

Los Derechos civiles en España
ante la Convención de Naciones
Unidas sobre discapacidad. Especial
referencia al Derecho civil aragonés:
¿una adaptación condicionada
por la reforma estatal?

*Civil laws in Spain in the light of
the United Nations Convention
on disability. Special reference to
Aragonese civil law: an adaptation
conditioned by the reform of the state
private legal system?*

por

M.^a VICTORIA MAYOR DEL HOYO
*Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza*

RESUMEN: La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas para los *derechos* de las personas con discapacidad implica la necesidad de adaptar nuestro Derecho interno. En concreto, el Derecho civil

debe adaptarse al ya conocido artículo 12 de la Convención. La doctrina suele centrar su atención en la acomodación del Código civil, pero no debe olvidarse que la obligación de reconsiderar la regulación existente incumbe tanto al legislador estatal como, en su caso, a los legisladores territoriales. El presente artículo estudia la adaptación de los Derechos civiles en España: del Código civil y de los derechos civiles territoriales, con especial referencia al Derecho civil aragonés. Y analiza la posible incidencia de la reforma del ordenamiento jurídico privado estatal en la adaptación de las normas aragonesas como consecuencia de los problemas de armonización que, de otra forma, podrían llegar a existir.

ABSTRACT: Spain's ratification of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities implies the need to adapt our internal law. In particular, civil law must be adapted to the well-known artículo 12 of the Convention. The doctrine tends to focus its attention on the accommodation of the Civil Code, but it must be taken into account that the obligation to reconsider the existing regulation lies both with the State legislator and, where appropriate, with the territorial legislators. This research examines the adaptation of civil rights in Spain: the Civil Code and territorial civil rights, with special reference to Aragonese civil law. It also addresses the potential impact of the reform of the state private legal system on the adaptation of the Aragonese norms as a consequence of the problems of harmonization that might otherwise exist.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad. Capacidad jurídica. Autonomía de la voluntad. Interés de la persona con discapacidad. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. Separación y divorcio. Filiación. Publicidad registral. Derecho civil aragonés.

KEY WORDS: Disability. Legal capacity. Autonomy of will. Interest of the person with disabilities. Contract law. Civil liability. Separation and divorce. Filiation. Registration publicity. Aragonese civil law.

SUMARIO: I. LA ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PRIVADO, EN ESPECIAL DEL CÓDIGO CIVIL, A LA CONVENCIÓN: DEL COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL. —II. LOS DERECHOS TERRITORIALES ANTE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS: EN ESPECIAL, EL DERECHO CIVIL ARA-

GONÉS: 1. INTRODUCCIÓN. LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO CIVIL CATALÁN. 2. LA CAPACIDAD Y LA GUARDA Y PROTECCIÓN DE LA PERSONA EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS. 3. LA RECIENTE LEY ARAGONESA 5/2019, DE 21 DE MARZO, DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 4. LA PENDIENTE ADAPTACIÓN DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS A LA CONVENCIÓN: A) *El legislador aragonés ante la Convención.* B) *Los problemas de armonización con la legislación estatal como posible interferencia en la libertad del legislador aragonés:* a) Problemas derivados de los derechos civiles aplicables a capacidad y a instituciones de apoyo. b) Armonización en materia de obligaciones y contratos. c) Armonización en materia de responsabilidad civil. d) Armonización en relación con las normas de separación y divorcio. e) Armonización en materia de filiación. f) Armonización en materia procesal. g) Armonización en materia de publicidad registral. C) *¿Nuevamente el Derecho foral tras la senda del paradigma estatal?.*—III. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PRIVADO, EN ESPECIAL DEL CÓDIGO CIVIL, A LA CONVENCIÓN: DEL COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL

Como se sabe, nos hallamos inmersos en un proceso de cambio de percepción y tratamiento de la discapacidad impulsado por la Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York en 2006, y ratificada por España, junto con su Protocolo facultativo, inmediatamente después¹.

El propósito de la Convención, según establece su artículo 1, es «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente», entendiéndose por *personas con discapacidad* —y, por tanto, destinatarias de esta norma internacional— «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».

Conforme a ello, la Convención, más allá de considerar la discapacidad como objeto de protección social, como había sucedido hasta el momento, crea una nueva sensibilidad que vela por la promoción de la autonomía vital y jurídica de las personas con discapacidad e insta a los Estados a proporcionar el correspondiente apoyo para el ejercicio de dicha autonomía.

El primero de sus principios, enumerados en el artículo 3, es, precisamente, el del respeto a la «autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas». Y, en esta línea, el artículo 12, referido al «igual reconocimiento como persona ante la ley», tras afirmar que las personas con discapacidad «tienen derecho [...] al reconocimiento de su personalidad jurídica» —párrafo 1.º—, establece que los «Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida» —párrafo 2.º—. A continuación, instituye el deber de los Estados de adoptar «las medidas pertinentes» que proporcionen el acceso de estas personas «al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica» —párrafo 3.º— y la obligación de asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias para impedir abusos en materia de derechos humanos —párrafo 4.º—. «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» —párrafo 4.º—.

Como es natural, los Estados Parte debemos adaptar los ordenamientos internos. Por lo que se refiere al legislador español, este ha ido dando respuestas sectoriales a los imperativos de la Convención —norma, por otra parte, directamente aplicable tras su publicación en el BOE—. La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, llevó a cabo de forma oficial la acomodación al texto internacional, modificando numerosas leyes en distintos ámbitos de nuestro ordenamiento (sanidad, empleo, accesibilidad, protección civil, cooperación internacional, etc.). Posteriormente, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; texto que, pese a su título, no abarca toda la regulación del tema, sino que solo comprende los aspectos contenidos en las leyes refundidas, centradas, sobre todo, en cuestiones de accesibilidad y no discriminación². A ello hay que sumar: la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo; la Ley de Jurisdicción voluntaria —Ley 15/2015, de 2 de julio— (modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones); la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado —LO 5/1995, de 22 de mayo— para garantizar la

participación de las personas con discapacidad sin exclusiones; y la LO 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General —LO 5/1985, de 19 de junio— para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

Ninguna de las reformas mencionadas aborda los aspectos jurídico-privados de la discapacidad y su adecuación al artículo 12: en concreto, los relativos a lo que conocemos como capacidad jurídica y capacidad de obrar, procesos de modificación de la capacidad de obrar e instituciones de guarda de las personas con discapacidad. La inquietud, sin embargo, existe desde el principio: no había transcurrido un año desde la publicación en el BOE del Instrumento de ratificación y ya la Ley 1/2009, de 25 de marzo (que modificó la Ley del Registro Civil de 1957 y la Ley sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad de 2003) concedió al Gobierno el plazo de seis meses desde su entrada en vigor para remitir a las Cortes Generales «un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención». El mandato se incumplió³.

Posteriormente, la citada Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención, en lugar de entrar en estas cuestiones, se limitó a aplazar nuevamente su tratamiento. En concreto, dispuso en la disposición adicional séptima: «El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención [...], en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen».

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, en 2011, en sus *Observaciones finales sobre el Informe presentado por España en virtud del artículo 35 de la Convención*⁴, si bien congratuló al Estado español por los progresos que supuso la Ley 26/2011, mostró, sin embargo, su preocupación por el retraso en aplicar una nueva legislación que «regule el alcance y la interpretación del artículo 12» y recomendó a España que «revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona»⁵.

Con esos antecedentes, y transcurrido el plazo otorgado por la Ley 26/2011 sin la presentación del proyecto de ley, en 2012 se presentó en el Congreso una Proposición no de ley relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida⁶, que fue aprobada por el Pleno por 307 votos a favor y 12 abstenciones. En ella se instaba al Gobierno, en los mismos términos que la disposición adicional séptima de la Ley 26/2011, a remitir a las Cortes Generales, esta vez en el plazo de tres meses, un Proyecto de Ley para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención⁷. Pero, una vez más, el encargo se incumplió.

En el Pleno de la Comisión General de Codificación de 5 de noviembre de 2015, el ministro de Justicia determinó como primera tarea de la Sección Primera la reforma de la legislación civil para cumplir con lo dispuesto en la disposición adicional séptima de la Ley 26/2011. Durante las sesiones desarrolladas entre el 18 de noviembre de 2015 y el 13 de diciembre de 2017 la Comisión trabajó en la elaboración de un texto que fue sometido a la consideración del ministro el 20 de febrero de 2018⁸. El cambio de Gobierno producido en junio de ese año no supuso un obstáculo para el trabajo presentado y el 21 de septiembre de 2018 el Consejo de Ministros aprobó el *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación y procesal en materia de discapacidad*. La disolución del Congreso de los Diputados y del Senado por el Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, impidió que pudiera continuarse con el proceso legislativo, pero, como después se expondrá, este —seguramente— se reanudará en cuanto la estabilidad política lo permita⁹.

Así las cosas, el Comité de Naciones Unidas en las *Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España*, realizados en 2019¹⁰, incide en la necesaria adaptación al artículo 12: señala que «le preocupa que el Código civil del Estado Parte permita privar de capacidad jurídica a una persona por motivos de discapacidad y mantenga regímenes de sustitución en la adopción de decisiones» y «recomienda al Estado Parte que derogue todas las disposiciones legislativas discriminatorias con miras a abolir por completo los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, reconozca la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad e introduzca mecanismos de apoyo para la adopción de decisiones que respeten la dignidad, la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad»¹¹.

Como se observa, las manifestaciones del Comité en estas últimas *Observaciones* son más contundentes y directas, si cabe, quizás tratando de excluir otras posibles opciones en orden a conseguir la adaptación. No hay que obviar que, dejando aparte los últimos momentos de precariedad política, el retraso en la acomodación de nuestro Derecho privado a la Convención es, probablemente, debido a la complejidad de la materia —y lo delicado

de su tratamiento— y al debate que durante todos estos años esa complejidad ha generado en la comunidad científica acerca de cómo debe ser la adaptación al artículo 12. Han sido muchos y muy dispares los puntos de vista acerca de la interpretación del artículo 12, del grado de compatibilidad o incompatibilidad de nuestras normas jurídico-privadas con este precepto de la Convención y, en consecuencia, del alcance y contenido de su modificación. Así, se han vertido ríos de tinta sobre cómo afecta la previsión del artículo 12.2 a la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar propia de nuestro Derecho privado, sobre el mantenimiento o no de la modificación de la capacidad de obrar y, en su caso, en qué términos, y sobre el mapa de medidas o instituciones de apoyo que deben contener nuestras normas¹².

Ciertamente, los juristas españoles no hemos sido una excepción¹³. Prueba de ello es que a la vista de los informes presentados por los Estados Parte ante el Comité, este concluyó en 2014 —ocho años después de que se aprobara la Convención— que había problemas de comprensión y un «malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados Parte en virtud del artículo 12 de la Convención»¹⁴, por lo que decidió emitir una Observación General —la núm. 1— en la que ofrece a todos los Estados una interpretación del artículo 12 y un análisis de las obligaciones derivadas del mismo. Se expone a continuación una síntesis del contenido de la Observación:

1.º Comienza indicando que el primer párrafo del artículo 12 «garantiza que todo ser humano sea respetado como una persona titular de personalidad jurídica, lo que es un requisito indispensable para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona».

2.º Continúa recordando que el segundo párrafo del artículo 12 reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Y explica que la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin. Para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta. Indica que la aptitud deficiente para tomar decisiones a causa de una discapacidad no debe utilizarse como justificación para negar o retirar la capacidad de actuar.

3.º Prosigue exponiendo que el tercer párrafo del artículo 12 establece que los Estados Parte tienen la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de su

capacidad jurídica, es decir, para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos. Señala que el apoyo nunca debe consistir en decidir por ellas. En todo momento, incluso en situaciones de crisis, deben —dice— respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones. Hay que contar, además, —continúa diciendo el Comité en la Observación— con la posibilidad de que la persona con discapacidad puede no desear ejercer su derecho a recibir este apoyo.

4.º El cuarto párrafo del artículo 12 dispone que los Estados asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos.

El objetivo principal de esas salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Observa que este respeto incluye el derecho a asumir riesgos y a cometer errores.

Continúa indicando que cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del «interés superior» debe ser sustituida por la «mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias». Señala que el paradigma de «la voluntad y las preferencias» debe reemplazar al del «interés superior» para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás.

Las salvaguardias deben incluir la protección contra la influencia indebida. Considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. Esta protección, sin embargo, debe —añade— respetar la voluntad y preferencias de la persona, incluido el citado derecho a asumir riesgos y equivocarse.

5.º De acuerdo con todo lo anterior, el Comité considera que los Estados tienen la obligación de reemplazar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones (entre los que cita la tutela plena o parcial, la interdicción judicial...) por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Advierte de que no basta para cumplir con el artículo 12 con crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción sustitutiva de decisiones, sino que es preciso suprimir estos regímenes¹⁵.

La Observación General no apaciguó el debate, más bien podría decirse que lo reavivó, porque sirvió para que los distintos puntos de vista se deslizaran hacia los extremos. El amplio abanico de reacciones va desde la acogida sin reservas de la Observación como referente y guía para la adaptación del ordenamiento hasta la puesta en duda tanto de la conveniencia del nuevo paradigma que se trata de implantar en su expresión más radical como del propio valor de las Observaciones del Comité, pasando, naturalmente, por

posiciones intermedias. Las voces más críticas con el contenido de esta Observación General han llegado a afirmar que la Observación constituye una amenaza para los derechos fundamentales de las personas con discapacidad psíquica y han reprochado la ausencia de expertos médicos en el Comité¹⁶. Por lo que se refiere al valor de la Observación, se ha discutido acerca de la obligatoriedad de los Estados de asumirla al pie de la letra. Merece la pena hacer un pequeño alto en este punto.

