinio que conduciría a da declaración de ser el sujeto capaz o incapaz.

Desde la perspectiva de la codificación, entiendo que la idea de predicar la capacidad como regla general y la incapacidad como excepción y declarada caso por caso, fue posible en aquellas sociedades a partir de la experiencia de que la mayor parte de los nacidos con deficiencias que les imposibilitan para llevar una vida autónoma e independiente, fallecían antes de alcanzar la mayoría de edad.

Fueron los profundos cambios de las circunstancias económicas y personales y más acusadamente los grandes logros en el campo de la salud

experimentados a lo largo del siglo pasado los que nos pusieron en presencia del dato incontrovertible de la viabilidad, muy prolongada en el tiempo, de casi todos los incapacitados y de los presuntos incapaces y los que dan lugar a la necesidad de emprender una profunda reflexión sobre la significación que debería acordarse en el plano teórico y en el plano estrictamente individual sobre la significación y función de la incapacidad. Sin embargo, la capacidad, como concepto general y su incondicionada aceptación positiva por presunción siguió abandonada en esa suerte de limbo jurídico en el que permanece.

Ante este planteamiento quiebran, como veremos, los dos discursos teóricos básicos que le sirvieron de explicación: de una parte, el reconfortante postulado moral de KANT, para quien la idea misma de persona se corresponde con la de responsabilidad individual por los actos propios; y, de otra, la que lleva a afirmar como conclusión derivada de esa responsabilidad, que el planteamiento organizativo del Derecho Privado nacido de la codificación da lugar a una sociedad excesivamente individualista en todos los ámbitos.

Más bien cabría decir *a contrario* que la cuestión de la incapacidad se ha venido viviendo y tratando como un problema de extensión y contenido exclusivamente familiar, en el que la familia, como comunidad fáctica, ocupa y acapara el primer plano y deja en un segundo plano, más o menos discreto, al individuo incapaz y también al problema que se vive y se pretende resolver también en familia.

Como consecuencia de lo anterior, la solución de tales supuestos no giran en torno al interés preferente y mucho menos exclusivo del presunto incapaz, del que se sirve el legislador para crear el paradigma: el hombre aquejado por enfermedades mentales (54) no se ve tratado en función de su particular problema y principal interés, sino que lo hacía centrándose en torno a la idea del *interés de la familia*.

La familia es contemplada a este respecto, pese a que en la realidad diaria ya mostraba la presencia de algunas claras fisuras, conformando una piña en torno al cabeza de la misma que arropaba al incapaz, que personificaba más una desgracia familiar que puramente personal. Exactamente como se venía afirmando que acontecía en la Roma clásica.

Entre nosotros ha sido el interés real de la familia, no el de cada uno de sus componentes, el que se mantuvo incólume hasta la reforma de 1983. La protección del enfermo que requiere de la incapacitación se situó en un discreto segundo plano pese a que el artículo 199 del Código Civil afirmaba que «el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, ..., de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos», y se destacó la posición de la familia porque se entendía que, a fin de cuentas,

(54) Dada la época oficialmente incurables y con un fundamento teórico basado en concepciones misteriosas.

y en la práctica eran las estructuras familiares las que proporcionaban a los incapaces la atención y cuidados dignos de este nombre (55).

Resulta tan protagonista la familia en esta materia que, junto a la enfermedad de los hombres-personas que padecen graves trastornos mentales para gobernarse por sí mismos como individuos, se extiende la incapacidad, con igual valor, a la presencia de deficiencias para comunicarse con los demás (sordomudez acompañada de analfabetismo) y, además, los textos normativos de la Codificación construyen una serie de incapacidades relativas que afectan a los menores no precisamente niños; se mantuvieron como tal incapacidad en tanto no se alcanzan los veinticinco años de edad en relación con la gestión y el goce de su propio patrimonio (declarando el derecho de usufructo en favor del titular de la patria potestad sobre el patrimonio del menor). También se impidió la salida del hogar familiar, salvo para tomar estado, a las mujeres solteras menores de veinticinco años, limitación —más bien despropósito— que en algunos Códigos, como el nuestro, se mantuvo cuando la edad de la mayoría se rebajó a los veintiuno.

Por parecidas y sorprendentes razones, se declaran incapaces a quienes no se muestran hábiles en la llevanza de sus negocios (los concursados y quebrados) o para aquellos que malbaratan sus bienes, de forma tal que podrían llegar a perjudicar la transmisión de los bienes familiares a los legítimos (la prodigalidad). Aquí, entre nosotros, y con toda exageración se llegó a declarar pródigo a quien pudiera arruinarse por efectuar negocios arriesgados o por poner en juego no solo los bienes familiares heredados de los que podría decirse reciben un efecto reflejo de los viejos y añorados mayorazgos, pero es que se llegó a declarar la incapacidad para quienes tenían la osadía de dilapidar aquellos otros bienes que el propio «aventurero» ganó con su trabajo o con su ingenio, incluso con la práctica del juego o en ocupaciones que la estricta moral burguesa declararía, sin más, indignas.

Todo esto resulta bastante incomprensible para cualquier mente racional actual y a partir de una verdadera moral individual. Lo que todavía ocurre, bien es verdad que cada vez menos, es que aquellas inmoralidades cuya práctica acaban por resultar rentables no se veían tales, casi nunca, salvo, tal vez y no siempre, cuando aquellas guardaban relación con la explotación económica del sexo; por el contrario, sí se tildan de inmorales y perversas cuando su práctica conduce a la pérdida de todo o buena parte del capital acumulado: lo que resulta indiferente es la obtención, sobre todo si, logrado el capital, el sujeto actor «acaba por sentar la cabeza». Éstas, como mínimo,

(55) Sin menospreciar a personas e instituciones sin cuyo concurso la vida de los incapaces hubiera constituido una tragedia mucho mayor, resulta evidente que para el siglo XIX y primera mitad del XX, estas cuestiones carecían de relieve y tan solo interesaban en los supuestos de ausencia de familia o en los casos de abandono absoluto del incapaz.

irregulares actividades solo se calificarán de perversas en el caso de riesgo de pérdida.

A las gentes de nuestro tiempo nos resulta muy difícil justificar las incapacidades que pesaron sobre las mujeres casadas y que se manifiestan más desagradables, si cabe, por la miseria moral y la inanidad de los argumentos que se emplearon para introducir y defender tales posiciones que resultaban claramente regresivas respecto del pensamiento y la moral vividas con anterioridad al siglo diecinueve (56).

A muy pocos parecía sorprender la desconcertante paradoja de que las mujeres pudieran ser capaces hoy por dejar de ser hijas de familia (mayores de veinticinco años, solteronas para la época) sin ninguna restricción civil por razón del sexo, y al día siguiente ser tratadas legalmente como incapaces para obrar por sí mismas por el mero hecho de haber contraído matrimonio.

La invalidez de este tipo absurdo y, a mi juicio, profundamente inmoral, abarcaba desde la libertad para el ejercicio de la profesión personal, sometida a licencia marital, con la añadida posibilidad de revocación de las licencias concedidas y sin necesidad de motivación alguna, llegando hasta la privación de la administración y goce de los frutos generados por los bienes propios (parafernales) y pasando por la denegación de cualquier asomo remoto de codirección en la administración de los bienes comunes ganados constante el matrimonio, incluso con su eficiente concurso o con su exclusivo trabajo.

Naturalmente no se trataba de contemplar una suerte de invalidez debida a una de esas desviaciones respecto del pensamiento utilitarista y finalista que tantos disgustos racionales siguen dándonos. En este caso, la excusa está basada en una torticera razón estadística: las mujeres están destinadas a conducir el hogar y a educar hijos. El primero es un argumento falso que esconde una tendencia contraria a la igualdad y muy favorecida por el paternalismo de cuño romano que se vivió bajo el neoclasicismo ilustrado que se generaliza a fines del siglo dieciocho. El segundo es un pensamiento débil, pues siempre pudo tener una respuesta empírica: las mujeres cultas, instruidas y con perspectivas que van más allá de las cuatro paredes del hogar educan mejor y más eficientemente que la simple y derrotada sierva del marido. Se trata, como puede verse, de una aspiración infundada y bastante egoísta. Lo que importaba era alcanzar una invalidación de los derechos fundamentales que aquella misma sociedad reclamaba para los hombres en abstracto, para distinguir cuidadosamente, primero entre varones y mujeres, después entre casados y solteros y, por último, entre hijos e hijas.

(56) Un tiempo para esta concreta materia sumamente retrógrado y totalmente inexplicable por el contraste que supone para el entendimiento del matrimonio como consorcio y de la familia que se ve, en teoría, como el núcleo conformador de individuos y ciudadanos libres.

El modelo oficial de la burguesía emergente respecto de las mujeres no era otro que el de emular el estilo teórico de vida de la postergada aristocracia. Algo muy lejano a la experiencia social anterior, coetánea o posterior de las familias ordinarias de cualquier clase social, incluida, entre nosotros, la aristocracia y la escasa burguesía.

El dislate fue de tal calibre que la llamada *potestad doméstica* se llegó a presentar doctrinalmente, como si se tratase de una ventaja excepcional a favor de la mujer casada, puesto que al gestionar y gobernar las molestias diarias del hogar no contraía por ello deudas personales (57). No se trataba de una atenuación de su reducción a un estado civil de dependencia, sino de la constatación terminante de hallarse en tal situación de dependencia impuesta por la propia ley.

Las mujeres casadas no contraían deudas por un mecanismo de protección, sino por la sencillísima razón de que éstas, con la estructura dada a los regímenes matrimoniales «legales», no tenían con qué responder ante sus potenciales acreedores y, además, los gastos que se les permitía efectuar y los actos que podían celebrar caían todos ellos dentro de las finalidades denominadas cargas familiares. Algo para lo que no se da elección alguna entre efectuar o abstenerse; se trata de gastos necesarios. La única potencial elección versa sobre el con qué o a lo más en el cómo cubrirllos. Además, efectivamente pagaban la mitad, ya que las cargas familiares se solventaban, ley en mano, con recursos gananciales; si bien, se presentaba como el cumplimiento de un deber por parte del marido: sostener a su familia. Otra falsedad aparente que acaba por formar cuerpo en el sistema.

Nuestro aparato judicial agravó la situación, con sus interpretaciones de estas normas, al manifestar, reiteradamente y contra el texto de la ley, que la titularidad sobre los bienes gananciales quedaba deferida, para la mujer, hasta la disolución por muerte del consorcio y en tanto, constante matrimonio, se predicaba la plena y exclusiva titularidad del marido sobre toda la masa común. Esta exageración comúnmente admitida y hasta animada por nuestra doctrina científica de finales del diecinueve y primera mitad del veinte poco o nada sensible a la posición de la mujer, con contadísimas excepciones, se explicaba porque sin el trabajo y la administración del marido el patrimonio familiar, de hecho, no se podía incrementar (se trata de una opinión muy infundada y corrientemente desmentida por la experiencia de mujeres viudas sumamente competentes en tales menesteres) y porque, según los mismos epígonos del predominio varonil, el régimen de comunidad ganancial repre-

(57) Este planteamiento se mantiene entre las familias islámicas que viven junto a nosotros y hasta tienen la nacionalidad española, mientras perdimos el tiempo especulando sobre el significado del velo y otras cuestiones simbólicas que esconden una discriminación jurídica, social y también religiosa de las mujeres.

sentaba la presencia en el matrimonio de la esencia misma de los valores cristianos (58).

No se trataba de las consecuencias de la consagración en la vida corriente de un discurso legal y judicial incongruentes, sino de algo mucho más sencillo y terrible: no se toman en consideración las justificaciones racionales cuando de lo que se trata es de una situación fáctica que se quiere perpetuar contra cualesquiera otros argumentos; se aplica la vieja regla social de lo que molesta no existe.

Para muestra de aquello que se pretende demostrar bastará con recordar que en el originario artículo 1.316 del Código Civil se prohibía bajo sanción de nulidad: «a los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o las buenas costumbres, ni depresivo de la autoridad que respectivamente corresponda en la familia a los futuros cónyuges». Con esta declaración nadie se pronuncia sobre quién manda sobre la economía familiar, pero se incide y se refuerza la realidad de un desmedido predominio marital. Sobra añadir nuevos comentarios.

Casi todos los supuestos que conducían a la declaración legal o judicial de la incapacidad eran integrales; es decir, no se solía hacer uso, ni siquiera en hipótesis, de la posibilidad legal de efectuar una gradación de la capacidad, posición que comprendo, aunque no la comparto, tanto por las dificultades que tal gradación representaba para la psiquiatría de la época, cuanto por la inseguridad que la gradación de capacidades introduce en el tráfico jurídico ordinario.

Los grandes cambios del siglo pasado también han resultado determinantes para la revisión de la noción misma de incapacidad, que ha dejado de ser una cuestión centrada en la seguridad del tráfico jurídico para cimentarse en la realidad del hombre como sujeto activo del derecho y su posición en la sociedad originando la afinación de su instrumento institucional: la incapacitación.

Aunque pueda parecer insólito, de hecho lo es, fue la ciencia jurídica la que proporcionó el primer y decisivo paso. Es evidente que sin la obra del profesor DE CASTRO, el Derecho positivo sobre la incapacidad y la incapacitación hubieran cambiado de alguna manera, pues es claro que les habría llegado el tiempo de hacerlo, pero sin sus enseñanzas lo hubieran hecho de otra forma, probablemente el cambio hubiera sido menos sensible con el problema mismo y se hubiera manifestado una mayor dependencia de las soluciones médicas y técnicas y con la mirada puesta más en la eficacia social

(58) Esta es una opinión tan peregrina que desconocía la existencia de países cristianos y católicos en cuyo Código Civil decimonónico se predicaba la separación de bienes, por ejemplo, en el de los Estados Pontificios hasta la Unificación italiana de 1870, en Italia tampoco hubo comunidad hasta hace bien poco, por no hablar de Cataluña y Baleares, así como de otros muchos lugares nada exóticos en lo social ni en lo jurídico.

mensurable en estadísticas y con menor apreciación del respeto debido a la persona, precisamente a la persona que padece una enfermedad psíquica grave que le imposibilita para ser libre: el mayor y mejor atributo que pueda gozar el hombre, en abstracto y como individuo en concreto.

El Profesor DE CASTRO dejó plasmados los requisitos necesarios para poder proceder a la incapacitación: la existencia de una enfermedad mental grave y permanente que imposibilita a quien la padece para gobernarse por sí mismo y el pronunciamiento judicial declarando la incapacitación y tomando las medidas oportunas de protección.

Sin duda, si don Federico DE CASTRO se pronunciara hoy sobre la materia en vez de haberlo hecho en 1952, no hablaría de que «la psiquiatría es una ciencia todavía en su infancia, con terminología cambiante y con poca seguridad en sus pronósticos», más bien reconocería paladinamente los avances que esta rama de la medicina ha experimentado y los que está preparada para ofrecer en un próximo futuro, pero si creo que insistiría en recordar con el mismo tesón y dejar en claro que, pese a que en este campo el valor de su dictamen sea decisivo e imprescindible, «la medicina no se ocupa de la situación social de la persona, de su posibilidad de vivir independientemente ni de la necesidad de que sea protegida» y que estos son los parámetros esenciales en una sentencia de incapacitación que tiene el valor de acto constitutivo y de título del cambio de estado civil que por su medio se origina; pues, «en nuestro Derecho, la incapacitación significa un cambio de estado ... con pérdida o restricción de la capacidad de obrar», y añade más adelante que: «nuestro Código Civil (en su redacción de 1889) ha seguido la idea, cuyo valor no puede desconocerse, de que la privación de independencia jurídica a una persona emancipada solo es posible cuando está en peligro su propia persona..., declarándose, en otro caso, *in favor libertatis*».

La opinión citada no puede ser más moderna y progresista, tampoco más contundente, cuando afirma: «la finalidad primaria de la incapacitación es la protección de la persona incapacitada y sus intereses morales y patrimoniales..., solo de forma indirecta y refleja puede la incapacitación resultar en beneficio de la familia, de los terceros o de la sociedad en general» (59).

O sea: tal y como recapitulara la totalidad de la doctrina civilista española, tras la enseñanza del profesor DE CASTRO, la locura, por sí, no supone una incapacidad en abstracto y sí lo es la imposibilidad de declarar con voluntad propia, cuando tal voluntad, por efecto directo del trastorno psíquico, no existe.

«La gravedad de la anomalía es decisiva», afirmó con toda razón DE CASTRO, pues no son suficientes las crisis mentales, ni la limitación de la inteligencia, ni las intermitencias, ni la bipolaridad, etc., sino que es preciso que la enfermedad, por sus efectos sobre la persona que la padece, impida a

(59) F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*. T. II. *Derecho de la Persona*, pág. 289 y sigs., Madrid, 1952.

ésta gobernarse, en el sentido jurídico del término, pero también en el vulgar. El que este dato de hecho sea determinante de la incapacitación y se deba sumar a éste la nota de «permanencia» no quiere decir que esté descartada la recuperación y que se puedan desechar, en base al dictamen médico, las revisiones periódicas con o sin diagnóstico, incluido el de curación.