La Convención, como suelen hacer otros tratados, ordena la creación de un comité de seguimiento de su aplicación: el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —art. 34—. Dispone que los Estados deben presentar al Comité informes sobre las medidas adoptadas para cumplir con la Convención y sobre los progresos que van realizando: uno —el informe inicial— en el plazo de dos años desde la entrada en vigor y, posteriormente, cada cuatro años —informes ulteriores —(art. 35.1 y 2). Y establece que el «Comité considerará todos los informes, hará las sugerencias y las recomendaciones que estime oportunas respecto a ellos y se las remitirá al Estado Parte de que se trate» —art. 36—. Ya se han expuesto las Observaciones que el Comité hizo a los informes inicial (en 2011) y segundo y tercero (en 2019) de España. Por otro lado, la Convención prevé que el Comité pueda «hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y datos recibidos de los Estados Parte en la Convención» —art. 39—. A esta previsión responde la Observación General 1 sobre el artículo 12. Aparte de lo anterior, los Estados Parte en el Protocolo Facultativo de la Convención —entre los que se encuentra España— reconocen la competencia del Comité para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención —art. 1 del Protocolo—, ante las cuales el Comité hará llegar al Estado las sugerencias y recomendaciones oportunas —arts. 5 y 6 del Protocolo—.

Como observa DE SALAS MURILLO (2018, 2 a 6) —que ha realizado un interesante estudio sobre esta cuestión—, algunos autores han manifestado que los pronunciamientos del Comité se erigen en criterio de interpretación auténtico y jerárquico, y gozan de la misma primacía de la propia norma internacional cuyo seguimiento se les encomienda¹⁷. Otros han expresado, refiriéndose a los pronunciamientos de los órganos internacionales de control, que constituyen más bien «una interpretación autorizada del tratado que supervisan de la que no deben apartarse los poderes nacionales y menos aún las autoridades normativas españolas» (CUENCA GÓMEZ, P., 2012, 23)¹⁸.

Puede ser interesante recordar, aunque ciertamente en un ámbito distinto —como destaca la citada autora—, que el Tribunal Constitucional ha

afirmado que las resoluciones y dictámenes de la OIT no son vinculantes, sino que, «distintas de los Convenios, [...], son textos orientativos, que sin eficacia vinculante pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios» —STC 38/1981, de 23 de diciembre—.

Por otro lado, la fuerza interpretativa de estos órganos ha sido puesta en duda desde hace algún tiempo con ocasión de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos en los que se condenaba a España por vulnerar el artículo 14.5 del Pacto de Derechos civiles y políticos. Invocados estos dictámenes ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional para justificar la vulneración del derecho al doble grado jurisdiccional, el primero ha indicado que el Comité de Derechos Humanos es un órgano político y que sus resoluciones o dictámenes carecen de aptitud para crear doctrina vinculante —STS 141/2005 de 11 de febrero—, y el segundo, yendo más allá, ha considerado que los dictámenes del Comité «no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto porque la norma internacional no le otorga tal competencia» —STC 116/2006, de 24 de abril¹⁹.

En esta línea parece que va la comunidad jurídica internacional. Así se deduce del Informe realizado por el Essex Autonomy Project, en 2016, con ocasión de la evaluación del cumplimiento del artículo 12 por la legislación del Reino Unido²⁰. El Informe contiene un apéndice —el Appendix A— titulado «On the Legal Status of General Comments» (The Essex Autonomy Project. Three Jurisdictions Report..., 2016, 54 a 57) en el que se exponen los resultados del análisis de las opiniones publicadas sobre la «situación o estatus jurídico» de las Observaciones Generales de los órganos de Naciones Unidas creados en virtud de tratados, teniendo en cuenta para ello tanto debates académicos como material de fuentes de Naciones Unidas:

En él se indica que los resultados muestran una coherencia notable: todos los materiales publicados que pudieron identificar convinieron en que las Observaciones Generales emitidas por los órganos de tratados de Naciones Unidas no son jurídicamente vinculantes. No pudieron identificar ninguna declaración publicada de la opinión contraria. Se destacan al respecto en el texto las conclusiones de un informe —de 2004— de la International Law Association sobre el impacto de los pronunciamientos de estos órganos, en las que se afirma que los gobiernos han tendido a subrayar que, si bien las Observaciones finales y generales de los órganos creados en virtud de tratados han de recibir considerable importancia como pronunciamiento de los expertos de los órganos en las cuestiones que abarca el tratado, no son en sí mismas interpretaciones formalmente vinculantes del tratado; y que, si bien los Estados las examinarán detenidamente, es posible que no las pongan en práctica de oficio.

Continúa exponiendo el documento del Essex Autonomy Project que, si bien hay acuerdo sobre el carácter no vinculante de las observaciones generales,

su condición jurídica, sin embargo, no está del todo clara. Explica que se afirma con frecuencia que contienen «interpretaciones autorizadas» de los tratados. Pero no es cuestión pacífica: recuerda que tanto Estados Unidos como el Reino Unido, en sus comunicaciones sobre el proyecto de Observación General 33 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, rechazaron la afirmación de que el Comité de las Naciones Unidas es el intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ni siquiera está del todo admitido que las observaciones sean una práctica ulterior que refleje acuerdo entre los Estados Parte sobre la interpretación del tratado, en el sentido del artículo 31.3 b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Concluye, finalmente, el documento que, a la vista del estudio realizado, los Estados no están obligados por las interpretaciones de los Comités y que pueden cuestionar su corrección y rechazarlas, sin que por ello incumplan necesariamente sus obligaciones convencionales.

En nuestro país, con base precisamente en estas conclusiones, algún sector doctrinal —la citada autora (DE SALAS MURILLO, S., 2018. 6 y en prensa)— ha manifestado serias dudas respecto de la obligatoriedad de seguir a la letra el contenido de la Observación General núm. 1, al considerar que la obligación de los Estados de cumplir los tratados de buena fe implica que, efectivamente, no pueden ignorar los informes, recomendaciones y observaciones generales de este tipo de Comités, pero que, en última instancia, tienen el derecho de rechazar sus interpretaciones si encuentran base argumental para ello²¹.

El ya mencionado Anteproyecto, que en su versión de enero de 2019 pasa a denominarse Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, opta por una adaptación del ordenamiento jurídico al artículo 12 de la Convención conforme a la interpretación y recomendaciones del Comité en la Observación General núm. 1 y las Observaciones finales hechas a España²².

La adaptación no es abordada —como observa el Consejo de Estado— con meros cambios en preceptos concretos, especialmente del Código civil, sino que se opta por una reforma más ambiciosa y de mayor calado, que implicará no solo un cambio radical de ordenación sistemática y de numeración del Código civil, sino también, y sobre todo, un importante cambio en las instituciones civiles sobre la materia y materias conexas (con todas las modificaciones procesales que ello lleva aparejado), que supondrá un cambio de sistema (Dictamen C.E. 2019, 30): instaurará, en concreto, un sistema basado en la supresión de las declaraciones de incapacidad y el reemplazo del modelo tutelar de toma de decisiones mediante sustitución por un modelo de acceso a mecanismos de apoyo en la toma de decisiones. Este cambio de paradigma, naturalmente, repercutirá en otros ámbitos que constituyen

pilares básicos de nuestro ordenamiento, como el negocial o el relativo a la responsabilidad. Además, aunque la reforma prevista para el Código es la más extensa (afecta a casi doscientos artículos), no es la única ley que será modificada. Contiene también cambios en la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil —de 2011—, la Ley de Jurisdicción Voluntaria y la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad²³.

El Anteproyecto suprime las declaraciones de incapacidad: elimina el actual contenido del título X del libro I del Código civil, que lleva por rúbrica «De la incapacitación». De este modo desaparece el estado civil de incapacitado y se superan las tradicionales diferencias entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con los incapacitados —no respecto de los menores de edad—. Se considera que así se cumple el segundo párrafo del artículo 12 de la Convención, al reconocer a la persona con discapacidad «capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida», entendiéndolo por capacidad jurídica, como indica el Comité, la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y de ejercerlos. Ello afecta de manera transversal a toda la regulación civil, que debe adaptarse a este cambio estructural del sistema²⁴.

De acuerdo con lo anterior, elimina el modelo de toma de decisiones mediante sustitución: suprime las instituciones de la tutela para las personas con discapacidad y de la patria potestad prorrogada y rehabilitada. La tutela, con su tradicional connotación representativa, queda reservada exclusivamente para los menores de edad. Por lo que se disocia la regulación de la menor edad y la discapacidad.

Y reemplaza ese modelo de sustitución por otro de apoyo en la toma de decisiones. Las medidas de apoyo se regulan en el proyectado título XI del libro I del Código civil —«De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica»—. La curatela, que es objeto de una profunda modificación, se convierte en el principal mecanismo de apoyo. El sistema lo completan el defensor judicial y la guarda de hecho.

La curatela en el Anteproyecto es exclusiva para las personas con discapacidad: desaparecen las funciones que actualmente atribuye el Código civil al curador en relación con los menores emancipados —o que han obtenido el beneficio de la mayor edad— y con los pródigos, que quedan atribuidas respectivamente, al defensor judicial y al asistente del pródigo. La finalidad de la institución es —en términos de la exposición de motivos— «asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas»²⁵.

La figura del defensor judicial está prevista para cuando la necesidad de apoyo sea ocasional —aunque recurrente—, haya conflicto de intereses entre la figura de apoyo estable y la persona con discapacidad o sobrevenga imposibilidad coyuntural a la figura de apoyo habitual.

En cuanto a la guarda de hecho, experimenta un reforzamiento en el Anteproyecto al dejar de estar concebida como una situación provisional y pasar a ser una medida de apoyo en sí misma que se considera como deseable. Se prevé que el guardador pueda obtener una autorización judicial *ad hoc*, para determinados actos, de forma que no sea preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos.

El Anteproyecto sustituye el criterio del interés de la persona con discapacidad por el de respeto a su voluntad, deseos y preferencias en la actuación de las tres figuras de apoyo. Dispone, incluso, que cuando no sea posible determinarlos «se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración».

Por otro lado, el Anteproyecto avanza en el camino hacia la autorregulación que arrancó con la Ley 41/2003 y otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, es decir, a las que puede tomar la persona en previsión de una futura necesidad de apoyo, que han de prevalecer sobre las medidas que se establecen judicialmente. Adquieren así especial importancia los poderes y mandatos preventivos. Se introduce una nueva regulación de estos, dedicándoles un capítulo —el II— dentro del título XI, en la que se separa la autocuratela del otorgamiento de poderes preventivos y estos del mandato.

El nuevo paradigma de la discapacidad se proyecta, en distinto grado, sobre amplios sectores del ordenamiento jurídico-civil, por lo que son muchas las normas que a lo largo del Código civil precisan adaptación y que el Anteproyecto propone modificar: reglas de Derecho internacional privado; adquisición de la nacionalidad; efectos de la separación, nulidad y divorcio; determinación de la filiación; patria potestad; emancipación; régimen económico matrimonial, en especial, preceptos relativos a la sociedad de gananciales; posesión. Particularmente afectadas —como explica la exposición de motivos— van a resultar algunas reglas relativas al Derecho de sucesiones y al Derecho de contratos, dado que la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran transcendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva. Asimismo, la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, repercute en la idea de responsabilidad, en concreto, en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio, y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno.

La adaptación normativa también se extiende al ámbito procesal: se sustituyen los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad, optando por el cauce de la jurisdicción voluntaria cuando no haya oposición.

Por lo que se refiere al Registro de la Propiedad, la principal reforma consiste en la creación de un Libro único informatizado que dará publicidad a las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo.

También se prevé modificar la Ley del Registro Civil para que las resoluciones judiciales dictadas en los procedimientos de provisión de apoyos accedan al Registro civil. Por otro lado, se pretende que el Registro civil juegue un papel relevante en el sistema al hacer efectiva la preferencia de las medidas preventivas previstas por la persona respecto de sí misma o sus bienes.

El Anteproyecto, como se ha indicado, fue informado en primera vuelta el 21 de septiembre de 2018 por el Consejo de Ministros y se procedió a someterlo a los correspondientes trámites de consultas, dictámenes e informes. Trámites que han concluido con el Dictamen que el Consejo de Estado remitió el 22 de abril de 2019 a la ministra de Justicia, después de que el 4 de marzo se disolviera el Congreso y el Senado. Esta circunstancia ha impedido que el Consejo de Ministros lo apruebe como Proyecto de Ley y lo someta al Congreso. No obstante, no parece que el proceso iniciado con la propuesta de este texto vaya a detenerse y todo apunta a que se retomará en cuanto las circunstancias políticas lo permitan. De hecho, como ya se ha puesto de relieve, los cambios de Gobierno producidos en 2018 no influyeron en el proceso: el contenido del Anteproyecto presentado es sustancialmente el mismo que se había trabajado con el Gobierno anterior, fruto de la propuesta de la Comisión General de Codificación. En este sentido, el presidente de la Sección civil de esta Comisión ha afirmado que la acogida del texto por las entidades que representan a sus destinatarios es la mayor garantía de su perdurabilidad y que «el texto no tiene nada que ver con mayorías ni con minorías, ni con colores políticos, ni con preferencias ideológicas» (PAU PEDRÓN, A. 2019, 12)²⁶.

II. LOS DERECHOS TERRITORIALES ANTE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS: EN ESPECIAL, EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

1. INTRODUCCIÓN. LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO CIVIL CATALÁN

Se han presentado las acciones encaminadas a adaptar a la Convención el tratamiento de la discapacidad en el Código civil. Pero el Derecho civil

del Estado no es el único Derecho civil en España que regula esta materia: también lo hacen el Código civil catalán y el Código del Derecho Foral de Aragón.

En Navarra, el Fuero Nuevo —Ley Foral 1/1973, de 1 de marzo— ha venido regulando la capacidad con referencia únicamente a la edad. La reciente actualización de este cuerpo legal por medio de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, mantiene de esta manera la actual versión del Fuero, «sin perjuicio de una futura legislación especial que regule de manera completa la capacidad y contemple todas las figuras de apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente» —así lo señala el legislador en el preámbulo de la ley—. De manera que, en relación con las personas con discapacidad, se limita a regular los patrimonios protegidos —capítulo II del título I del libro I—, a regular el «poder en previsión de la modificación o pérdida de la capacidad o de la necesidad de medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica» —en la ley 49— y a introducir a lo largo del texto algunas normas muy concretas relativas a su protección.

En Galicia, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, incluía un título —el III— dedicado a la autotutela, para que la persona mayor de edad pudiera realizar sus propias disposiciones en previsión de una eventual incapacidad. Pero el título ha sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 133/2017, de 16 de noviembre.

En cuanto que, como indicaba, los ordenamientos catalán y aragonés regulan la discapacidad desde un punto de vista iusprivatista será preciso que se adapten también a los postulados de la Convención de N.U. Aunque este estudio se centrará en la adaptación del Derecho civil aragonés, haré una breve mención al estado de la cuestión en Cataluña:

El libro segundo del Codi civil, relativo a la persona y a la familia, es posterior a la Convención —Ley 25/2010, de 29 de julio— y el legislador catalán trató de adaptarse, en su elaboración, a la Convención. Para ello, introdujo una gran variedad de instrumentos de protección con el fin de cubrir todo el abanico de situaciones en que pueden encontrarse las personas con discapacidad. De forma que la regulación resultante mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación, pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de esta, ateniéndose a la constatación de que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promoverla. El legislador consideró en aquel momento que «esta diversidad de regímenes de protección sintoniza con el deber de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, y con los principios de proporcionalidad y de adaptación a las circunstancias de las medidas de protección, tal y como preconiza la Convención sobre los derechos de las personas con discapaci-

dad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado español» —así lo expresó en el preámbulo de la norma—. Por último, añadió que «las referencias del libro segundo a la incapacitación y a la persona incapacitada deben interpretarse de acuerdo con esta convención, en el sentido menos restrictivo posible de la autonomía personal».

Como se observa, la interpretación que hizo de la Convención el legislador catalán podría calificarse de moderada, lo que se traduce en una adaptación no maximalista. Encaja en la línea hermenéutica previa a la Observación General número 1 del Comité, que, precisamente, esta trató de disuadir (recuérdese que el Comité justificó la Observación por los problemas de comprensión y el malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados para adaptarse al art. 12). Como ya se ha expuesto, en la Observación se incide en que es preciso reemplazar los regímenes basados en la sustitución por otros fundados en el apoyo en la toma de decisiones, sin que sea suficiente para cumplir con el artículo 12 con —como hace el Código civil de Cataluña— crear sistemas de apoyo manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción sustitutiva de decisiones. La misma recomendación hizo el Comité a España en las Observaciones particulares (2011 y 2019), también posteriores a la ley catalana.

Aunque, como se ha expuesto, el valor de las Observaciones ha generado debate y existen dudas sobre la obligatoriedad de seguir las interpretaciones del Comité, estas no han pasado desapercibidas en Cataluña y, en la actualidad, existe cierto movimiento para adaptarse a ellas. La actividad se está produciendo en un doble sentido: uno más político-social y otro más técnico-jurídico.

En relación con el primero, la Consejería de Bienestar Social ha articulado una Mesa para el Plan Nacional de Discapacidad con el fin de adaptar la normativa y las prácticas de la Administración pública catalana a los principios de la Convención. Este objetivo en Aragón se ha cumplido ya con la Ley de 2019, como se expondrá más adelante.

Por lo que se refiere al movimiento más técnico jurídico, hay un borrador de anteproyecto de ley de actualización del CCCat, en relación con las normas de capacidad jurídica y de obrar, que sigue su curso en el seno de la Comisión de Codificación de Cataluña. El texto, que prevé modificar los capítulos I y II del libro segundo del CCCat, incorpora explícitamente el derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad, establece que todas las personas pueden ejercitar por sí mismas sus derechos civiles con las medidas establecidas por la ley en su beneficio, de acuerdo con su capacidad natural, y dispone que, a petición de la propia persona o de otra en su interés, se pueden adoptar medidas de asistencia o de apoyo con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos en situaciones personales en que sea conveniente, debiéndose respetar siempre la voluntad y las preferencias de la persona.

Junto a esta iniciativa, la propia Comisión de Codificación está impulsando también trabajos para reformar el conjunto de instituciones de protección: a través de un taller participativo se ha elaborado un documento de trabajo que contiene un borrador de las bases de la reforma del CCCat en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica. Se trata de veinte bases que diseñan todo un sistema de apoyo para que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos y tomen sus decisiones en condiciones de igualdad, y que, tras su debate público, se desarrollarán en forma de normas dando lugar a un anteproyecto de ley para reformar en este punto el CCCat^{27, 28}.

2. LA CAPACIDAD Y LA GUARDA Y PROTECCIÓN DE LA PERSONA EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

Por lo que respecta a Aragón, el Código del Derecho Foral, dedica el título I del libro I a «la capacidad y estado de las personas». Este título, tras regular la capacidad por razón de la edad en el Capítulo I, se ocupa en el Capítulo II de la «Incapacidad e incapacitación». El capítulo cuenta con dos secciones: la primera, sobre «La persona incapaz y la incapacitada», que sigue la actual regulación de la incapacitación del Código civil; la segunda, sobre «Prórroga y rehabilitación de la potestad de guarda». Como complemento de este título, el título III está dedicado a «las relaciones tutelares». En él se regula de forma conjunta la guarda y protección de la persona y bienes del menor y del incapacitado con las habituales instituciones: tutela, curatela, defensor judicial; y también guarda de hecho, guarda administrativa y acogimiento.

Los títulos proceden de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, refundida en el Código. Esta ley dejó atrás la regulación de la materia mediante normas que se presentaban como peculiaridades o excepciones y configuró un auténtico sistema:

Por lo que se refiere a las personas con problemas de autogobierno, en el preámbulo de la Ley se explica que «en las leyes civiles aragonesas hay numerosas referencias a las personas incapaces y a las incapacitadas, así como, en el Derecho histórico, una regulación de la tutela y la curatela que las incluía». Si bien existían esas referencias en las normas civiles vigentes en el momento en que elaboró la ley, no había una regulación de la «incapacidad e incapacitación» —en terminología de la norma—, por lo que se aplicaba supletoriamente el Código civil. Cuando la Comisión Aragonesa de Derecho civil se puso a trabajar en la ley por encargo del gobierno de Aragón, las opiniones de sus miembros fueron muy dispares en cuanto a

la conveniencia de incluir o no a la incapacitación. Concluyeron no excluir tajantemente de entrada ningún contenido posible y dejaron al ponente libertad para trabajar²⁹. Este se mostró muy favorable a incluirla porque «la regulación de la tutela y curatela de incapacitados, así como la de la protección administrativa de los incapacitados, e incluso la de la situación del menor incapacitado sujeto a autoridad familiar, exigen o hacen muy conveniente que previamente se haya delimitado quiénes son esos incapacitados y en qué se diferencian de los meros incapaces, su respectiva capacidad y el régimen de los actos por ellos realizados» (SERRANO GARCÍA, J.A., 2004-1, 9).

En cuanto a las relaciones tutelares, el Derecho histórico aragonés contenía un sistema propio de instituciones tutelares³⁰, completado con los principios del Derecho común europeo —como explica el preámbulo de la Ley—. Este sistema tutelar fue erosionado por la Ley de enjuiciamiento civil y el Código civil, situación en la que llegó al apéndice. Con la promulgación de estas normas del Estado se puso en duda la vigencia de las normas forales aragonesas y, no sin vacilaciones, la jurisprudencia resolvió que en los territorios forales regían los títulos del Código civil relativos a la tutela, que conviene señalar que introducían importantes cambios respecto del anterior régimen. Así las cosas, y aunque la cuestión era discutible, en el apéndice solo se incluyeron dos reglas sobre tutela, puesto que sus autores creyeron que el Derecho foral había sido sustituido por el Código civil. Posteriormente, la Compilación del Derecho civil de Aragón se limitó a incluir en cinco artículos —arts. 15 a 19— algunas especialidades respecto del régimen de la tutela del Código civil. Cuando en 1983 se reformó el sistema de tutela en el Código civil, aplicable supletoriamente en Aragón, se originaron problemas de armonización de ambos sistemas. De modo que la Compilación contenía una regulación fragmentaria que ofrecía dudas de interpretación y, sobre todo, de integración con las normas supletorias del Código civil, que respondían a principios parcialmente distintos y, por ello, inadecuados. La Ley de 2006 acabó tanto con la anterior regulación fragmentaria, diseñando un completo sistema de relaciones tutelares, como con los problemas de armonización³¹.

El régimen que ha llegado al Código del Derecho Foral de Aragón a través de esta ley es ya conocido:

Se priva o limita la capacidad de la persona por medio de sentencia judicial y en virtud de las causas establecidas por la ley, que, igual que en el régimen del Código civil, son las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. La única diferencia con la ley estatal es que la prodigalidad no tiene otro efecto que el de ser causa de incapacitación cuando concurren en la

persona las causas descritas. La sentencia ha de determinar la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de protección al que haya de quedar sometido el incapacitado: tutela, curatela o autoridad familiar prorrogada o rehabilitada. Esta última se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la sentencia de incapacitación y, subsidiariamente, conforme a las reglas de la autoridad familiar o la tutela.

La existencia de personas que podrían ser incapacitadas pero no lo están se contempla por el Código —como destaca PARRA LUCÁN (2012, 149)— como una situación con vocación de interinidad (recuérdese que el guardador de hecho está obligado a poner en conocimiento del juez o Ministerio Fiscal esta situación), pero la norma atiende a la situación de estas personas y a la eficacia de sus actos, dado que, a pesar de lo anterior, se trata de una realidad bastante habitual.

Por último, hay que destacar que el Código da entrada a la autonomía de la voluntad por medio de la delación voluntaria y la posibilidad de otorgar un mandato que no se extinga por la incapacidad o incapacitación de quien lo otorga³².

3. LA RECIENTE LEY ARAGONESA 5/2019, DE 21 DE MARZO, DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Recientemente se ha aprobado en Aragón una ley en materia de discapacidad: la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad. Ley que, según se explica en el preámbulo, «obedece a la necesaria adecuación de la normativa autonómica a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». Pero, igual que ha sucedido en el ámbito estatal (con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el posterior Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, encargado por esta al Gobierno, y aprobado por el Real Decreto 1/2013, de 29 de noviembre) esta ley aragonesa de adaptación normativa a la Convención no ha abordado la adecuación de las normas jurídico-privadas: no se aproxima al tratamiento de la capacidad ni de las actuales instituciones de protección, por lo que su regulación en el Código del Derecho Foral de Aragón permanece intacta.

En tanto que la Convención ha modificado el paradigma en las políticas sobre discapacidad, pasando de un planteamiento meramente asistencial al de garantía de derechos, la nueva ley se centra en reconocer a las personas con discapacidad derechos específicos respecto de los que son sujetos activos y en reorientar las actuaciones públicas desde un modelo biosanitario

y rehabilitador, concentrado en la enfermedad o en las deficiencias, a un modelo social, basado en las capacidades y en la interacción con el entorno. Se trata, por tanto, de una norma destinada a diseñar las actuaciones a seguir por las Administraciones públicas de Aragón.

En relación con ello, la comunidad autónoma, en ejercicio de la competencia sobre acción social (art. 71.34.^a del Estatuto de Autonomía —en adelante, EA—), había aprobado hacía ya diez años la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón, que regula los servicios sociales para las personas con discapacidad en Aragón y establece el marco básico de actuación de las políticas públicas aragonesas dirigidas a la población con discapacidad. Sin embargo, se ha considerado necesaria —explica el preámbulo de la nueva ley— una norma que regulara las acciones públicas dirigidas a las personas con discapacidad desde una perspectiva transversal, recogiendo medidas en el ámbito sanitario (arts. 71.55.^a y 71.56.^a EA), laboral (art. 77.2.^a EA), educativo (art. 73 EA), de servicios sociales (art. 71.4.^a EA), de cultura (art. 71.43.^a EA), deporte (art. 71.52.^a EA), así como en lo referente a la accesibilidad urbanística, arquitectónica (art. 71.9.^a EA), del transporte (art. 71.15.^a EA) y la comunicación (art. 74 EA).

La Ley está estructurada en doce títulos, aparte del título preliminar —sobre disposiciones generales—. El título I está dedicado a la igualdad de oportunidades y no discriminación; el II a la salud; el III a la educación; el IV a la formación y el empleo; el V a los servicios sociales; el VI a la cultura, el turismo, el deporte y otras actividades de ocio; el VII a la autonomía personal y accesibilidad universal; el VIII a las tecnologías e investigación; el IX a la protección jurídica; el X a los medios comunicación social y la publicidad; el XI a la gobernanza en la materia; el XII regula el régimen sancionador.

Antes de continuar, conviene aclarar que el legislador aragonés ha asumido el concepto amplio de discapacidad de la Convención³³, por lo que todo el contenido de la Ley, descrito en grandes trazos mediante la presentación de sus títulos, es aplicable a toda discapacidad, sin distinción alguna. El legislador utiliza la técnica de la remisión para definir a quién se considera como «persona con discapacidad» a los efectos de la ley. El artículo 2.2 remite, en concreto, a los apartados 1 y 2 del artículo 4 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, de 2013. El primer apartado del mencionado artículo 4 reproduce el concepto de persona con discapacidad del artículo 1 de la Convención: «Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». Y el segundo párrafo añade que, además, y a todos los efectos, «tendrán la

consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento», entre quienes se encuentran «los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez» y «los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad». De manera que la Ley se aplicará a todas las personas con discapacidad, en el sentido descrito, que se encuentren en territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón —art. 2—, con independencia de su vecindad civil.

Hecha esta aclaración, interesa, ahora ya sí, detenernos en el título IX por su aparente conexión con el artículo 12 de la Convención. Se trata de un título un tanto desconcertante, que puede plantear dudas sobre su rúbrica y contenido y sobre la misma intención perseguida por el legislador.

El título IX lleva por rúbrica: «Protección jurídica de las personas con discapacidad». Nótese que en sentido técnico y literal «protección jurídica» es protección por el Derecho, es decir, toda norma dada con el fin de proteger, en este caso, a la persona con discapacidad. Sin embargo, no parece que ese haya sido el sentido o amplitud que ha querido dar el legislador a la expresión. Más bien parece que evoca al artículo 12 de la Convención, que lleva por título «Igual reconocimiento como persona ante la ley» y que regula —como se sabe— la igual capacidad legal, como si la rúbrica quisiera indicar que el contenido del título IX pretende proteger la igualdad de la persona con discapacidad en lo relativo al Derecho o las leyes, o dicho de otro modo: en «lo jurídico».