Lo que sí deberá quedar sentado es que «el presunto incapaz es incapaz para gobernarse por sí mismo, para administrar sus bienes y ejercitar por sí sus derechos». También lo es que la incapacidad sea declarada judicialmente, tanto para ser internado por sus parientes como para ser tratado por ellos como incapaz, DE CASTRO, en una nota a pie de página (60), califica con contundencia de «deformación sentimental (no se alude a los manejos inconfesables que pueda encubrir) no justificada es la de temer las molestias de la incapacitación para el paciente, al que se le ha hecho sufrir la violencia del internamiento».

El maestro DE CASTRO se refería a los manicomios y clínicas psiquiátricas de su época, pero la calificación moral y jurídica sigue siendo válida para algunas prácticas actuales de internamiento en ciertas residencias. El valor que se pone en juego en la incapacitación y las medidas que de ella pueden seguirse en interés del incapaz, no es otro que el de la libertad. Valor del que no puede disponerse bajo ninguna razón, aunque se actúe desinteresadamente, por caridad, amor o piedad. No se nos ha trasferido por el ordenamiento ninguna habilitación para hacer uso de su restricción en favor de otro.

La huella del profesor DE CASTRO se hizo patente en la Reforma de 1983 y sigue viva en la doctrina científica española, además, su lectura sigue siendo estimulante.

El segundo cambio que permitió tener una visión totalmente distinta de las enfermedades mentales y sobre todo de sus efectos, fue el avance de la psiquiatría española desde los años cincuenta y sesenta del siglo pasado, competencia que se afirma en el presente y que ha propiciado un cambio de actitud de la sociedad española ante las enfermedades mentales, incluidas las que dan lugar a la incapacitación de los enfermos.

El ejercicio de la psiquiatría y de la psicología clínica ha dejado de ser un sistema de evaluación clasificatoria, tratamientos paliativos e internamiento de enfermos mentales, para pasar a ser un sistema de tratamiento integral que intenta favorecer la integración de los enfermos mentales en la familia y en la sociedad. Hay todavía bastantes obstáculos que vencer y bastantes prejuicios que desmontar y arrinconar, pero el avance está ahí y la enfermedad mental está dejando de ser un tabú que segregá y distancia y ya no presenta el perfil propio de los estigmas.

Desde luego las sentencias de incapacitación en cuanto a su bondad y adaptación a los hechos no están pendientes del albur de un diagnóstico más

(60) F. DE CASTRO Y BRAVO, *op. et loc.*, pág. 299.

o menos certero, sino que el diagnóstico y el pronóstico responderán la mayor parte de las veces a la situación real del enfermo. No es todavía una ciencia con bases pacíficas y generalmente aceptadas, pero sí ha abandonado la infancia, con referencia a la posición realista del profesor DE CASTRO, y probablemente también ha superado la etapa de la pubertad para encaminarse hacia una espléndida madurez.

Sin asomo de duda, el mayor cambio operado por la sociedad española se ha efectuado en la familia. Ésta se ha adaptado de forma casi camaleónica a todas las novedades y, en muchos aspectos, de ella ha partido el impulso vital que lo ha hecho posible. Así ocurrió con los cambios jurídicos operados, en buena hora, sobre las restricciones que venía padeciendo la mujer desde la codificación en el seno de la familia matrimonial y cualquiera que fuese el régimen económico-matrimonial, en los hogares españoles se había producido el cambio bastante antes de que llegasen las confirmaciones legislativas de la tendencia: los grandes cambios legislativos de 1981 no comportaron sorpresas, ni roces adicionales, ni rechazos, incluida la introducción del divorcio vincular para cualquier forma de celebración del matrimonio.

Las limitaciones y restricciones que pesaban sobre las mujeres han desaparecido sin dejar tras de sí rastro alguno digno de mención, por ello resulta difícil de explicar y más de comprender cuál sea la motivación real de la legislación neosexista en favor de las mujeres por el mero hecho de serlo y el discurso muy desequilibrado emprendido en nombre de la igualdad en abierta discrepancia con el texto constitucional y su amplísima aceptación. La mayor parte de las mujeres que me rodean (y son muchas) se sienten acreedoras de sus empleos y cargos por sus propios méritos y no gracias a cupos dispensados por otras congéneres que sí deben su posición gracias a ser mujeres. Las excepciones, que las hay, son muy pocas.

La vivencia de la igualdad entre hijos e hijas dentro de las familias se manifiesta en todos los campos y se hace palpable en todas las manifestaciones de la vida social; por ejemplo, las mujeres constituyen mayoría en la universidad española y también en el acceso a los más importantes cuerpos de funcionarios, incluidos la judicatura, las notarías y los registros.

Ha sido la familia igualitaria por dentro y por fuera la que, con visión positiva de la incapacidad y la incapacitación, ha facilitado y demostrado la eficacia de la patria potestad prorrogada y la que trata de allanar dificultades para que la discapacidad no impida la integración de los discapaces. Son estas mismas familias las que han llegado a entender que su función, pese a ser importantísima de cara al resultado final, no deja de ser secundaria, ya que la posición central no tiene por qué ser disputada al enfermo tanto en el caso de la discapacidad no incapacitante cuanto en aquellas en que la incapacidad precisa ser declarada en protección del enfermo cuya dolencia le impide el gobierno por sí mismo, incluso con asistencias eficaces.

Desde esta perspectiva no puede afirmarse, sin incurrir en ligereza, que la familia se encuentre en crisis, aunque hay que reconocer que nos hallamos con fuertes incertidumbres sobre el modelo arquetípico e incluso, más claramente, sobre la conveniencia misma de la existencia de un modelo auspiciado y propiciado por el propio ordenamiento jurídico.

El tradicional abandono a su suerte no forma parte de los planteamientos actuales y que son debidos a los discapaces e incapacitados. Ahora bien, las familias empiezan a tener conciencia de que por sí solas y aisladas del conjunto, salvo contadas excepciones, no pueden llegar a dar respuesta a la demanda de integración potencial de los discapaces que de ella dependen, ni al desarrollo de las restringidas capacidades que puedan conservar los enfermos, ni a facilitar el estímulo de los resortes de respuesta que el paciente pueda presentar y aquí creo que las medidas de ayuda y fomento son, por el momento, insuficientes, sobre todo cuando la enfermedad se declara irreversible y puede proceder la incapacitación. Por lo que el gasto con tal finalidad debería ser tan sagrado para las autoridades y organismos públicos responsables del mismo como lo pueda ser cualquiera otro destinado al mantenimiento y funcionamiento de los órganos que encarnan los poderes constitucionales o incluso un poco más (61).

6.2. LA REFORMA DE 1983

No existía duda en los años setenta del siglo pasado sobre la necesidad de emprender una revisión en profundidad del tratamiento legal de la incapacidad, así como de la incapacitación. También se constataba que el entramado institucional de guarda, representación y protección constituido por un tutor, un prototor y un consejo de familia era excesivo, caro e ineficaz, por lo que solo se incapacitaba a las personas que fuesen titulares de un patrimonio importante (DÍEZ-PICAZO).

Como apuntara SANCHO-REBULLIDA: «a las críticas al Código levantadas desde su promulgación se unieron, después, las sugeridas por su impotencia para hacer frente a uno de los problemas —la incapacitación y la representación legal— de los subnormales (62) que, sin otra asumibilidad en el CÓ-

(61) Mientras los ciudadanos con problemas de esta índole no sean para los gobiernos democráticos el objetivo primero y más importante de la acción política real, no la de discursos, éstos, nadie lo discute, ocuparán el poder por cauces democráticos impecables, pero seguirán sin ser democráticos. La democracia no empieza y termina en unas elecciones libres y ajustadas a la ley, sino que requiere de la aplicación permanente y no caprichosa de los principios democráticos. En este campo nuestras instituciones político-representativas todavía presentan perfiles insuficientemente democráticos, más si, además, se someten a las exigencias de la definición de nuestro Estado en el artículo 1.1 de nuestra Constitución, salvo, claro está, que esta definición sea una frase liberadora de un régimen no democrático cuyos efectos se dejan para cuando otros gobieren.

(62) Hoy denominamos a estos enfermos discapacitados o incapacitados psíquicos.

digo que dentro del concepto de *locos* o *dementes*, ofrecen hoy una tipicidad y singularidad clínica evidente, a la par que ha aumentado su número, proporción y, sobre todo, la sensibilidad social en cuanto a los problemas que les atañen» (63).

La Fundación General Mediterránea y el Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos (SEREM) encomendaron a un equipo de civilistas de la Universidad Autónoma de Madrid (64) la realización de un estudio jurídico que, presentado en forma de texto articulado, vio la luz en 1977. En este estudio se inspiró directamente el Proyecto de ley que se publicó en el BOCG, Congreso de los Diputados, de 24 de junio de 1981, iniciativa que se frustró por la disolución de las Cortes de 1982. El citado estudio se volvió a inspirar en el Proyecto de ley que se publicó en el BOCG del Congreso de los Diputados, el 27 de enero de 1983 y que tras su tramitación parlamentaria se promulgó como Ley el 24 de octubre de 1983.