Ello lleva a dudar de la intención del legislador al insertar este título en la ley. Podría parecer, en un primer acercamiento, a la vista de esta rúbrica, pero también de la terminología empleada y de la transcripción, incluso, de parte del artículo 12 de la Convención, que busca cumplir con la adaptación del ordenamiento a este precepto de la Convención. Utiliza, efectivamente, una terminología propia del artículo 12 y de la Observación del Comité: habla de autonomía en la toma de decisiones, preferencias, apoyo en el proceso de toma de decisiones y en el ejercicio de la capacidad, etc. Y reproduce en el párrafo 4.º del artículo 61 el contenido de parte del artículo 12: «Se asegura que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas. Esas salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de manera que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida».

Sin embargo, si se encuadra el título en el conjunto general de la ley y se presta atención a su contenido, se comprende que no ha podido ser esa

la intención del legislador. La adaptación del ordenamiento al mencionado precepto de la Convención pasa por modificar las normas de Derecho privado, lo cual queda fuera de la órbita de una ley que tiene como objeto dibujar y ordenar la actuación de las Administraciones públicas en Aragón. De hecho, el legislador en ningún momento justifica el título competencial de su acción normativa con base en el artículo 149.1.8 de la Constitución. La finalidad del título es únicamente adecuar las políticas o acciones públicas a la Convención en el sentido de garantizar que facilitarán el acceso de la persona con discapacidad que se encuentre en Aragón al ejercicio de sus derechos, sea cual sea el modo en el que el Derecho privado, es decir, el Código del Derecho Foral de Aragón, o —en su caso— el Código civil, regule tal ejercicio de derechos, que en ambos casos es en la actualidad mediante un sistema basado en la privación y sustitución.

Centrándonos ya en el desarrollo del contenido, el legislador comienza el Título IX —igual que en los demás títulos— reconociendo los derechos de las personas con discapacidad que se tratarán de garantizar con las actuaciones públicas previstas en el mismo: se refiere, en primer lugar, al «derecho a la autonomía», pero esta vez no en relación con su movilidad (garantizada con la accesibilidad universal) —materia regulada en el título VII—, sino en relación con «la toma de decisiones». El artículo 59 establece que «las personas con discapacidad tienen derecho a la autonomía y a tomar sus propias decisiones acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias». Este derecho se predica respecto de todas las personas con discapacidad, como se deduce del artículo 2.2. Y parece que se refiere a la autonomía en las decisiones sobre, en concreto, «cómo vivir»: es decir, las que afectan a cuestiones más importantes, como dónde y con quién vivir, y las relativas a su vida más cotidiana, como el ocio, el vestido, la alimentación, etc.

Inmediatamente después, el artículo 60, bajo la rúbrica «interés personal», establece un segundo derecho: «toda persona con discapacidad tiene derecho a que su interés personal sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como en el privado». No parece acertado el término elegido por el legislador: «interés», ya que adolece de una ambigüedad poco recomendable en el nuevo paradigma diseñado por la Convención. Nótese que esta palabra tiene varias acepciones, de las cuales dos podrían encajar en la redacción del precepto: la que figura como primera acepción para la RAE, que sería «provecho, utilidad, ganancia»; y la que aparece como cuarta acepción, que sería «inclinación del ánimo» hacia algo. La primera acepción, que, por otro lado, es la habitual en la regulación de la discapacidad, no es coherente con los postulados de la Convención. Recuérdese que el Comité de Naciones Unidas recomienda reemplazar el criterio del «interés superior» o «mejor in-

terés» de la persona con discapacidad por el de «la voluntad o preferencias» de esta³⁴. Se adapta mejor a este nuevo modelo la otra acepción, según la cual habría que entender que cuando el artículo 60 habla de que «el interés personal sea [...] considerado como primordial» se está refiriendo al interés como inclinación del ánimo o preferencia. Si ese es el espíritu del precepto el legislador debería haber sido más cuidadoso. Sería, por tanto, deseable en el futuro una mejora de su redacción.

Por lo que se refiere al derecho a la autonomía en la toma de decisiones, tras reconocerse este derecho en el artículo 59, se procede a regular en el artículo 61 el «apoyo en el proceso de [esa] toma de decisiones», como reza su rúbrica. El primer párrafo del artículo 61 establece, en concreto, que «la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón garantizará las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que pueden necesitar en el ejercicio de sus capacidades a través de entidades, públicas o privadas sin ánimo de lucro, que desempeñen acciones de apoyo en esta materia de acuerdo con lo previsto en el Código civil, así como en el Código del Derecho Foral de Aragón [...], para las personas con vecindad civil aragonesa».

El precepto ordena a las Administraciones públicas de Aragón que garanticen el acceso a los apoyos. Obsérvese que se refiere al apoyo que las personas con discapacidad puedan necesitar «en el ejercicio de sus capacidades». Podría interpretarse que el término «capacidades», sin más, es empleado en el sentido corriente del lenguaje y que el precepto alude al apoyo para ejercer los talentos o cualidades de las personas, de forma que se potencie la autonomía sobre cómo vivir del artículo 59. Pero parece que el sentido del término «capacidades» es más amplio y que incluye, además de esa acepción, la acepción más técnica de «capacidad jurídica» —siguiendo la terminología de la Convención—. Así se deduce del hecho de que, como enseguida vamos a ver, el apoyo lo presten fundaciones tutelares y, sobre todo, del propio párrafo 4.º del precepto que se refiere de forma específica al «ejercicio de la capacidad jurídica».

El problema es que se está hablando de prestar apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica y que, sin embargo, el Código del Derecho Foral de Aragón regula un sistema de incapacitación y sustitución, que no encaja con la idea que, según el Comité de Naciones Unidas, subyace en el sistema de apoyos de no limitar sino apoyar: según este, no se puede limitar la capacidad, que debe permanecer intacta, y lo que hay que hacer simplemente es apoyar a la persona para que la ejerza. Podría salvarse la regulación del artículo 61 considerando que el legislador aragonés se aparta de la interpretación del Comité y que entiende que el apoyo para el ejercicio de la capacidad consiste en la representación o asistencia de la persona³⁵. No obstante, ello implicaría que el legislador ha llevado ya a cabo una opción

de política legislativa sobre la adaptación del ordenamiento jurídico civil a la Convención, lo que, ya se ha indicado, parece ajeno a su intención con la promulgación de esta ley, dirigida a otros fines. Ello exigiría un largo trabajo de reflexión y debate que no parece que esté detrás de una ley no civil. Más bien puede decirse que lo que hace la ley es usar la terminología de la convención a la hora de referirse a una acción pública, es decir, a la hora de expresar el mandato dirigido a la Administración de garantizar el acceso a la persona con discapacidad al ejercicio de sus derechos, sea cuál sea el modo en el que el Derecho privado aplicable a esa persona —según el artículo 9 del Código civil, por remisión del artículo 16 del Código civil³⁶— regule tal ejercicio, que en la actualidad, tanto en el Código Foral como en el Código civil, es mediante un sistema tutelar.

Como anticipaba, el apoyo cuyo acceso debe garantizar la Administración es el prestado por «entidades públicas, públicas o privadas sin ánimo de lucro, que desempeñen acciones de apoyo en esta materia de acuerdo con lo previsto en el Código civil, así como en el Código del Derecho Foral de Aragón [...], para las personas con vecindad civil aragonesa». Tales entidades son las personas jurídicas, públicas o privadas, a las que el actual Código civil (arts. 242, 239bis y 291) y el Código del Derecho Foral (art. 116.1g) atribuyen funciones tutelares (de tutela o curatela); es decir, bien el órgano de la comunidad autónoma que tenga encomendada la protección y apoyo de las personas con capacidad judicialmente modificada, que en Aragón es la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, bien las llamadas fundaciones tutelares. En este sentido, el propio precepto —*in fine*— señala que «la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón podrá establecer mecanismos de colaboración en entidades tutelares en el ejercicio de las funciones tutelares encomendadas judicialmente».

Metido en materia, el legislador no se limita a ordenar la actuación de la comunidad autónoma para garantizar el acceso al apoyo mediante estas entidades tutelares, sino que, de pasada, procede a regular algunas cuestiones relacionadas con ellas:

Así, por un lado, probablemente animado por la intención de favorecer el acceso, y cumplir con la recomendación del Comité de Naciones Unidas de «velar por que las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un costo simbólico o gratuitamente y por que la falta de recursos financieros no sea un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica»³⁷, establece en el párrafo tercero que «se garantiza la gratuidad del acceso a la protección jurídica y social que prestan las entidades tutelares».

Lo que ocurre es que no se sabe muy bien qué quiere decir con ello ya que el acceso gratuito, es decir, sin coste alguno, solo puede predicarse en nuestro sistema respecto de las actuaciones de las entidades públicas.

El Código del Derecho Foral, después de regular la posible remuneración del tutor, establece que «el ejercicio de la función tutelar por las personas jurídicas públicas será siempre gratuito». Y es que, efectivamente, tanto el Código civil como el Código del Derecho Foral establecen el derecho del tutor a una retribución o remuneración y regulan los límites y la forma de determinarlo (art. 274 CC³⁸ y, arts. 101.1 y 105 CDFA). Quizás por ello, se añade en este tercer párrafo del artículo 61 que «la aportación de las personas usuarias para retribuir los servicios de apoyo de las entidades tutelares se determinará judicialmente en los términos previstos por el Código civil y el Código del Derecho Foral de Aragón»³⁹. Por lo que la inicial afirmación relativa a la gratuidad, puede tener varias lecturas para no resultar contradictoria con esto: quizás se garantiza la gratuidad para las personas con discapacidad porque la comunidad autónoma debe hacer frente a la retribución de los servicios de las entidades tutelares cuando estas sean privadas, para lo que puede ser utilidad el establecimiento de los convenios de colaboración a que se refiere el primer párrafo; o, quizás, en realidad, el precepto al aludir a gratuidad no se refiere a «sin coste», sino a «sin lucro», dado que las entidades tutelares privadas, que son las únicas que pueden percibir retribución, deben ser sin ánimo de lucro. En cualquier caso, sería también deseable mayor precisión en la redacción del precepto en este punto, que, por otra parte, no modifica ni añade nada nuevo a la regulación civil de la cuestión.

Aprovecha para establecer también en el último párrafo —el quinto— que «las fundaciones tutelares no podrán tener vinculación alguna ni dependencia económica de las entidades que presten servicios a los tutelados, salvo que el juez lo autorice considerando las especiales circunstancias de cada caso. Igualmente los patronos de las fundaciones tutelares no podrán establecer ninguna relación laboral con ningunos de los tutelados»⁴⁰.

Por otro lado, en los párrafos segundo y cuarto desciende a aspectos relacionados con las funciones de las entidades. Establece que «estas entidades tutelares garantizarán el acercamiento a la persona y su entorno, procurando su inclusión social, así como la máxima recuperación posible de sus capacidades» —párrafo segundo—. Lo cual no supone una novedad, dado que el Código del Derecho Foral de Aragón establece en su artículo 138 que «el tutor del incapacitado no está obligado a tenerle en su compañía, pero debe procurarle la atención especializada que requiera, así como promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad». En el mismo sentido, el Código civil dispone en el artículo 269.3 que el tutor está obligado «a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad» y en el artículo 234 que «se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor».

Más delicada es la regulación contenida en el párrafo cuarto que —como he anticipado— reproduce prácticamente de forma literal parte del artículo 12.4 de la Convención, sin siquiera adaptar los tiempos verbales para que el enunciado sea correcto gramaticalmente. Establece: «Se asegura que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas. Esas salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de manera que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida»⁴¹.

Nótese que el artículo 12.4 de la Convención establece: «Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas...»; y el artículo 61.4 de la Ley aragonesa dispone: «Se asegura que en todas las medidas...», reproduciendo —como decía— lo dispuesto en este precepto. Lo que ocurre es que ese «[S]e asegura», ¿es una afirmación o lleva implícito un deber de asegurar (quiere decir: «se asegurará»)? Más bien parece lo segundo. Y, en tal caso, ¿de quién será el deber?: ¿de la Administración de la comunidad autónoma, que es a quien está dirigida la ley? Quizás el legislador aragonés se ha precipitado. El contenido del artículo 12 de la Convención, como ha observado el Consejo de Estado, —y en especial este párrafo 4.º— no es susceptible de aplicación directa (*self-executing*) sin intermediación de un desarrollo legal interno (Dictamen C.E., 2019, 26). Una ley deberá precisar las medidas y salvaguardas a las que se refiere el precepto introduciendo, en su caso, las oportunas modificaciones en el Código del Derecho Foral, que, naturalmente, condicionarán la actuación de la Administración de la comunidad autónoma. A la vista de cuanto antecede, puede decirse que se trata de un inciso poco afortunado.

Avanzando en el articulado del título IX, el siguiente precepto —el 62— está dedicado a los «Derechos y garantías de las personas con discapacidad usuarias de centros residenciales y centros de día». Aunque a priori pueda parecer llamativo la inclusión de la regulación de los derechos de usuarios de residencias y centros de día, el contenido del precepto se alinea con los derechos que se reconocen en el título: derecho a la autonomía y a tomar las propias decisiones sobre cómo vivir y a que sus preferencias sean consideradas —entendiendo el «interés personal» del artículo 60 en este sentido—. Establece que las personas con discapacidad usuarias de residencias y centros de día tienen «derecho a participar y a ser oídos por sí a través de sus representantes legales en aquellas decisiones o medidas relacionadas con la atención y convivencia» y que la gestión del centro estará orientada a lograr «el mayor grado de libertad y autonomía personal de los residentes». Por otro lado, establece, en la línea de lo que dispone el artículo 36 CDFA, que toda decisión que suponga aislamiento o restricción de libertad deberá ser aprobada por el juez.

De más difícil encaje es la inclusión en este título de la regulación de las acciones de la Administración de la comunidad autónoma relacionadas con la condición de consumidores de las personas con discapacidad, que resulta desconcertante y que, como se ha señalado, hace dudar del objeto del propio título. Esta regulación está comprendida en los dos últimos preceptos, el 63 y el 64, y se refiere a la necesidad de adoptar: medidas que eliminen barreras y favorezcan la accesibilidad universal a la adquisición de productos, bienes y servicios y a la información, medidas formativas y educativas en materia de consumo para las personas con discapacidad, medidas relativas a la seguridad de los productos ofertados a estas personas, etc.

4. LA PENDIENTE ADAPTACIÓN DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS A LA CONVENCIÓN

A) El legislador aragonés ante la Convención

Visto que la Ley 5/2019 es una norma de corte público, que regula las actuaciones de las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, parece que queda pendiente la tarea de adaptación del ordenamiento jurídico privado, esto es, del Código del Derecho Foral de Aragón, al artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas.

El legislador aragonés puede, teóricamente y en principio, decidir libremente cómo quiere llevar a cabo esa adaptación con base en la competencia legislativa que tiene en la materia a partir del artículo 149.1.8 de la Constitución española. Debe valorar el grado de sintonía de las reglas sobre capacidad y relaciones tutelares del Código del Derecho Foral con la Convención y determinar el sentido y alcance de la reforma necesaria para lograr la adecuación: bien, realizar algunas modificaciones concretas donde sea preciso, bien abordar una modificación de mayor envergadura con un replanteamiento integral del sistema. Para ello, previamente, ha de definir su postura ante el valor de las Observaciones del Comité de Naciones Unidas y, en consecuencia, ante la misma la interpretación que este hace del artículo 12.

Ahora bien, aunque, desde un punto de vista competencial, la reforma prevista por el legislador estatal que se concreta en el Anteproyecto de reforma del Código civil y la LEC, no le afecta en absoluto —es obvio—, sin embargo, el hecho de que la reforma se proyecte no solo sobre el núcleo de la materia (capacidad e instituciones de protección) sino que se irradie por todo el ordenamiento jurídico privado, más allá incluso del Código civil, afectando a normas que resultan aplicables en Aragón, condiciona al legis-

lador aragonés: si la modificación del Código del Derecho Foral de Aragón no sigue las premisas de la reforma estatal se pueden generar problemas de armonización; es más, la misma inactividad del legislador aragonés podría dar lugar a los citados problemas.

B) Los problemas de armonización con la legislación estatal como posible interferencia en la libertad del legislador aragonés

Se expone a continuación una muestra de los mencionados problemas de armonización:

a) Problemas derivados de los derechos civiles aplicables a capacidad y a instituciones de apoyo

El primer problema de armonización se produce con ocasión de las normas aplicables a capacidad y a instituciones de apoyo:

Hasta 2015 el artículo 9 del Código civil, aplicable por remisión del artículo 16 del Código civil para resolver los conflictos derivados de la coexistencia de distintas legislaciones civiles en territorio español, establecía que las leyes que regían «la capacidad» —párrafo 1.º— y «la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz» —párrafo 6.º— eran las personales, es decir, las determinadas por la vecindad civil —art. 9 CC en relación con el art. 16 CC—. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modifica el artículo 9 del Código civil y establece distinto criterio para determinar las leyes que rigen la capacidad y las instituciones de protección del mayor de edad. Así, la ley que rige la capacidad es la determinada por la vecindad civil y la aplicable a «la protección de las personas mayores de edad» es la de su residencia habitual. Con el Anteproyecto se prevé sustituir esta expresión «protección de las personas mayores de edad» por «medidas de apoyo para personas con discapacidad», pero no se modifican los criterios de determinación de las leyes aplicables.

En la actualidad el distinto criterio no ofrece demasiado problema porque el sistema del Código civil y el del Código aragonés es el mismo: por un lado, limitación o privación de la capacidad de obrar, regulada por normas prácticamente iguales en ambos ordenamientos; y, por otro lado, aplicación de unas medidas de protección que son consecuencia de la incapacitación y que, en líneas generales, son muy parecidas.

Pero con la nueva regulación prevista en el Anteproyecto esta diferenciación de criterio puede dar lugar a importantes disfunciones porque los

sistemas de uno y otro ordenamiento, si Aragón no siguiera al legislador estatal, se alejarían. Las combinaciones posibles son varias: a) Persona con discapacidad con vecindad civil aragonesa y residencia habitual en Aragón, que, obviamente, no plantearía problema. b) Persona con discapacidad con vecindad civil aragonesa y residencia habitual fuera de Aragón, en territorio donde resulta aplicable el Código civil: en este caso, aplicando el Código del Derecho Foral de Aragón, la persona podría ser privada de capacidad de obrar —incapacitada—, pero se le aplicarían medidas previstas en el Código civil en el marco de un sistema en el que la persona no está privada de su capacidad de obrar, que no admiten, por tanto, una sentencia previa de incapacitación y que, dando por supuesto que la persona tiene capacidad de obrar igual que los demás, solo le proporcionan —como regla general— apoyo para ejercerla. c) Persona con discapacidad de vecindad civil común que reside en Aragón: conforme a la nueva regulación de la capacidad en el Código civil, no podría ser privada de su capacidad de obrar, pero se le aplicarían las normas aragonesas relativas a las medidas de protección, que requieren previa sentencia de incapacitación y que están pensadas para los casos en que la persona no tiene capacidad de obrar o la tiene limitada.

b) Armonización en materia de obligaciones y contratos

El nuevo modelo de capacidad que pretende implantar el Anteproyecto en el Código civil implica una modificación en las normas en materia contractual⁴²: recuérdese que con el objeto de reconocer a la persona con discapacidad una capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás, entendiendo por tal tanto la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones como la de ejercerlos, el Anteproyecto elimina la incapacitación o modificación de la capacidad de obrar, que ahora, según advierte la exposición de motivos— «no puede modificarse»; y establece un sistema basado en la prestación de apoyos para el ejercicio de la capacidad, cuya regulación puede provenir del propio interesado o pueden ser establecidos judicialmente, y que pueden ir «desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad» —exposición de motivos—. Desaparece, por tanto, la tutela para la persona con discapacidad, que será exclusiva de los menores, y la principal medida de origen judicial es la curatela, aunque esta excepcionalmente podrá tener funciones representativas.

Conforme a ello, como regla general, el consentimiento para celebrar el contrato lo prestará la persona con discapacidad, que puede o no necesitar un apoyo de mayor o menor intensidad. Por ello, está proyectado modificar

el artículo 1263 del Código civil, que en la actualidad establece que «no pueden prestar consentimiento [...] los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial». La redacción que da el Anteproyecto a este precepto elimina la prohibición de contratar y establece que «las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas».

Cuando la persona contrate sin ese apoyo el contrato será anulable. No procede entrar en este trabajo en el análisis de esta regulación ni en valoraciones sobre la misma, dado que nos desviaríamos del objeto del mismo⁴³. Sí interesa destacar que el Anteproyecto modifica algunos preceptos relacionados con la anulación para adaptarlos al nuevo sistema.

Así, puesto que desaparece la incapacitación y se separa totalmente el régimen de capacidad del menor de edad y de la persona con discapacidad, hasta ahora parejos, se elimina cualquier referencia a dicha incapacitación, sustituyéndola por la mención sin más a la persona con discapacidad o, simplemente, a la discapacidad, y se introduce distinta regulación de la legitimación para ejercer la acción y del *dies a quo* del cómputo del plazo según si el contrato ha sido celebrado por un menor o una persona con discapacidad.

De forma que el artículo 1302 del Código civil, que regula la legitimación, está previsto que establezca que los contratos celebrados por menores «podrán ser anulados por sus representantes legales o por ellos cuando alcancen la mayoría de edad». Y «los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo, por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan, o por sus herederos, durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción»⁴⁴. En caso de que «no estuvieran establecidas medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y a sus herederos, al Ministerio Fiscal».

Y el artículo 1301 del Código civil, que establece que el plazo para ejercer la acción comienza «cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela», pasará previsiblemente a establecer que cuando se trate de contratos celebrados por menores empezará «desde que lleguen a la mayoría de edad» y cuando se trate de contratos celebrados por personas con discapacidad «desde que dejen de precisar apoyo para celebrar el contrato».

Por otra parte, se prevé que desaparezca la mención a la «incapacitación» —que deriva del sistema de incapacitación— en el artículo 1304 del Código

civil, relativo a la restitución de las cosas objeto del contrato, que pasará a establecer que «cuando la nulidad proceda de la minoría de edad o de la discapacidad de uno de los contratantes, este contratante no está obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida». Y en el mismo sentido, se prevé modificar el artículo 1314 del Código civil, referente a la invalidez en caso de pérdida de la cosa, que pasará a disponer que «si la causa de la acción fuera la minoría de edad o la discapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber cesado la causa de la impugnación».

Veamos en qué medida afectaría todo lo anterior a Aragón con el actual Código Foral:

Por lo que se refiere a la capacidad contractual, viene determinada por la regulación general del régimen de capacidad de la persona con discapacidad —capítulo segundo del título I del libro I—: la persona en la que concurran las causas previstas en la ley puede ser «incapacitada» —art. 38—. En tal caso, su capacidad para celebrar contratos o determinado tipo de contratos dependerá de lo previsto en la sentencia de incapacitación. Si nada establece, se aplican al mayor sujeto a tutela o autoridad familiar las reglas sobre capacidad del menor que no ha cumplido los catorce años (no puede celebrar por sí contratos, salvo los relativos a la vida corriente) y al sujeto a curatela las del menor que los ha cumplido ya (puede celebrar contratos por sí, pero con asistencia) —art. 39—. Quedan, por tanto, al margen de las previsiones al respecto del Código civil —art. 1263—.

Si bien el citado capítulo incluye un artículo que regula la invalidez de los actos celebrados por persona que, careciendo de la suficiente aptitud para entenderlo y quererlo, no esté incapacitada —art. 37—, no introduce ningún precepto específico para regular las consecuencias de los actos celebrados por personas incapacitadas. Ahora bien, parece que habrá que considerar aplicable lo dispuesto en los artículos 22 y 29 para los actos celebrados por menores: regulan la legitimación y el plazo —y *dies a quo*— para instar la invalidez de los actos celebrados por menores de catorce sin capacidad para ello y de los celebrados por el mayor de catorce sin asistencia. Ello en virtud de la remisión del artículo 39 a las reglas sobre capacidad del menor. Es verdad que tal remisión se hace con ocasión de la determinación de la capacidad cuando la sentencia no la precisa, pero el precepto alude a la aplicación de las «reglas sobre capacidad del menor» y a ello conduce el sentido del conjunto de la regulación. El propio redactor de la Ley de 2006, refundida en el Código, así lo expresó en la memoria presentada ante la Comisión Aragonesa de Derecho Civil⁴⁵. A la vista de ello, en nada afectan las novedades que prevé introducir el Anteproyecto en los artículos 1301

y 1302 del Código civil, en relación con la legitimación y *dies a quo* apuntadas, por resultar tales preceptos desplazados por las normas aragonesas.

Más dudosa resulta la aplicación de los artículos 1304 y 1314 del Código civil. Podría pensarse que estamos ante una falsa laguna: puesto que el legislador aragonés ha legislado acerca de la invalidez de los actos celebrados por menores y personas con discapacidad y no ha previsto nada, es una opción de política legislativa que estos restituyan todo y que si la cosa se ha perdido la acción no puede prevalecer. Aunque también podría argumentarse en otro sentido y considerar que al tratarse de excepciones a dos reglas generales pertenecientes al régimen de la «nulidad» del contrato (restitución y extinción de la acción por pérdida dolosa o culposa), aplicable en Aragón, resultan también aplicables. Si así fuera, la referencia genérica de estos preceptos a la «discapacidad» como causa de la nulidad serviría al intérprete para considerar incluidos los supuestos de invalidez previstos en Aragón para actos del incapacitado o del incapaz natural, porque la causa de la invalidez proviene como tal de la discapacidad, pero no coincidiría la condición jurídica de la persona con discapacidad presente en el espíritu de la norma (no incapacitada) con la condición de la persona a quien se aplica la norma (en su caso, incapacitada).

Otras normas del Código civil que, dentro de la materia relativa a validez y eficacia del contrato, tiene previsto reformar el Anteproyecto son las relativas a la rescisión del contrato, que son de aplicación en Aragón.

El artículo 1291, que establece en el primer inciso que serán rescindibles «[l]os contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos», pasará a decir que son rescindibles los «que hubieran podido celebrar sin autorización judicial los tutores, los apoderados y mandatarios preventivos o los curadores con facultades de representación siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión...». De este modo se adecuará la norma al nuevo sistema: se alude por un lado a la representación del menor a través del tutor, figura que —recuérdese— será exclusiva de este, y por otro lado a la que excepcionalmente pueda darse respecto de la persona con discapacidad por medio de medidas de autorregulación (poderes o mandatos preventivos) o heterorregulación (curatela con funciones de representación). Nótese que, aunque en Aragón existen tutela, poderes preventivos y curatela con facultades de representación, y ello serviría para defender la aplicación del precepto, se produciría, sin embargo, una disfunción entre las categorías previstas en el mismo y las existentes en Aragón, a las que se aplicaría.

Y lo mismo sucedería con el artículo 1299.4 del Código civil, que, en relación con el *dies a quo* del cómputo de los cuatro años para ejercer la

acción, establece que «para las personas sujetas a tutela [...] los cuatro años no empezarán hasta que haya cesado la incapacidad», y pasará a decir que «para los menores sujetos a tutela, para las personas con discapacidad previstas de medidas de apoyo que establezcan facultades de representación [...] los cuatro años no empezarán a computarse hasta que se extinga la tutela, la medida representativa de apoyo [...]». Obsérvese que aquí expresamente se alude a la tutela del menor, con lo cual la tutela de los incapacitados aragoneses habría que incluirla bien por extensión dentro de esa referencia a la tutela, o bien dentro de las medidas de apoyo que establezcan facultades de representación, aunque ello no respondería, nuevamente, al sistema y espíritu que sustenta la norma.

Semejantes observaciones cabe realizar respecto de la versión propuesta de algún otro precepto ubicado, en este caso, en sede de contratos en particular. Se prevé modificar el artículo 1459 del Código civil; precepto que, aunque referido a la compraventa, se considera que, en realidad, rebasa este contrato, y prohíbe la autocontratación en general⁴⁶. Está previsto que la prohibición del primer inciso de que «los que desempeñen algún cargo tutelar» adquieran por compra «los bienes de la persona o personas que estén bajo su guarda o protección», vaya dirigida a «los que desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo» respecto de «los bienes de la persona o personas a quienes representen». Predicable la prohibición del tutor solo respecto de los menores, la prohibición de quienes desempeñen funciones de apoyo afectará solo a los curadores que excepcionalmente tengan atribuidas funciones representativas (cuando el apoyo tenga su origen en la autorregulación, se aplicará la regla del segundo inciso del precepto⁴⁷). Nuevamente, el intérprete debería forzar, en su caso, el espíritu de la norma para encajar en su letra las categorías aragonesas.