Son muchos los aciertos de estos iniciativa, estudio y labor legislativa que se materializaron en lo básico en una reforma de la incapacitación (arts. 199 a 214 CC sobre los que incidirá la LEC de 2000), con clara inspiración en la obra del profesor DE CASTRO, que da lugar el robustecimiento de la figura del tutor, con supresión de las figuras del protutor y del Consejo de familia, más una reforzada actuación de la autoridad judicial; la recuperación de la institución de la curatela para aquellos casos en que resulta preciso apoyar y completar la capacidad de obrar que conserva el enfermo incapacitado que puede gobernarse por sí mismo; a la aparición de las figuras del defensor judicial y la guarda de hecho; y, asimismo, modifica y perfecciona la figura de la patria potestad prorrogada, que el inicial estudio referido contempló y que se incorporó al ordenamiento con la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981.

El artículo 200 del Código Civil contempla desde 1983 como causa de incapacitación *las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*, y el artículo 201 prevé que también pueden ser incapacitados los menores de edad por las mismas causas del artículo anterior y *se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad*. En el artículo 210 del Código Civil se decía: *La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y límites de la misma, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado* (65).

(63) LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, LACRUZ-SANCHO, Ed. Bosch, pág. 775, Barcelona, 1984.

(64) El formado por los profesores DÍEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ, ROGEL, CAFARENA y CABANILLAS.

(65) Irrazonablemente este precepto se ha dejado sin contenido en el Código Civil, por entender los legisladores técnicos y políticos del Derecho Procesal que por estar de-

El aspecto único de diferenciación gira en torno a la idea matriz de la posibilidad o, su contrario, la imposibilidad de la persona de *gobernarse por sí misma* y esta cuestión es, en mi opinión, la única que separa la función de las dos instituciones que contempla tras la incapacitación el Código Civil —la tutela y la curatela—, para el supuesto de anomalías persistentes en la capacidad de obrar del enfermo. La patria potestad prorrogada no deja de ser una forma muy sensible y positiva de posponer indefinidamente la entrada del incapaz en el régimen de tutela o curatela.

No voy a efectuar crítica alguna a la reforma de 1983 y mucho menos al estudio doctrinal que le sirvió de base, me limito a afirmar que reviste una gran calidad técnica y una no menor sensibilidad, pero sí entiendo que a la vista de las inquietudes sociales y la legislación que les siguieron resultaría muy conveniente efectuar una revisión a fondo de la misma, tanto por lo que se refiere a sus elementos esenciales, que siguen siendo atinentes e imprescindibles, como a la diferenciación y articulación institucional de las figuras de la tutela y la curatela, en especial, como consecuencia de los cambios institucionales que, en principio, exige la ratificación de la Convención de Nueva York.

Estoy convencido de que el control judicial no ha favorecido tanto como se esperaba la situación de los incapaces para actuar por sí mismos, ni a los discapaces que sí requieren de ayuda y asistencia para saber, conocer y analizar en las cuestiones que, tras recibir la ayuda precisa, deberán decidir por sí mismos.

Me parece que esa es la conclusión de la que parten las iniciativas legislativas posteriores sobre los aledaños al núcleo material de la cuestión sin incidir directamente en ella, pues en nuestra sociedad no se valora de forma suficiente la libertad del personas (creo que tampoco la igualdad), pero sí las necesidades económicas para atender con cierto decoro a discapaces e incapacitados que, pese a la dirección indudable de la reforma de 1983, se sigue viendo como una cuestión interna de la familia.

Por cuanto se refiere a la materia medular de la cuestión, entiendo que no parece prudente mantener que se pueda precisar en un porcentaje objetivo el grado de incapacitación cuando de forma indubitable se resuelve que el enfermo no puede gobernarse por sí mismo y solo en este caso y con valoración sumamente restrictiva y sin ánimo de actuar con criterios caritativos, sino con convicción, se podrá incapacitar a una persona y, así, instituir la tutela con todas sus consecuencias.

dicado a la sentencia de incapacitación era cuestión exclusiva de procesalistas, confundiendo, como casi siempre, la estructura y el contenido de las normas con la distribución del Derecho por materias, como acontece con los estudios superiores del mismo y ha sido mal reproducido por el artículo 760,1 LEC de 2000, que con redacción acumulativa ordena: «*La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y límites de la misma, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763*».

En todos los restantes casos en que, admitida la hipótesis de que es posible el autogobierno por parte del enfermo, sí se podrá y deberá graduar y señalar sobre qué actos, en qué grado y con cuáles consecuencias deberá actuar el curador del enfermo mental o del enfermo físico al que la enfermedad pueda afectar al entendimiento de la realidad o a la volición negocial relacionada con el conocimiento de las cosas y los negocios que el enfermo deba celebrar en las condiciones de igualdad que para él prevé y contempla de forma reiterada y machacona, al estilo anglosajón, el Convenio de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. El problema que obvia esta Convención es, nada menos, el de las responsabilidades en que pueden incurrir los curadores, cuando refrendan la voluntad del discapacitado no incapaz y del negocio llevado a cabo se siguen pérdidas de bienes o de derechos. Creo que si la legislación española llega a modificarse en esta línea, que sigo pensando resulta contraria al sentido jurídico establecido y no discutido por nuestras mejores y últimas reformas, debería fijarse con la mayor precisión posible la responsabilidad en que puede incurrir el curador y cuáles sean las posibilidades de exoneración por manifestar, en su caso y con la precisión y forma debidas, los riesgos potenciales que la operación puede entrañar.

A la vista de esta norma incorporada a nuestro ordenamiento jurídico habrá que convenir, conforme a las mejores ideas de nuestra propia tradición jurídica, que la incapacidad declarada presupone un cambio esencial en la personalidad jurídica del enfermo y que este cambio afecta a su libertad, que la incapacitación total solo procederá en los casos en que por la gravedad de la enfermedad, medida en razón de sus consecuencias y efectos que produce en el enfermo, imposibilita a éste para gobernarse (es decir, tomar decisiones vitales sobre sí mismo y sobre el ejercicio directo de sus derechos) y, en su consecuencia, se le somete a tutela. Desde ese momento, el tutor suplirá su voluntad, no la completará, aunque en el ejercicio subrogado de tal voluntad se deberán tener en cuenta todos los intereses del enfermo incapaz e incapacitado, siendo adjetivos y secundarios los intereses de los terceros, incluidos en esta situación de terceros los propios miembros de su familia con todos sus intereses. La familia puede y debe ser tenida en cuenta pero de forma indirecta y vicaria, tampoco se puede presumir qué hubiera querido el enfermo de estar sano y ejecutarlo, sino lo que ha venido queriendo y afirmando cuando podía autogobernarse y lo hacía.

Como afirmara SANCHO REBULLIDA: «entre los órganos de guarda, la tutela es el que más genérica y ampliamente cumple la función de suplir la patria potestad» (66). Opinión que sirve para centrar cuál fuera la línea de inspiración tradicional, incluso para la Ley de 1983. Ahora bien, creo que el paradigma arquetípico solo subsiste para los casos de incapacidad total ma-

(66) LACRUZ-SANCHO, *op. et loc. cit. ante*, pág. 787.

nifestada en el sujeto objeto de protección y representación cuya enfermedad incapacitante se manifiesta desde la infancia o la pubertad, no así y en la actualidad para las incapacidades totales que se manifiestan tras la mayoría de edad, en la madurez o en la vejez, sobre todo cuando aquéllas se manifiestan como efecto de enfermedades degenerativas de las que el sujeto paciente es o ha sido consciente de sus consecuencias.

El tratamiento legal y dual (tutela y curatela) de los problemas de ausencia o limitación respectivamente del criterio personal para tener conocimiento propio y en la valoración de éste para la conformación de la voluntad para ejercer los propios derechos, para obligarse, así como para responder civilmente, introduce en el ordenamiento español un criterio clarísimo en favor de restringir la tutela graduable para los supuestos en los que resulta imprescindible la representación legal (querer por otro y en interés exclusivo de éste por falta de independencia en el autogobierno del representado) y para los demás casos de limitación (o sea: en los que sí es posible querer por sí mismo siempre y que en las cuestiones señaladas en la incapacitación relativa, se cuente con la ayuda y asistencia estrictamente necesarias) se institucionaliza la curatela con carácter y contenido sumamente elásticos, acomodables a las necesidades efectivas de quien padece una enfermedad que afecta a la percepción y valoración de la realidad.

Ahora bien, vista la tendencia legislativa consistente en mantener e incluso ampliar, hasta su último límite de viabilidad, tanto la independencia de vida, cuanto la capacidad de obrar, habrá que convenir que los supuestos de tutela deberán constituir la excepción y, por tanto, sus notas caracterizadoras someterse a una interpretación estricta y muy restrictiva. En su consecuencia y a contrario, la curatela se deberá convertir en la institución de regla para la guarda de personas con limitaciones intelectivas y volitivas, precisamente por su formulación acomodaticia a las circunstancias, tanto de la persona paciente como a la naturaleza e importancia económica de los negocios jurídicos a realizar y el ejercicio de los derechos en los que se deba aconsejar y conformar la voluntad del interesado, sujeto activo de los mismos y titular de la posición activa o pasiva de los derechos que se ejerciten, creen o extingan.

Con todo, el problema seguirá siendo una cuestión que exige de una apreciable finura y exquisitez jurídicas en la dilucidación de los supuestos límites; es decir, tener el cuidado que se precise para distinguir entre capacidad de querer relevante en derecho e incapacidad personal, actividad que constituye una cuestión de llevar el arte, la ciencia y la ponderación equitativa al juicio sobre capacidad real del enfermo que se examina en un proceso de incapacitación y la dificultad existente para llegar a entender y querer.

Me parece bastante evidente que, aunque el impulso inicial de la acción legislativa que culmina con la promulgación de la Ley de 24 octubre 1983, trae causa de la solicitud de la Fundación General Mediterránea y el SEREM,

entes sociales interesados en el tratamiento de las más amplias situaciones de discapacidad solo relativamente susceptible de acarrear una incapacidad (territorios propios de la simple ayuda de adaptación y rehabilitación o de la curatela), la cuestión de fondo seguía siendo el hecho casi irreductible de la incapacidad total y el problema concreto de fijar el límite inferior de tan grave situación personal. Entiendo que esta cuestión seguirá siendo insalvable, tanto para el Derecho como para la Psiquiatría y la Psicología, porque entre las muchas variables seguirá abriéndose camino la subjetividad e incluso el egoísmo de quienes deben propiciar la actuación de los organismos técnicos y de los jurisdiccionales, y ambos tampoco podrán borrar de sus planteamientos, sin duda desinteresados y honestos, ni la subjetividad propia o ajena, ni las presentaciones también subjetivas, a su vez, de los hechos y de las conductas de las que se deducirán la incapacidad y su grado y la limitación de la libertad integrante de la capacidad de obrar que en cada caso resulte procedente. Cuestiones clave para dilucidar si ha de instituir la tutela o la curatela y el grado de esta última.

Ahora bien, si la tendencia más en boga, también aquí hay modas, una veces justificadas y otras no, consiste a fin de cuentas en fomentar la voluntad nacional e internacional en favor de la curatela y constreñir al mínimo inevitable la adopción de la guarda por la vía de la tutela, tanto por llevar al límite el *favor libertatis*, cuestión muy entendible, cuanto por aplicar una línea de lectura de la igualdad que, con toda evidencia, no estaba en la mente de los legisladores de 1983, habrá que concluir que, aunque las normas codificadas como consecuencia de la reforma de 1983 siguen en vigor, sin la menor duda, al menos por lo que a mi interpretación de las mismas respecta, tales normas deberán ser reinterpretadas ahora y aplicadas al caso a la luz de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, ratificada por el Reino de España el 23 de noviembre de 2007 (*BOE* de 21 de abril de 2008) y, por lo tanto, plenamente incorporada a nuestro ordenamiento jurídico. Aunque es evidente que es una norma que no se puede aplicar directamente, su función es la de proporcionar nuevos criterios interpretativos de las normas vigentes e impulsar reformas obligadas de las mismas: sí es posible que deba derogarse directamente algún precepto concreto por ser incompatible con ella.

6.3. LA SENTENCIA DE PLENO DE LA SALA 1.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO 282/2009, DE 29 DE ABRIL

La sentencia enjuicia unos hechos corrientes y poco edificantes: Estamos en presencia de una señora anciana, con una vejez relativamente decrepita y unos hijos que se disputan el control de un patrimonio, al parecer importante

o no, y la madre viene a ser la excusa de su disputa, sin su presencia conforme a la Convención de Nueva York de 2006, analizada y citada con alguna reiteración, el caso no tendría relieve propio y pasaría sin pena ni gloria por la Jurisprudencia de la Sala 1.^a del TSJ, pero por sus circunstancias e incidencia sobre la interpretación de las normas sobre capacidad de las personas, merece que la analicemos con algún detalle.

Doña V. fue incapacitada por sentencia de 9 de julio de 2000, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número... que, tras el examen personal del juez, el dictamen forense y la práctica de las pruebas testificales y documentales, concluyó que «no puede gobernarse por sí misma, y en su consecuencia y por tanto *en su beneficio y el de sus hijos*, procede declararla incapaz total y absolutamente y nombrarle tutor», con apoyo en los artículos 210, 215 y 222.2 del Código Civil y el artículo 760 LEC.

El razonamiento de base se orienta a que la capacidad, pese reconocerse como un atributo de la personalidad, resulta ser vicaria de la seguridad del tráfico y, cuando no se teoriza y se entra en el terreno de la verdad, está vinculada al interés de la familia. Solo así cabe entender el siguiente argumento del Juez de 1.^a Instancia: «solo cabe limitarla en los supuestos como el que nos ocupa porque doña V., por sí sola, le es imposible participar libremente en los distintos aspectos de la vida, personales (vestir, pasear, etc.), familiares (llevar la casa, comprar, etc.), o sociales (visitas, relaciones, etc.) —no puede estar presente en estas actuaciones— e incluso aquellas otras que vienen impuestas por la administración del patrimonio que posee (ha conferido poder general), por lo que necesita protección, vigilancia o representación de otras personas, que sustituyan o complementen aquella cualidad o estado de la que carece...». Está claro que no comparto en absoluto esta visión, ni del papel femenino que se describe, ni del social, ni el de la autonomía de la voluntad; no es de recibo entender que el otorgamiento de un poder general presuponga el reconocimiento de una incapacidad y menos con un patrimonio importante.

La Audiencia Provincial de ..., por su sentencia de 20 de marzo de 2006 (con un retraso notable para cualquier materia, pero sobre todo en materia de la importancia de una incapacitación) desestimó el recurso y confirmó la sentencia apelada.

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo por la sentencia de pleno 282/2009, de 29 de abril (67) desestimó igualmente el recurso, confirmó la sentencia recurrida y condenó en costas a la parte recurrente.

De la tramitación procesal en su conjunto y de la sentencia de pleno llaman mi atención, para el análisis sucinto que aquí procede, los siguientes aspectos:

(67) Es Ponente de esta sentencia de pleno la magistrada doña Encarna ROCA I TRÍAS, Catedrática de Derecho Civil y excelente jurista.

Primero.—En el Fundamento de Derecho Primero, dedicado a resumir los hechos probados, se puede entresacar del dictamen del médico forense actuante en primera instancia, tras una descripción bastante rigurosa del estado general y mental de la declarada incapaz total, la para mí importantísima afirmación de que: «aunque los diagnósticos de las enfermedades que padece no son incapacitantes por sí mismos.... ante la complejidad de sus bienes, y ante la situación socio-familiar, podría llevarle a sufrir engaños por terceras personas...». Más adelante por la inspección personal practicada por el juez se afirma que: «se trata de una persona de avanzada edad, afectada por una enfermedad visible de Parkinson, que se orienta bien en el tiempo y en el espacio, conoce sus circunstancias personales, a su familia y a su entorno, pudiendo afirmar que puede realizar actos simples de la vida cotidiana, no así complejos como sería la administración de sus bienes».

De estas conclusiones puede deducirse, a mi entender, que en la incapacidad total y en el sometimiento de la anciana a tutela pesaron bastante más las circunstancias externas al sujeto «el beneficio de sus hijos» (*sic* en la argumentación de la sentencia de 1.^a instancia) y el interés de la administración de su patrimonio, que el supuestamente capital interés de la propia persona cuya incapacitación se insta. No queda nada claro que se dé una real limitación grave de la capacidad de querer y entender relativa al ejercicio de sus derechos de toda índole y la imposibilidad contrastada de no poderse gobernar por sí misma no parece satisfactoriamente probada. En mi personal opinión, llevar la casa o comprar no son, a contrario de como argumenta el juez, incumbencias familiares que deban efectuarse personalmente cuando se dispone de un patrimonio al parecer importante y complejo; pasear o vestirse por sí misma no son limitaciones de las capacidades jurídicas de una persona y el hecho de no recibir visitas no dan la medida de la sociabilidad de una persona en grado de patología verdaderamente susceptible de dar lugar a la incapacidad.