También se produce este desdoble de medidas en relación con el menor y la persona con discapacidad, con las mismas consecuencias, en el artículo 1811 del Código civil que propone el Anteproyecto en relación con el contrato de transacción: «el tutor y el curador con facultades de representación necesitarán autorización judicial para transigir sobre cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya representación ostentan, salvo que se trate de asuntos de escasa relevancia económica». Precepto que en la actualidad se refiere solo al tutor: «El tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el presente Código».

Más forzado resultaría tal espíritu en el caso del previsiblemente nuevo artículo 1548 del Código civil, puesto que afectaría al nuevo paradigma de capacidad de la persona con discapacidad y no solo a una medida prevista para evitar abusos. Este precepto, relativo al arrendamiento, establece en la actualidad que «los padres o tutores, respecto de los bienes de los me-

nores o incapacitados [...] no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años». La futura versión mantiene esa previsión respecto de los menores: «los progenitores o tutores respecto de los bienes de los menores [...] no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años», pero la cambia en relación con las personas con discapacidad. Como observa GARCÍA RUBIO (2018-2, 189), además de eliminar la incoherente mención a los incapacitados, introduce un segundo párrafo en el que, a efectos de decidir si la persona encargada de prestar apoyo puede o no dar en arrendamiento los bienes y en qué condiciones, se dice simplemente que «el curador de la persona con discapacidad con facultades de representación se ajustará a lo dispuesto en la resolución que establezca las medidas de apoyo»; de manera que el curador representativo solo podrá actuar en sustitución del titular de los bienes con discapacidad en este tipo de contratos cuando en el procedimiento de provisión de apoyos se le haya autorizado para dar en arrendamiento los bienes⁴⁸. En los demás casos el arrendamiento será celebrado por el interesado con el apoyo que precise, conforme al nuevo paradigma de capacidad. Todo ello no encaja demasiado bien con el actual sistema aragonés basado en la incapacidad en el que, como regla general, el incapacitado sometido a tutela no tiene capacidad de obrar para celebrar el contrato de arrendamiento y es el tutor quien debe actuar. No se trata, por tanto, de sustituir mecánicamente la referencia que hace el precepto propuesto al curador con facultades de representación por el tutor aragonés, sino que hay un problema de armonización relativo al fondo.

Está previsto adaptar también otros preceptos relativos a contratos concretos, que en la actualidad se refieren a la incapacitación, dándoles una redacción que nuevamente obligará a una interpretación de la letra de la norma distinta de la querida por el legislador:

— Así, el artículo 1700 del Código civil, que actualmente establece que el contrato de sociedad se extingue por «incapacitación [...] de cualquiera de sus socios», pasará a decir que se extingue «cuando respecto de alguno de los socios se hubieren dispuesto medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial».

— Igualmente, el artículo 1732 del Código civil, que establece que el mandato se acaba por «incapacitación del mandatario», dispondrá que se acaba «por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición».

— En relación con el contrato de depósito, está previsto que la actual redacción del artículo 1764 del Código civil: «si una persona capaz de contratar acepta el depósito hecho por otra incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones del depositario, y puede ser obligada a la devolución por el

tutor, curador o administrador de la persona que hizo el depósito, o por esta misma, si llega a tener capacidad», sea sustituida por esta otra: «el depósito hecho [...] por persona con discapacidad sin contar con la medida de apoyo adecuada, vinculará al depositario a todas las obligaciones que nacen del contrato de depósito». Nótese que, puesto que la persona tiene capacidad de obrar, ya no se exige que la devolución sea solicitada por su representante o por ella si recupera la capacidad, lo cual puede producir alguna contradicción en Aragón. En el artículo 1765 del Código civil, que establece que «si el depósito ha sido hecho por una persona capaz en otra que no lo es, solo tendrá el depositante acción para reivindicar la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, o a que este le abone la cantidad en que se hubiese enriquecido con la cosa o con el precio», se sustituirá el supuesto de hecho, que quedará como sigue: «si el depósito ha sido hecho en un menor o en persona que precise medida de apoyo sin haber contado con esta». Y el artículo 1773 del Código civil: «cuando el depositante pierde, después de hacer el depósito, su capacidad para contratar, no puede devolverse el depósito sino a los que tengan la administración de sus bienes y derechos», será modificado en los siguientes términos: «cuando el depositante, después de hacer el depósito, contara con medidas de apoyo, la devolución del depósito se ajustará a lo que resulte de aquellas». Es decir, en principio, la devolución se hará al propio depositante, dado que tiene capacidad, salvo que en la provisión de apoyos se haya dispuesto otra cosa. Regla general que no será de aplicación en Aragón con la incapacitación.

Queda, por último, una mención a una modificación prevista en relación con la teoría general de la obligación, que nuevamente obligará a una interpretación de la letra de la norma distinta de su espíritu. El artículo 1163 del Código civil, que establece que «el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad», pasará a decir: «el pago hecho a una persona que estuviese en situación de precisar medidas de apoyo para recibirlo, aunque estas no estuvieran establecidas, será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad».

c) Armonización en materia de responsabilidad civil

El nuevo modelo adoptado por el Anteproyecto que reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida, entendiéndolo por capacidad jurídica tanto la posibilidad de ser titulares de derechos y obligaciones como la de ejercerlos, implica no solo la atribución de capacidad para actuar en el tráfico jurídico, con o sin apoyos, sino también el recono-

cimiento de la capacidad para responder civilmente o imputabilidad civil. Por ello, propone modificar el régimen de la responsabilidad civil para que la persona con discapacidad responda *per se*, dando lugar a un cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio, que se aleja de la exigencia de cierta capacidad de entender y de querer. En concreto, el futuro artículo 297 del Código civil dispondrá que «la persona con discapacidad responderá en todo caso por los daños causados a terceros, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 1902 y 1903 en relación a otros posibles responsables»⁴⁹. Se mantiene además la responsabilidad por hecho ajeno, pero ahora de forma más restringida, en tanto que, según el nuevo párrafo 4.º del artículo 1903 del Código civil, solo responderán los curadores que tengan facultades de representación plena, lo cual será excepcional, y que convivan con la persona que causa el perjuicio a tercero. Si se dan cumulativamente ambas circunstancias, como observa GARCÍA RUBIO (2018-2, 193), estos curadores responderán solidariamente con la propia persona con discapacidad autora del hecho dañoso.

Una vez más, la configuración de regímenes distintos para menores y personas con discapacidad ha llevado al prelegislador a la necesidad de desdoblamiento de regulaciones actualmente unitarias. Así, el segundo párrafo del artículo 1903 del Código civil, sobre la responsabilidad de los padres, se mantiene intacto, pero se entiende que referido ahora solo a la responsabilidad por daños de hijos menores, dado que se elimina la patria potestad prorrogada y rehabilitada: «Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda». El tercer párrafo del artículo 1903 del Código civil, que actualmente establece que «los tutores lo son [responsables] de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía», se desdobra en el Anteproyecto en dos párrafos: el que será tercero, referido a los menores: «los tutores lo son [responsables] de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía»; y el que será cuarto, relativo a las personas con discapacidad: «los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella»⁵⁰.

Ello, también una vez más, dará lugar a dificultades para armonizar las categorías o instituciones aragonesas con estos preceptos sobre responsabilidad civil. Nótese que los «padres» o los «tutores» son responsables de los perjuicios causados por «menores» y solo son responsables de los perjuicios causados por «personas con discapacidad» los «curadores con facultades de representación», figura que, por otro lado, existe en Aragón —art. 150.2 CDFA—: ¿qué ocurre con los perjuicios causados por «personas con discapacidad» sujetas a «tutela» o a «autoridad familiar prorrogada o rehabilitada»? Nos veremos forzados a aplicar por extensión el segundo

párrafo a los padres con autoridad familiar prorrogada o rehabilitada y el tercer párrafo a los tutores de personas con discapacidad, o bien a asimilar a estos padres o tutores con el curador con facultades de representación. Esto último, aunque aparentemente puede parecer que no ofrece mayor problema, sin embargo, supone forzar la letra de la norma para aplicarla separándola del sistema en el que se inserta y, por tanto, de los principios que la inspiran. Por otro lado, y solo a modo de curiosidad, el resultado será que, puesto que en Aragón la representación no tiene el carácter excepcional que el Anteproyecto le atribuye («solo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible...»), sino que se establece de forma generalizada según el grado de discernimiento, quienes tengan a su cargo en Aragón a personas con discapacidad responderán de los actos de estos en mayor medida que en el resto de España.

Pero no es la dificultad de armonización apuntada lo que, a mi parecer, resulta más preocupante, sino la contradicción que se generará en el régimen jurídico de la persona con discapacidad en Aragón. El aragonés con discapacidad podrá estar incapacitado, es decir, privado de capacidad de obrar y, sin embargo, será responsable de los perjuicios que pueda causar a otra persona (con independencia de que también pueda responder el titular de la institución protectora en los términos del art. 1903 CC). Es decir, no tendrá capacidad de obrar pero sí capacidad para responder civilmente siempre. Faltará, por tanto, unidad de criterio. Recuérdese que la atribución de imputabilidad civil total responde a la idea de igual «capacidad jurídica» —que inspira al Anteproyecto— y consiguiente eliminación de la incapacitación o privación de capacidad.

d) Armonización en relación con las normas de separación y divorcio

La nueva redacción que prevé el Anteproyecto para los preceptos que regulan la forma de decretarse la separación y, por remisión, el divorcio, no plantea más problema que el ya mencionado en otros apartados precedentes relacionado con la interpretación de la letra de la ley más allá de su espíritu:

Está previsto que en el primer párrafo del artículo 81, que actualmente establece que «se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos [...] con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio», se sustituya la referencia a la «capacidad modificada judicialmente» de los hijos, por la mención a los hijos «mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores». También está previsto que se elimine la alusión del artículo 82.2 del Código

civil a la capacidad modificada de los hijos. El actual precepto excluye en tales casos la posibilidad de acordar separación de mutuo acuerdo mediante convenio regulador ante el secretario judicial o en escritura pública ante notario. En la futura redacción del precepto el legislador utiliza la técnica de la remisión: excluye esa posibilidad de separación al margen del juez en los casos en que haya hijos en la situación descrita en el artículo precedente (ya visto).

La pregunta que podemos hacernos es qué ocurrirá en Aragón con los cónyuges que deseen separarse o divorciarse y tengan hijos mayores cuya capacidad de obrar haya sido modificada judicialmente —o, en términos del Código aragonés, estén incapacitados— y respecto de los cuales se hayan establecido medidas sustitutivas. Aunque esa posibilidad está excluida de la mente del todavía prelegislador cuando se refiere a los hijos «mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo», no quedará más remedio que considerarlos incluidos en la letra de estos preceptos y excluir en tales casos la posibilidad de separación o divorcio al margen de la vía judicial.

e) Armonización en materia de filiación

La pretendida reforma del Anteproyecto alcanza al título V del libro I del Código civil, relativo a «paternidad y filiación», para adaptarlo a la nueva concepción de la capacidad y el sistema de apoyos.

El primer precepto que se propone modificar es el artículo 112 del Código civil, que se refiere a los aspectos temporales de la eficacia de la filiación. Se prevé sustituir el contenido de su segundo párrafo: «conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal, antes de que la filiación hubiere sido determinada», por otro en el que se separe el supuesto de hecho relacionado con el menor, que implica representación, y el relacionado con la persona con discapacidad, que excluye —como regla general— la representación y se basa en el apoyo: «conservarán su validez los actos otorgados en nombre del hijo menor por su representante legal o, en el caso de los mayores con discapacidad, los realizados conforme a las medidas de apoyo relativas a estos actos»; lo cual puede llevar —como ya se ha señalado en apartados anteriores— a una interpretación un tanto forzada de la norma al aplicarla en Aragón, si el Código Foral continúa con el actual régimen.

La modificación de los artículos 121, 123, 124 y 125 del Código civil afecta de un modo directo e intenso a la actuación y prestación del consentimiento por la propia persona con discapacidad. En la actual regulación la validez del reconocimiento de un hijo por un «incapaz» se condiciona a su

aprobación por el juez con audiencia del Ministerio Fiscal (art. 121 CC). El Anteproyecto excluye esta necesidad de aprobación judicial y otorga validez al reconocimiento otorgado por la persona con discapacidad conforme al sistema de apoyos establecido judicialmente. Por otro lado, la eficacia del reconocimiento de un hijo mayor «incapaz» requiere actualmente «el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor, legalmente conocido» (art. 124 CC); y si «los progenitores del [...] incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, solo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al [...] incapaz» (art. 125 CC). Con la reforma, se prevé que «el consentimiento para la eficacia del reconocimiento como hijo de la persona mayor con discapacidad se prestará por esta» —salvo que otra cosa resulte de la resolución judicial que haya establecido las medidas de apoyo—, excluyéndose además como alternativa a lo anterior la aprobación por el juez o por el otro progenitor (arts. 123 y 124). Tampoco será precisa la autorización del juez para el reconocimiento como hijo de una persona con discapacidad por quien sea hermano o consanguíneo en línea recta del progenitor ya determinado, entendiéndose que es suficiente con el consentimiento que tal persona haya prestado en los términos de la resolución que le provea de apoyos (art. 125)⁵¹. La aplicación de estos preceptos en Aragón casará mal con una regulación que incapacita a la persona y que no cuenta con un sistema de apoyos en el sentido que exige el nuevo paradigma del Código civil, sino con unas instituciones tutelares en las que la sustitución o representación se presentan como normales⁵².