De la simple lectura de los resúmenes efectuados por la sentencia que aquí se comenta se saca la impresión de que el caso era el apropiado para un supuesto de curatela, pero no para acordar la tutela; y dada la situación de las relaciones familiares resultaba aconsejable, probablemente, prescindir de los hijos para proveer los cargos de curador de la persona y curador de los bienes; pero entiendo pesaron los intereses de determinados hijos, una cuestión muy humana pero reñida entiendo con la disciplina normativa y la doctrina científica relativas a la incapacidad y sometimiento a tutela del incapacitado.

Segundo.—La sentencia hace una referencia también pormenorizada del informe del Ministerio Fiscal (68). La pieza original es muy interesante y,

(68) A la vista de la importancia que podía revestir este documento, procuré y logré tener acceso al informe original, obra del Fiscal de Sala del TS don Félix HERRERO ABAD, excelente jurista muy interesado por la defensa de los derechos fundamentales de las personas.

además, está muy bien construida. En la argumentación de la fiscalía sobre la Convención neoyorquina de 13 de diciembre de 2006 (en adelante CNY) se valora a ésta como «herramienta clave para la interpretación de las normas relativas a la capacidad jurídica y de obrar de la demandada que son cualidades que afectan a la dignidad como persona (art. 10.1 CE) y al derecho a la igualdad con los demás (art. 14 CE)» para incidir a continuación en que «La Convención obliga a los Estados partes a reconocer *que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna obligándoles a prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad y a garantizar a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo* (art. 5.1 y 2 CNY). Asimismo, se establece como principio general *el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas* (art. 3.a CNY). Para asegurar que estos dos derechos no se infrinjan y puedan ser ejercitados por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, la Convención obliga a los Estados miembros a llevar a cabo los que se denominan ajustes razonables (art. 5.3 CNY), ya que sin éstos, aún reconociendo su capacidad como principio programático, la igualdad sería inviable para los discapaces y supondría, indirectamente, una forma de discriminación en cuanto que imposibilitaría a las personas con discapacidad ejercitar sus derechos y opciones, por imposibilidad física o psíquica, en igualdad de condiciones que las personas capaces, discriminación proscrita tanto en la Convención como en nuestra Constitución (art. 5 CNY y 14 CE). Es decir, *la igualdad y dignidad que se proclama no es retórica sino efectiva en todas las facetas de la vida, incluidas las referidas a la toma de decisiones que les afecten y a su independencia*» (69).

Esta argumentación se cierra con la transcripción íntegra del artículo 12 CNY, que, por mi parte, omito y a la que remito al amable lector. Para concluir, en primer lugar, que la Convención unifica la capacidad jurídica, lo que, a mi juicio, resulta inexacto, aunque reconozco que ésta es la tendencia general, más bien entiendo que la aspiración máxima de la Convención se encuentra en la idea de reducir el ámbito habitual de aplicación de la incapacidad plena, aquella que requiere inexcusablemente de la representación legal del incapaz, bien a través de la patria potestad o bien por medio de la tutela.

En segundo lugar, se afirma por la Fiscalía, que en la Convención «*se pasa del modelo de sustitución al modelo de apoyo o asistencia*». Esto no me parece completamente exacto; más bien la Convención, a mi personal juicio, no contempla en ningún momento la incapacidad total, por esta razón se

(69) Cito literalmente el informe fiscal y los subrayados son también del mismo.

mueve siempre en el territorio propio de la discapacidad no incapacitante ni plenamente dependiente. Sí modifica, a mi entender, la función de la curatela, pase a ser un órgano estable con función de asistencia y consejo y no vendría a ejercer en ningún momento la función de representación, ni la de suplencia, ni la de sustitución del discapaz, salvo otorgamiento de poder *ad hoc*. El llamado a actuar, a prestar consentimiento negocial, a otorgar testamento o a litigar es el propio discapaz con un grado tal que requiere de la asistencia y consejo del curador. La función real de la curatela es la de completar la capacidad, según adelantó y nos enseñó, en su día, SANCHO REBULLIDA (70).

Y, en tercer lugar, se entiende en este informe, que «se ha de desterrar la incapacitación que priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y obrar conforme a sus preferencias y le relega a no ser consultado, sustituyendo su voluntad por la del tutor en todos o en la mayor parte de los aspectos de su vida. La figura sustitutiva y vigente más acorde en el derecho español sería la del curador, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función de las necesidades del caso y de las circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias para actos concretos y su apoyo a los actos que se le marquen sea revisable por los tribunales. Pero tampoco se puede configurar como figura definitiva».

Entiendo, por mi parte, que esta afirmación solo constituye una razonada orientación.

La figura del tutor sigue y seguirá siendo necesaria, pero debería quedar reservada para cuando no sea viable la gradación de la capacidad (de forma permanente o en los momentos de crisis) (71) que le puede restar al incapacitado, o no existe o es tan exigua que resulta necesario y, además, imprescindible la sustitución del incapacitado en el entender y el querer propios de la autonomía de la voluntad.

Tercero.—En el Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia se encuentra la doctrina jurisprudencial de la sentencia. Al contestar básicamente al informe del Ministerio Fiscal e interpretar el artículo 12 del Convenio de Nueva York, así en el apartado 1.º se afirma que: «cuál deba ser la forma de identificar la situación jurídica de estas personas no pertenece a este Tribunal decidirlo; será el poder legislativo quien va a tener que fijar las normas para su nominación, porque esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las instituciones de protección. Y el caso es que la Disposición Final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, establece que el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán

(70) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 828.

(71) Situación cada vez más frecuente y típica de los trastornos psíquicos intermitentes.

a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención....».

Me resulta difícil de entender la posición de la ponente, pues parece evidente que sí es función de la Sala juzgar sobre los términos más adecuados, naturalmente limitados al caso concreto, sobre el que se pronuncia la sentencia; además, entiendo, a partir de las explicaciones de don Federico DE CASTRO, que la incapacitación misma y la elección de los medios para completar la capacidad de obrar o la de sustituirla corresponden al juzgador y no a los medios que aporte la ciencia médica o estructure el derecho procesal, ambos no pueden pasar de ser instrumentos útiles, necesarios e imprescindibles para el proceso, pero no son máquinas de fallar.

En el caso queda explícitamente recogido que a la incapacitación total de doña V. (párrafos primero y segundo del Fundamento de Derecho segundo de la sentencia) se llega en beneficio de ésta y de sus hijos y en razón de que no puede gobernar su patrimonio, aunque sus múltiples dolencias la limitan pero no la enajenan, ni la impiden saber ni entender, solo la convierten en una persona influenciable.

O sea: según la doctrina científica tradicional y más respetada y acreditada, más la tradición jurídica española, estaríamos ante un caso de curatela y no de tutela y en una repetición de posiciones juzgadas y reprobadas muy severamente por la civilística española.

En el apartado 2.º de este Fundamento se hace referencia al ámbito estricto de protección de la Convención de Nueva York, afirmando que «*en consecuencia, la actual regulación de las medidas de protección se basa en tres soluciones, a su vez adaptables a cada situación: a) la incapacitación; b) la curatela; y c) las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a los aspectos patrimoniales, reguladas en la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 41/2003*», posición de la ponente que resulta sumamente correcta y coincidente con las doctrinas científica y jurisprudencial, que comparto plenamente, si bien a partir de ella no se puede deducir que se deba mantener, además de las figuras tutivas, la permanencia del ámbito de las mismas. Esto sí ha cambiado o nos hemos comprometido a cambiar.

La ponente no añade, con entera lógica y respeto a la *sui generis* división de poderes de nuestra Constitución, pero sí lo hago yo, que no era necesario ni conveniente ratificar la Convención de Nueva York, porque nuestras soluciones legislativas y nuestra tradición jurídica es muy superior técnicamente al pensamiento expresado por ésta y porque supone un acto de seguidismo más a los que ya nos tiene acostumbrados nuestros sucesivos poderes ejecutivos con referencia a algunos tratados internacionales. La Convención de Nueva York sigue una moda de típica solidaridad verbal propia de la inanidad política y social de las Naciones Unidas y, por si fuera poco, no aporta nada a los países signatarios de la Convención Europea de Derechos Humanos y

a la que nos obligan las sentencias dictadas en la materia por el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo.

También coincido con la ponente en el contenido del apartado 3.º de este mismo párrafo del Fundamento de Derecho quinto, cuando, con relación a la aplicabilidad del artículo 10 CE, con o sin Convención por medio, se afirma: «*Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurran algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir, que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la relación de una serie de actos, actividades y, sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad. Esto comporta que puedan producirse: a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de su graduación y calidad de la insuficiencia psíquica, y b) la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello hay que afirmar rotundamente que la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambian para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí determina su forma de ejercicio. De aquí que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación del discapacitado».*

El mismo juicio de plena coincidencia me merece el apartado 4.º de este párrafo de este Fundamento de Derecho. Parece evidente que la incapacitación y el procedimiento que se siga no constituye ni la más mínima violación ni al principio de igualdad ni a ningún otro derecho fundamental o libertad pública; no es vejatorio en sí mismo, aunque si resulta contradictorio con los buenismos sociales al uso que después ven como actos de caridad actuaciones de allegados y familiares para con los discapacitados de su propia familia cuando éstos constituyen verdaderos abusos en una autoridad que nadie les ha conferido.

La incapacitación de quienes sufren una enfermedad psíquica grave y su puesta bajo la patria potestad de sus padres si los tienen o bajo tutela, discernida con sumo cuidado y con respeto pleno a las leyes y a la dignidad debida a las personas y más para aquellas que no pueden defenderse por sí mismas, tiene y debe tener el valor propio de un acto de defensa del incapaz, un procedimiento de preservación de la libertad, en la medida que no resulte contraria a su dignidad y seguridad, de la igualdad allí donde pueda y deba mantenerse, y, en último término, una vía de mantenimiento de la dignidad que le es debida a todo ser humano, proposición primera del artículo 10.1 CE, del que parece nos olvidamos a menudo.

La sentencia, pese a mis discrepancias de opinión, constituye una pieza jurídica digna de ser estudiada, analizada y valorada en profundidad y desapasionadamente. Conocida la recia personalidad de la Magistrada Ponente era de esperar alguna mayor contundencia conceptual, pero debo reconocer que también la medida puede favorecer el entendimiento de la cuestión de fondo,

harto espinosa, y en la que suelen confundirse no solo intereses defendibles, en unos casos, e indefendibles en otros muchos, relativos a asuntos materiales terribles, de primer orden y de subsistencia, atinentes no a personas abstractas, sino a individuos concretos, dolientes, sufrientes y poco o nada considerados, cuyas necesidades se ven mezcladas con importantes cuestiones secundarias de medición y atención clínicas, evaluación de necesidades económicas, ponderación de carencias debidas a las circunstancias del entorno en sus dimensiones geográfica (distancia respecto de los centros médicos y de los especialistas), sociales (preparación de los familiares para atender a sus familiares discapacitados o incapaces), culturales de cada caso. Aquí pueden ser relevantes hasta las infraestructuras viarias, el espacio útil en las viviendas, las barreras físicas, sin olvidar las psíquicas, emocionales y otras de carácter moral, y las posibilidades de prestaciones sustitutivas, centros de día o posibilidad de acompañamiento.

Cuestiones en las que, una vez más, el Estado provicia o las Naciones Unidas dictan normas atrayentes, cuajadas de buenos propósitos y reconfor- tantes de la esperanza de sufrientes ciudadanos, pero vacías las más de las veces, utópicas, ucrónicas para sus hipotéticos contenidos materiales, sin quererse enterar estos legisladores de las estadísticas concretas que además existen y pueden emplearse sobre personas abandonadas y dejadas a su suerte; sin preguntar ni escuchar sobre el costo y disposiciones reales de numerario para elegir entre las distintas opciones, porque se dice que se quiere lo mejor para los ciudadanos desfavorecidos, pero se sabe de antemano que las cifras de coste serán aterradoras y de imposible cumplimiento; y ello sin medir los costos de la desilusión y la frustración que tales grandilocuencias bienintencionadas ocasionan.

La Convención de Nueva York está destinada muy especialmente a pueblos repletos de hipotéticos ciudadanos que no lo son, o mejor, que no acaban de serlo, porque sus dirigentes lo imposibilitan, la mayor parte de las veces por pura inconsciencia, en otras con conciencia y malignidad; pueblos que no conocen el verdadero significado de lo que es libertad, ni siquiera por aproxi- mación, ni de la igualdad, pues ésta es hija legítima de la libertad; y menos aún la fuerza transformadora ínsita en la dignidad humana. Lo que no impide que se encuentre llena de buenos augurios. Buena voluntad a sus proposiciones más realistas no les falta, aunque en otras más vale no reincidir.

7. RECAPITULACIÓN

Desde la fijación de los presupuestos básicos sobre la condición de persona para todos los humanos hasta su consecución sin excepciones trans- currieron dos siglos: desde los años noventa del siglo dieciocho hasta finales

de los sesenta y setenta del veinte. Un camino lleno de incertidumbres y obstáculos camuflados en el entendimiento de la existencia de una superioridad moral para cubrir las necesidades de la familia de tal dimensión que primaba sobre la libertad, igualdad y dignidad de los individuos que la componían. Una concepción arraigada que permitió y permite a los ordenamientos jurídicos amparar corruptelas y hasta ciertos abusos perpetrados en nombre del bien común y de conformidad con hipotéticas instancias superiores. En el tema de la persona misma, sus derechos fundamentales y los de la personalidad, esta tendencia, aunque subsiste soterrada, ha enmudecido y, en gran medida, cambiado muy positivamente.

El camino de la aceptación social de las deficiencias humanas que se emprendió inmediatamente después pareció más fácil y llevadero, aunque aún permanece inconcluso. A este resultado de la voluntad social y política coadyuvaron, entre otros muchos factores, la ayuda prestada por la mejor y más avanzada tecnología al campo de prótesis con aplicación funcional de los inválidos, la esperanzadora mejora de los tratamientos clínicos y farmacológicos de las enfermedades neurológicas; la introducción de terapias ocupacionales y el adiestramiento de inválidos y discapaces para tareas adecuadas a sus aptitudes; la constante mejora de la enseñanza y de la formación profesional de deficientes con vistas al refuerzo y mejora de sus potenciales habilidades; y, por último, la apreciable mejora de los recursos jurídicos, económicos y sociales dirigidos a la consecución de la incorporación plena de un buen número de estas personas a la vida social y productiva.

La combinación y acumulación de todas estas medidas han hecho posible que sea razonable mantener una confianza esperanzadora para muchísimos niños, adolescentes y jóvenes discapacitados físicos y psíquicos; abrir una expectativa razonable de mejora de la calidad de vida y comprensión de su propio problema para los mayores con iguales males pero de dudosa recuperación e incluso para los enfermos tenidos por incurables; también para los ancianos con demencia senil y otras muchas enfermedades degenerativas de las funciones físicas y, de forma predominante, psíquica.

El camino emprendido por casi todas las sociedades es digno de alabanza, respeto y decidido apoyo, con la confianza en que los avatares de las evoluciones sociales y las crisis económicas no vendrán a dificultar estas complejas y costosas tareas, ni a favorecer el desánimo y la vuelta al conformismo que suelen aparecer tras etapas de avances excesivamente sostenidos en el voluntarismo.

No obstante la presencia de los éxitos y la extensión más que considerable de la solidaridad para con los desfavorecidos, es preciso seguir teniendo presente que esta es una tarea en la que el objetivo no se podrá dar nunca por cumplido y que las constantes y considerables victorias no hacen pensable la reducción de estas situaciones a un número insignificante y manejable de casos.

Es evidente, al menos, lo es para mí, que el número de los viejos se incrementará, seremos muchos más, y las instancias políticas y algunas de las productivas seguirán empecinadas en aparcar a los «no tan viejos y capaces» y separarlos por la fuerza de la vida productiva, sin más motivo que la permanencia entre nosotros de una estética de oscuro origen elitista, que por los años treinta del siglo pasado antepuso su admiración por el vigor físico a la inteligencia y, sobre todo, a la experiencia, valores que siguen en déficit para quienes ostentan en estos tiempos algo revueltos el liderazgo político, el social y el económico (72).

Los ancianos con problemas también seguirán creciendo en número y en necesidades de atención. Además no decrecerán los infantes que nazcan con deficiencias congénitas y síndromes que llevan aparejada la discapacidad física o psíquica e incluso la incapacidad, pero a casi nadie parece interesarle que la edad de alumbramiento de niños se atrasé hasta lo inverosímil de parte de los más «conscientes» y para los tenidos por «inconscientes» se adelante infantilizándose la maternidad, se trata de dos problemas que se dejan correr a su suerte; se lamentan, pero no se intenta corregir su presencia, a lo más se trata de paliar las consecuencias que llevan aparejadas.

Aún así, el mundo en sus grandes números y, en especial, la sociedad occidental han mejorado para quienes nacen o viven con problemas de integración plena en sociedad conforme a los arquetipos de capacidad y aptitud para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento satisfactorio de sus deberes. También se ha humanizado de forma considerable la penosa suerte de los incapaces, aunque aquí se puede y se debe insistir en la mejora.