Y también casarán mal las normas del Código del Derecho Foral, en su actual configuración, con el futuro artículo 137 del Código civil, que regula la impugnación de la paternidad por el hijo. En la actualidad, el precepto establece que, cuando el hijo tiene la capacidad modificada judicialmente, el plazo de un año para interponer la acción comienza desde que recobre la capacidad y legitima para el ejercicio de la acción durante el año siguiente a la inscripción de la filiación a la madre, a su representante legal o al Ministro Fiscal. Con la nueva redacción, coherente con un sistema en el que no es posible la modificación de la capacidad, se articula la legitimación del hijo con discapacidad para interponer la acción, de forma que solo si se hubiese dispuesto la excepcional atribución de representación al curador, el plazo comenzaría a contar desde el fin de tal atribución y ese curador —y el Ministerio Fiscal— estaría legitimado para ejercer la acción en el plazo de un año desde la inscripción. Esta regulación plantearía discordancias en un sistema que mantuviese la modificación de la capacidad de obrar y medidas sustitutivas con carácter general: ¿qué ocurriría con el hijo con

discapacidad sometido a autoridad familiar de la madre o a tutela? Una vez más, habría que buscar acomodo a estas situaciones en la letra de la norma interpretándola de forma distinta a lo querido por el legislador.

f) Armonización en materia procesal

La adaptación de las normas procesales a los cambios sustantivos que prevé el Anteproyecto constituiría también un problema en caso de que el Código del Derecho Foral de Aragón mantuviese el actual régimen, sobre todo, porque desaparece el proceso de incapacitación:

La actual Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC— regula, dentro del libro IV dedicado a los procesos especiales, el proceso de incapacitación: en concreto, en el capítulo II del título I («De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores»), que lleva por rúbrica «De los procesos sobre la capacidad de las personas» y que contiene ocho artículos: del 756 al 763. El artículo 760 LEC establece, en su primer párrafo, que «la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado». En el segundo párrafo del precepto se prevé la posibilidad de que en la propia sentencia de incapacitación se nombre a la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapacitado y velar por él. Es también posible acordar el nombramiento de tutor o curador mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, de acuerdo con lo previsto en la sección 1.^a del capítulo IV del título I de la Ley de jurisdicción voluntaria (arts. 44 y sigs.).

Eliminada la incapacitación en el Código civil, el Anteproyecto prevé suprimir el proceso especial de incapacitación. El nuevo capítulo II del título I del libro IV contendrá el proceso «sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a persona con discapacidad», que solo se seguirá si existe oposición. El nuevo artículo 760 establecerá que «las medidas que adopte el juez en la sentencia [...] deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en los artículos 266 y siguientes del Código civil»; preceptos que regularán la medidas judiciales de apoyo, señaladamente, la curatela⁵³.

Si no hay oposición, el proceso se regirá por lo dispuesto en la legislación sobre jurisdicción voluntaria. A este efecto, se prevé incluir un nuevo capítulo en el título I de la Ley jurisdicción voluntaria —LJV—, el capítulo III bis, que regulará el «expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad». Se mantiene la sección 1.^a del capítulo IV del título I de esta ley sobre el expediente de tutela (como recuerda la exposición de motivos, para los menores) y curatela (como recuerda la expo-

sición de motivos, para las personas con discapacidad), pero tal expediente «solamente será aplicable a la curatela cuando, tras la tramitación de un proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a una persona con discapacidad, sea procedente el nombramiento de un nuevo curador, en sustitución de otro removido o fallecido» —art. 44.2 LJV propuesto por el Anteproyecto—.

Si bien, inicialmente, el Anteproyecto no se apartaba del modelo contencioso, su ulterior versión ha incluido esta sustanciación por los trámites de la jurisdicción voluntaria cuando no hay oposición, reclamada en varios informes, dado que, como indica el Consejo de Estado en su informe, reconocida capacidad a las personas con discapacidad, no existe impedimento alguno para que, ante la ausencia de desacuerdo, pueda acudirse a la jurisdicción voluntaria (Dictamen C.E., 2019, 62). En esta línea, el Consejo Fiscal ha justificado la vía de la jurisdicción voluntaria alegando que «la pretensión procesal ya no tiene la misma potencialidad intrusiva en los derechos del discapacitado, pues ya no se trata de dar cauce a una pretensión de incapacidad con la consiguiente modificación sustancial de la capacidad de obrar. Ahora se trata de identificar los apoyos precisos, en una decisión siempre *rebus sic stantibus*» (Informe C.F., 2018, 54)⁵⁴.

Estas novedades chocan con la actual regulación de la materia en el Código del Derecho Foral de Aragón:

Por una parte, eliminado el proceso de incapacitación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ¿por qué procedimiento se sustanciará la incapacitación prevista en el artículo 38 CDFA? El nuevo proceso previsto para la provisión de apoyos cuando haya oposición, no permite que la sentencia determine la extensión y límites de ninguna incapacitación —como establece el citado artículo 38—, sino que la sentencia resultante del mismo, sin tocar la capacidad, solo determinará el apoyo preciso para que esa capacidad se ejerza en los términos del Código civil (en concreto, el nuevo art. 760 LEC se remite a los arts. 266 y sigs. CC). Y lo mismo cabe decir del expediente de jurisdicción voluntaria por el que sustanciará la provisión de apoyos cuando no haya oposición, que también se remite a los mismos preceptos del Código civil (art. 42 bis c LJV)⁵⁵.

Por otra parte, dado que tales procedimientos contencioso o voluntario están diseñados para adoptar medidas de apoyo en los términos —y conforme al sistema— del Código civil (arts. 756 y 760 LEC y arts. 42 bis a y c LJV) y parecen excluir la tutela de la persona con discapacidad (que se asocia a una privación previa de la capacidad y que no encajaría con la idea base de estos procesos), cabría preguntarse ¿por qué procedimiento se nombrará tutor al incapacitado aragonés? Recuérdese que en la Ley de jurisdicción voluntaria se mantiene el expediente de tutela y curatela

—sección 1.^a del capítulo IV del título I—, pero el legislador aclara en la exposición de motivos que se trata del expediente para nombrar tutor «para el menor» y curador «para la persona con discapacidad».

Por último, se produce colateralmente un problema en relación con el nombramiento de curador del menor aragonés emancipado —art. 33 CDFa—. Puesto que el Anteproyecto elimina la curatela del menor, que queda como figura exclusiva del mayor con discapacidad, adapta también las normas procesales a esa novedad y, como se ha indicado, aunque se mantiene el expediente de jurisdicción voluntaria relativo a la curatela en la sección 1.^a del capítulo IV del título I, resulta solo aplicable en relación con las personas con discapacidad —como ya se ha señalado que explica la exposición de motivos del Anteproyecto— y, en concreto, solo cuando, tras tramitarse un proceso de adopción de medidas de apoyo, haya que nombrar un nuevo curador: «el expediente al que se refiere el artículo siguiente solamente será aplicable a la curatela cuando, tras la tramitación de un proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a una persona con discapacidad, sea procedente el nombramiento de un nuevo curador, en sustitución de otro removido o fallecido» —art. 44.2 LJV—. Por lo que se plantea la cuestión del procedimiento a través del cual se nombrará, en su caso, curador al emancipado aragonés. Al respecto, hay que señalar que tal nombramiento no está previsto en el expediente para la concesión judicial de la emancipación: el artículo 55 LJV solo prevé que el juez «resolverá concediendo o denegando la emancipación».

g) Armonización en materia de publicidad registral

Los problemas de armonización apuntados en el apartado anterior se arrastran en relación con la publicidad de las resoluciones judiciales citadas. El Anteproyecto, para dar coherencia al sistema, plantea modificar también la Ley del Registro Civil —de 2011— y la Ley Hipotecaria, eliminando el acceso a los registros de las sentencias de incapacitación, que en la mente del legislador ya no existen, y dando paso a las resoluciones dictadas en procedimientos de provisión de apoyos, en los que —como se ha visto— difícilmente encajaría el actual régimen aragonés.

Así, por lo que se refiere a las modificaciones previstas en la Ley del Registro Civil, se suprime en el artículo 4 la inscripción de «la modificación de la capacidad de las personas» —prevista hasta ahora en el núm. 10—, dado que desaparecerá esa posibilidad y ese estado civil, y en su lugar aparece como inscribible —en el nuevo núm. 11— «las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad». Por otro lado, se elimina el apartado,

hasta ahora común a menores y personas con discapacidad, relativo a la inscripción de «la tutela, la curatela y demás representaciones legales y sus modificaciones» —del actual núm. 11— y se sustituye por otro —que será el núm. 13— relativo exclusivamente a los menores en el que se establece la inscripción de la tutela de estos (y del defensor judicial del emancipado).

Conforme a lo anterior, se prevé que desaparezca el actual contenido del artículo 72.1 LRC: «la declaración judicial de modificación de la capacidad, así como la resolución que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual del afectado», y el del artículo 73.1 LRC: «se inscribirán en el registro individual de la persona con capacidad modificada judicialmente las resoluciones judiciales en las que se nombre tutor o curador». En su lugar, el artículo 72.1 LRC establecerá que «la resolución judicial dictada en un procedimiento de provisión de apoyos, así como la que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual del afectado». Todo ello, como ya sabemos, no está en sintonía con el actual sistema aragonés, basado en la modificación de la capacidad o incapacitación y en la tradicional tutela y curatela del incapacitado, de modo que, si no se adapta al nuevo paradigma, obligará a interpretaciones forzadas de la ley. Quizás pueda servir de asidero la letra del segundo inciso de este artículo 72.1 LRC que dispondrá que «asimismo, se inscribirá cualquier otra resolución judicial sobre los cargos tutelares, medidas de apoyo a personas con discapacidad y asistencia al pródigo», aunque lo cierto es que no es intención del legislador que se use de ese modo. El inciso, que no figuraba inicialmente en el Anteproyecto, ha sido incluido en la versión de 2019 a sugerencia del Consejo General del Poder Judicial, al advertir que se prevé que en relación con las nuevas figuras (excluye expresamente al tutor): curador, defensor judicial o guardador de hecho, se pueden establecer salvaguardias necesarias (por ejemplo, para el guardador de hecho con autorización judicial, en el art. 263 CC) o medidas de control (por ejemplo, para el curador en el art. 268 CC), que parece razonable que tengan acceso al registro con el fin de asegurar la debida publicidad, y considerar que ello quedaría garantizado con la introducción de un inciso en los términos apuntados (Informe CGPJ, 2018, 86 y 87).

Por otra parte, en la modificación de la Ley del Registro Civil proyectada se suprime también la inscripción de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, dado que esta desaparece con el Anteproyecto. Está previsto que el artículo 71.2, que hasta ahora establece que «se inscribirá la extinción, privación, suspensión, prórroga y rehabilitación de la patria potestad», disponga solamente que «se inscribirá la extinción, privación y suspensión de la patria potestad»⁵⁶. Con lo cual, surgirá el problema de la inscripción de la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada de los mayores incapacitados del Código del Derecho Foral de Aragón —arts. 41

y 42—. Es verdad que el último párrafo del artículo 71 LRC, que se mantiene, se refiere a la inscripción de «todo lo relativo a las figuras similares o asimilables a la patria potestad, que sean de Derecho civil propio de las comunidades autónomas», pero también es cierto que el precepto establece que ello será inscribible «en idénticos términos» que lo dispuesto en los párrafos precedentes, en los que ahora se elimina la inscripción de la prórroga o rehabilitación.

Por último, en relación con el acceso a los datos especialmente protegidos del artículo 83.1 LRC, entre los que, por cierto, el Anteproyecto incluye «los datos de salud vinculados a la discapacidad» —nuevo apartado b) del precepto—⁵⁷, en la reforma prevista se introduce una modificación en relación con las personas con discapacidad. El actual artículo 84 establece que «solo el inscrito o sus representantes legales» pueden acceder o autorizar a terceras personas para acceder a los asientos que contengan datos. Consciente el legislador de que con el nuevo paradigma se excluye como regla general la representación de la persona con discapacidad, propone que, tras la referencia a los «representantes legales», se regule de forma específica lo relativo al acceso de estas personas, de forma que añade el inciso: «así como el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad». Lo cual, nuevamente, puede plantear problemas en Aragón, donde con el actual régimen la persona con discapacidad puede estar sometida a otras medidas como la tutela o la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada. Naturalmente, nos veremos, en su caso, obligados a interpretar que el tutor o quien tenga la autoridad familiar encajan en el concepto de representante, pero, ciertamente, no será lo previsto en el precepto para el caso de las personas con discapacidad; o bien a interpretar extensivamente el concepto de curador al que se referirá la norma, más allá del sentido que esta quiere darle.

En cuanto a la publicidad en el Registro de la Propiedad, se prevé que en el artículo 2.4 de la Ley Hipotecaria se sustituya también la referencia a la inscripción de «las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar», que para el legislador ya no existen, por la de «las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a las personas con discapacidad». Esta inscripción se practicará «en el folio de la finca o fincas inscritas a nombre de la persona con discapacidad que recibe medidas de apoyo y en el Libro único informatizado de situaciones de la persona a que se refiere el último inciso del apartado 5 del artículo 222 bis», de este modo, cualquiera que sea el juzgado en que se haya tramitado el procedimiento, la resolución será conocida por todos los registradores y todos los usuarios del Registro con interés legítimo. Se sustituye también la tradicional denominación de Libro de incapacitados por esta relativa a las situaciones de la persona, que resulta acorde con el nuevo sistema.

C) *¿Nuevamente el Derecho foral tras la senda del paradigma estatal?*

Cabe concluir que, a la vista de las expuestas dificultades de armonización que pueden surgir si se aprueba —como parece que ocurrirá— el Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal⁵⁸, el legislador aragonés deberá reflexionar acerca de la regulación de la capacidad y las instituciones tutelares en el Código del Derecho Foral de Aragón. Aunque, con base en el artículo 149.1.8 CE, es competente para regular como desee esta materia y puede efectuar la adaptación a la Convención de Nueva York en los términos que considere oportunos, sin embargo, el hecho de que la adaptación proyectada por el legislador estatal suponga un cambio de paradigma del sistema de capacidad que haga necesario que la reforma se propague por todo el ordenamiento jurídico privado, más allá incluso del Código civil, afectando a normas que resultan aplicables en Aragón, condiciona al legislador de Aragón. De forma que es posible que, una vez más, la regulación aragonesa en la materia se vea influida por el ritmo que marca la legislación estatal, esta vez, tras haber conseguido —desde 2006— un sistema propio y completo.

Recuérdese que, como ya se ha expuesto, desde la promulgación del Código civil —que introdujo un sistema de tutela de familia— y la Ley de Enjuiciamiento Civil se inició una tendencia «abandonista» del sistema de instituciones tutelares del Derecho histórico aragonés, que se consagró con el Apéndice, cuya entrada en vigor supuso la derogación formal de los Fueros. Este, al considerar sus autores que el régimen aplicable era el del Código civil, solo contenía dos reglas en materia de tutela.