De todas formas deberíamos saber bien y aceptar de plano que, para el derecho objetivo y para la adecuada puesta en práctica del mismo, el asunto capital de la determinación de quiénes tienen problemas de capacidad y dentro de éstos en qué grado debe discernirse una discapacidad o una incapacidad relativa o una incapacidad casi plena o plena, se presentará siempre de forma problemática con sus certezas y sus incertidumbres a las que deberán hacer frente los órganos de calificación que establezcan en cada caso las normas, sobre todo en aquellos en que es preciso fijar el grado de incapacidad y proveer a la constitución de los órganos de volición y representación, con sus naturales rigideces procedimentales, ya que se trata de una cuestión en la que entra en juego la libertad y la autonomía personales (73) y en las que no tienen por qué entrar las cuestiones ceremoniales y de protocolo.

(72) En nuestro país esto es escandalosamente cierto. Basta, para comprobarlo, abrir cualquier periódico, conectar cualquier cadena de televisión o asistir a cualquier debate de nuestros numerosos parlamentos.

(73) A muchos profesionales les espantan las comprobaciones médicas y jurisdiccionales que para cada caso y grado resultan necesarias. Como ya apunté más arriba, una vez salvadas las cuestiones de garantía, los ritos procesales pueden suavizarse tanto como sea

Parece evidente que resulta imposible pre establecer criterios de valoración fiables al ciento por ciento, ni siquiera cuando los indicios son claros y las pruebas bastante terminantes; así, la función de los titulares de los órganos encargados de establecer las incapacidades y su grado, así como discernir si procede la tutela o la curatela, deben contemplar su función como si se tratase de una cuestión en la que no cabe el arbitrio judicial y cuya solución es en el fondo reglada, sometida a dictámenes periciales detallados y emitidos con toda suerte de garantías, de tal forma que en los casos de duda en el grado se opte siempre por la solución más conforme con la libertad del enfermo sometido a calificación; es decir, en caso de duda entre tutela y curatela procede instituir la segunda y para los casos de duda sobre los períodos y la posibilidad de remisión, se deberá ordenar más frecuentes revisiones y evaluaciones del enfermo.

Creo que debe desterrarse de la práctica de la incapacitación toda justificación que se apoye en el interés de la familia, como ocurría en los tiempos de prevalencia jurídica de la familia y sus intereses sobre el individuo mismo y sus propios intereses. Aquella posición e intereses, absolutamente respetables, solo pueden valorarse y tomarse en consideración, como ya apuntara el profesor DE CASTRO, como elementos colaterales y en función de la situación y conveniencia del incapacitado, sin incidir de ningún modo en la evaluación de la incapacidad, ni en la determinación de la oportunidad de suplir o completar las capacidades de representación de la realidad, de las funciones volitivas y las representativas. Si el enfermo puede representarse la realidad y puede querer, aunque sea con marcados grados de deficiencia, no ha lugar a constituir la tutela en razón de cualesquiera intereses, sino la curatela, aunque con esta solución se dificulte la labor y función del curador. Encargo, la mayor parte de las veces, poco grato y difícil.

Sé bien que cuando proceda la prórroga de la patria potestad se relajarán las exigencias previstas, pero esta comprensible inclinación no debería atenuar el respeto para con la libertad e igualdad de los hijos sometidos a la misma, ni la posibilidad de averiguar cuáles sean la voluntad y el querer del hijo en un acto, negocio o ejercicio de su derecho. Entre nosotros no hay lugar para la impertinente pregunta de ¿libertad para qué? Es, a mi juicio, completamente insatisfactorio recurrir al lugar común, convertido abusivamente en presunción *iuris tantum* de que «los padres quieren siempre lo mejor para sus hijos», pues, además de tratarse de un criterio deducido de la frecuencia estadística ordinaria y no medida, los valores y derechos constitucionales no pueden someterse a esta práctica tanto en su negación, atenuación o modalización. No cabe olvidarse de que los casos de ocultación de graves

preciso. Esta no es la cuestión, sino la parte externa de la misma. La incomodidad y los agobios siempre serán menores que algunas soluciones caseras que pasan por las retenciones ilegales y los engaños sistemáticos.

incapacidades no resultan extraños en la vida de las familias. Pocas, por fortuna, pero sí lo suficiente numerosas como para mantener la guardia levantada. Los jueces y, en especial, los fiscales deben ser taxativamente exigentes en estos casos y en las evaluaciones de los hijos con vistas a las prórrogas de tal situación. Las revisiones no pueden quedar en cuanto a su realización al arbitrio de los padres. La patria potestad sobre los hijos incapaces no debe ser entendida como equivalente a la de los infantes, como mínimo deberá seguir los pasos y contenidos propios de la de los adolescentes.

A mi parecer, el derecho objetivo de carácter material en esta materia resulta poco mejorable, tal vez, sí cabe la posibilidad de aclararlo. También, como he apuntado, se pueden mejorar los procedimientos a seguir, ampliar las funciones que debiera desempeñar el ministerio fiscal y reducir el protagonismo judicial, actualmente excesivo, como ocurre en la totalidad del Derecho de familia.

No me parece que con nuestro sistema, los jueces ordinarios (74) no están llamados a convertirse en los *alter ego* de los *paterfamilias* romanos, este es uno de los errores recurrentes de todas las reformas del Derecho de familia de los últimos cuarenta años, no tienen la preparación adecuada para servir esa especie de función social que en el pasado se autoatribuyeron los clérigos y ahora les reconoce la legislación ordinaria, con conculcación del espíritu constitucional de la división de poderes.

Los jueces que contempla la Constitución, entiendo, solo deberían intervenir a instancia de parte o del ministerio fiscal y por medio de un juicio declarativo y para dirimir una cuestión de derecho, y no para fijar criterios basados en su apreciación de la realidad social, la economía o la enfermedad. De esto último no suelen saber y si saben no está en el bagaje de las competencias propias de un cargo constitucional. Los jueces árbitros y manejadores más o menos hábiles de la jurisdicción voluntaria responden a criterios contrarios a la concepción de una judicatura como poder del Estado y último recurso para la aplicación de la ley a un asunto controvertido bajo los criterios propios del pleito, no del sentido común, de las buenas maneras u otras artes necesarias para una apacible y saludable convivencia.

(74) Los actuales jueces ordinarios resultan en su función, nombramiento, cometidos y aspiraciones muy difícilmente comparables a los jueces británicos, en cuyas funciones se han inspirado los legisladores. Esta equiparación hubiera sido posible si se hubieran mantenido los órganos de la desaparecida «justicia municipal», la inspirada en la justicia edilicia romana, que se barrió con ocasión de la elaboración de la Constitución con fines interesados que no son del caso.

RESUMEN

PERSONALIDAD
CAPACIDAD

El presente trabajo tiene la finalidad de profundizar en los elementos conceptuales y estructurales de la idea actual de persona que ocupa la posición central en el actual sistema jurídico. Para ello se efectúa un sucido repaso a la evolución histórica del pensamiento jurídico en la materia con incidencia en sus evidentes cambios de criterio e incluso contradicciones hasta centrarse en el tratamiento de la capacidad y la incapacidad. Dentro de esta última y por su especial relevancia se estudian sus diferentes grados y condiciones, así como los apoyos y remedios alumbrados por el ordenamiento jurídico, con especial incidencia en el análisis del momento actual. En éste se evidencian los esfuerzos intelectuales para hacer posible el mantenimiento de los valores y derechos constitucionales de libertad e igualdad, en los supuestos de disfunciones o enfermedad que por sus efectos de limitación de la capacidad abocan a las personas a estar en situación de dependencia. Todo ello centrado en su repercusión en el actual y vigente ordenamiento jurídico español y la repercusión sobre el mismo de la ratificación de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006.

Por ello se estudian separadamente las situaciones personales de discapacidad, vejez e incapacidad, así como las medidas jurídicas de protección, auxilio y representación que se requieren en cada caso.

ABSTRACT

PERSONALITY
CAPACITY

This paper attempts to explore the conceptual and structural elements of the idea of person who occupies the central position in the current legal system. For this purpose, I make a brief overview of the historical evolution of legal thought with special interest in its obvious contradictions changes of concept to focus on the treatment of ability and disability. Referring to disability I study the different grades and conditions as well as remedies and solutions prepared by the legal system, with special emphasis on the present moment. Our legal system shows the intellectual efforts to make possible the maintenance of constitutional rights and values of freedom and equality in cases of dysfunction or illness that put people in a position of dependency. This focused on its impact on Spanish Legal System in force and the effects on it of the ratification of the Convention in New York December 13, 2006.

Therefore, I study separately the personal situations of disability, age and handicapped, as well as legal measures of protection, assistance and representation required in each case.

(Trabajo recibido el 30-9-2010 y aceptado para su publicación el 19-11-2010)