La Compilación supuso una vuelta al Derecho tradicional aragonés, pero tratando de armonizarlo con las normas del Código civil en materia de tutela: en palabras de GARCÍA CANTERO (1988, 516), la regulación de la tutela de este cuerpo legal aragonés se caracterizó, por «su adaptabilidad a la regulación del Código civil, «foralizando» órganos tutelares de este»; incluso la propia distribución sistemática de la regulación de la Compilación —destaca este autor— recuerda, de lejos, a la del Código civil⁵⁹.

La Ley 13/1983 reformó el Código civil introduciendo un nuevo sistema tutelar, en el que se diversificaron las instituciones y se cambió el sistema de tutela familiar por el de autoridad. Ello hizo que, al producirse un cambio radical en el Derecho aplicable como supletorio, se originara una falta de armonización entre ambos sistemas: el de la Compilación de 1967 y el supletorio del Código civil tras la reforma.

En 1985 se modificó la Compilación, pero, aunque se dudó acerca de la posibilidad de una reforma de mayor entidad, finalmente, solo se llevó a cabo una adaptación formal al nuevo sistema del Código civil, concretamente en lo que hacía referencia a la supresión del Consejo de Familia⁶⁰.

Finalmente, la Ley 23/2006, al introducir la regulación de la incapacidad e incapacitación se propuso superar las dificultades de armonización de las leyes estatales con las normas y principios del Derecho aragonés sobre capacidad de las personas, autoridad familiar y tutela; e, igualmente, con la nueva regulación de las instituciones tutelares trató de sustituir una regulación fragmentaria que ofrecía dudas de interpretación y, sobre todo, de integración con las normas supletorias del Código civil, que respondían a principios parcialmente distintos y, por ello, inadecuados.

Pues bien, alcanzada, como decía, la regulación de un auténtico sistema de capacidad y relaciones tutelares, propio de Aragón, que, aunque ciertamente muy parecido al del Código civil, permitía dejar atrás una regulación parcial y fragmentaria, que originaba problemas de armonización con el Derecho supletorio estatal, se plantea ahora nuevamente la necesidad de una nueva reforma para adaptar ese sistema al nuevo paradigma diseñado por el legislador estatal. Y ello, no porque en puridad deba seguir el modelo del Código civil, sino porque el legislador estatal ha modificado el resto del Derecho privado, aplicable en Aragón, atendiendo a este modelo y sin ser sensible a la pluralidad derechos civiles; lo cual, por otra parte, no siempre es fácil en cuanto que la atención a la pluralidad puede dar lugar, en ocasiones, a una complejidad excesiva (por ejemplo con previsiones paralelas, etc.).

Son las consecuencias de la necesidad de engarzar conjuntos de normas procedentes de distintos legisladores: mientras los pilares de ambos conjuntos son iguales, no hay problema en que lo construido por uno de los legisladores —el estatal— se aplique sobre pilares del otro conjunto normativo —el foral—; el problema surge cuando se regulan de modo diverso materias básicas. Un cambio en la regulación de los cimientos y, por tanto, de la construcción estatal puede causar problemas para aplicar algunas normas resultantes sobre los cimientos forales. Ello origina que el Derecho estatal arrastre al foral y que, por tanto, la libertad del legislador autonómico se vea, en cierto modo, condicionada.

En cualquier caso, el legislador aragonés tiene la última palabra en relación con la adaptación del Código del Derecho Foral de Aragón a la Convención de Naciones Unidas, íntimamente conectado con ello, con la posible puesta en armonía de este Código Foral con el Derecho estatal resultante, a su vez, de la adaptación. Por lo que solo la historia nos desvelará el devenir de los acontecimientos.

III. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

I. La ratificación de la Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas con discapacidad conlleva la necesidad de adaptar el

ordenamiento interno. La complejidad de la materia y el debate generado en torno al alcance y modo en que debe llevarse a cabo la adaptación al artículo 12 han originado que, a pesar de los esfuerzos, no exista todavía una reforma referida a los aspectos jurídico-privados de la discapacidad.

II. El Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, dado el malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados en relación con el artículo 12, emitió una Observación General en la que ofrece una interpretación del precepto que insta a reemplazar el criterio del interés superior por el de la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y, en coherencia con ello, a eliminar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por otros fundamentados en el apoyo. No obstante, la comunidad jurídica internacional no reconoce el carácter vinculante de las observaciones emitidas por este tipo de organismos de tratados de Naciones Unidas y también en nuestro país existen dudas acerca de la condición jurídica de esta Observación General y del valor de su interpretación.

III. A pesar de lo anterior, en los trabajos dirigidos a reformar el Derecho civil del Estado se opta por una adaptación al artículo 12 de la Convención conforme a la interpretación y recomendaciones del Comité. Se proyecta instaurar un sistema basado en la supresión de las declaraciones de incapacidad y el reemplazo del modelo tutelar basado en la sustitución por un modelo de acceso a mecanismos de apoyo en la adopción de decisiones. El cambio de paradigma repercute en el conjunto del Derecho privado, afectando a gran parte de sus instituciones y materias, lo que obliga a que la reforma se irradie por todo el ordenamiento jurídico privado, más allá incluso del Código civil, alcanzando a normas procesales, registrales, etc.

IV. Por lo que respecta a los Derechos civiles territoriales, en cuanto que los ordenamientos catalán y aragonés regulan la discapacidad desde un punto de vista iusprivatista, deben también revisar sus normas a la luz del artículo 12 de la Convención.

V. En Cataluña, el contenido del libro segundo del Codi civil —2010— se corresponde con una interpretación moderada del artículo 12 que se traduce en una adaptación no maximalista: introduce una diversidad de regímenes que incluye tanto medidas que operan o pueden operar al margen de la incapacitación, como las tradicionales instituciones de protección vinculadas a esta. Puesto que posteriormente la línea hermenéutica de la Observación General ha sido más estricta, manifestando expresamente que este tipo de adaptación no era suficiente, el legislador catalán, a pesar del dudoso carácter vinculante de esta interpretación, ha iniciado trabajos para acomodar su ordenamiento a ella.

VI. En Aragón, la actual regulación de la capacidad y las relaciones tutelares en el Código del Derecho Foral —2011— procede de la Ley

13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, y se basa —como el Código civil vigente— en un sistema de limitación o privación de la capacidad de las personas con discapacidad con las consiguientes medidas de complemento o sustitución.

VII. La reciente Ley aragonesa 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad, obedece a la adecuación de la normativa autonómica a la Convención. Pero, a pesar de las dudas que, a primera vista, pudieran suscitar su terminología y la transcripción de parte del artículo 12 de la Convención, es solo una norma de corte público, que regula las actuaciones de las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, y no aborda la adaptación de las normas jurídico-privadas: no se aproxima al tratamiento de la capacidad ni de las actuales instituciones de protección, por lo que su regulación en el Código del Derecho Foral de Aragón permanece intacta y la acomodación de este al artículo 12 queda pendiente.

VIII. El legislador aragonés, con base en su competencia legislativa en la materia, puede decidir libremente acerca de esa adaptación. Para ello, en primer lugar, ha de definir su postura ante el valor de las Observaciones Generales del Comité y la interpretación que este propone del artículo 12. Posteriormente, debe valorar el grado de sintonía de sus normas con el artículo 12 y determinar el sentido y alcance de la reforma necesaria para lograr la adecuación.

IX. Ahora bien, esta libertad puede verse condicionada con la proyectada reforma de las normas estatales. El hecho de que la misma no se circunscriba al núcleo de la materia, sino que, dada su magnitud, se propague por todo el ordenamiento jurídico privado, más allá incluso del Código civil, afectando a normas que resultan aplicables en Aragón, puede tener consecuencias relevantes: si la adaptación del Código del Derecho Foral de Aragón no sigue las premisas de la reforma estatal pueden existir problemas de armonización; es más, la misma inactividad del legislador aragonés podría dar lugar a esos problemas.

X. La aplicación del nuevo Derecho privado, construido sobre la imposibilidad de privar de capacidad y el empoderamiento de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad, a quien, por aplicación de otro ordenamiento, se le ha privado de la misma y sometido a medidas acordes con esa privación produciría disfunciones y contradicciones en materia contractual, de responsabilidad civil, de Derecho de familia, etc. La distinta regulación daría lugar, asimismo, a problemas derivados de los distintos Derechos civiles aplicables a capacidad y a instituciones de apoyo —art. 9.1.º y 6.º en relación con el art. 16 CC— y también a problemas procesales y de publicidad registral. En unos casos los problemas de armo-

nización obligarían a interpretar la letra forzando el espíritu de la norma y contraviniendo el sistema que la sustenta y en otros casos ni siquiera ello sería suficiente para solventarlos.

XI. A la vista de lo señalado en los números precedentes, es posible que, una vez más, la regulación aragonesa en la materia se vea influida por el ritmo que marca la legislación estatal, como ya ocurrió con la citada Ley 13/2006, que introdujo una nueva regulación precisamente para superar las dificultades de armonización de las leyes estatales con las normas y principios del Derecho aragonés.

XII. Son los efectos de la necesidad de conjugar conjuntos de normas procedentes de distintos legisladores. Mientras coinciden los cimientos de ambos conjuntos, no hay problema en que lo construido por uno de los legisladores —el estatal— se aplique sobre pilares del otro conjunto normativo —el territorial—. Ahora bien, un cambio en la regulación de los cimientos y, consiguientemente, de la construcción estatal puede originar dificultades en la necesaria aplicación de algunas de las normas resultantes sobre los pilares del ordenamiento territorial al no encajar sobre ellos. Lo cual, puede condicionar al legislador autonómico.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANY, M. (2018). Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad [Una crítica a la Observación General núm. 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad], *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 201 y sigs.
- ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J.A. (2010). El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 20 y sigs.
- BOENTE, W. (2018). ¿Por qué resiste el Derecho? Pensamientos sobre el artículo 12 CRPD, en *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades riesgos y salvaguardas* (Dir. Pereña Vicente, M.), Madrid: Ed. Dykinson, 39 y sigs.
- CARRASCO PERERA, Á. (2018). Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad, *Publicaciones Jurídicas*. Centro de Estudios de Consumo, 1 y sigs.
- CUENCA GÓMEZ, P. (2012). El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española, *REDUR* 10, núm. diciembre, 61 y sigs.
- (2012). La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española, en *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12.

- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad*, Madrid: Reus Ed.
- (2019). El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo, en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (Dir. de Salas Murillo, S. y Mayor del Hoyo, M.V.), Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 125 y sigs.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., ÁLVAREZ LATA, N., MAYOR DEL HOYO, M.V. (2018). Título VII del libro I del Código civil, *Propuesta del Código civil* (Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Asociación de Profesores de Derecho civil, Madrid: Ed. Tecnos, 284 y sigs.
- DE SALAS MURILLO, S. (2013). Repensar la curatela, *Derecho privado y Constitución*, núm. 23, 11 y sigs.
- (2018). Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 5.
- (en prensa). ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?
- VERDA Y BEAMONTE. J.R. (2013). Autocontratación ¿Basta la existencia de conflicto de intereses?, en *Tratado de la compraventa: Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz* —Dir. Carrasco Perera, Á.—, Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters. Aranzadi, 333 y sigs.
- DÍAZ ALABART, S. (2013). La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas, *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 3 y sigs.
- GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2017). El mayor interés del discapacitado como límite a la autonomía de la voluntad, en *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar* —Dir. Parra Lucán, M.Á.—, Granada: Ed. Comares, 95 y sigs.
- GARCÍA CANTERO, G. (1988). Comentario al Capítulo I del Título III del Libro I de la Compilación del Derecho civil de Aragón, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* —Dir. Lacruz Berdejo, J.L.— (t. I), 496 y sigs.
- (2013). Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad, en *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio de 2012, 207 y sigs., y en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* —Coord. De Salas Murillo—, Madrid: Dykinson, 41 y sigs.
- GARCÍA RUBIO, M.P. (2018-1). La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 145 y sigs.
- (2018-2). Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), 173 y sigs.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2013). Comentario a los artículos 1457-1459 del Código civil, en *Comentarios al Código civil* —Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.—, T. VII, Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 10276 y sigs.

- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2017). La configuración del interés del menor ex artículo 2 LOPJM y su posible aplicación a la determinación del interés de la persona con discapacidad intelectual o mental: una propuesta, en *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015* —Dir. Mayor del Hoyo, M.V.—, Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters. Aranzadi, 485 y sigs.
- (2019). *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*, Madrid: Ed. Reus.
- LEGERÉN MOLINA, A. (2019). La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos, en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (Dir. de Salas Murillo, S. y Mayor del Hoyo, M.V.), Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 165 y sigs.
- LEGERÉN MOLINA, A., y ROVIRA SUEIRO, M.E. (2015). *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*, Cizur Menor: Ed. Thomson-Reuters. Aranzadi.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters-Aranzadi.
- (2019). Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote, en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (Dir. De Salas Murillo, S. y Mayor del Hoyo, M.V.), Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 253 y sigs.
- MATA RIVAS, F. (2000). Comentario a los artículos 15 a 18 de la Compilación de Aragón, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* —Dir. Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S.—, T. XXXIII, vol. 1, Ed. Edersa, 260 y sigs.
- MAYOR DEL HOYO, M.V. (2013). Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad. Desamparo, intervención de las entidades públicas y acogimiento familiar, Cizur Menor: Ed. Thomson Reuters-Aranzadi.
- PARRA LUCÁN, M.Á. (2012). Capacidad y estado de las personas, en *Manual de Derecho civil aragonés* —DELGADO CHEVERRÍA, J.— (4.^a ed.), Zaragoza: Ed. El Justicia de Aragón, 111 y sigs.
- (2015). *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisión en asuntos personales*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- PARRA LUCÁN, M.Á. y LÓPEZ AZCONA, A. (2012). Las relaciones tutelares, en *Manual de Derecho civil aragonés* — DELGADO CHEVERRÍA, J.— (4.^a ed.), Zaragoza: Ed. El Justicia de Aragón, 203 y sigs.
- PAU PEDRÓN, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil, *Revista de Derecho civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), 5 y sigs.
- (2019). Prólogo a la obra *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (Dir. De Salas Murillo, S. y Mayor Del Hoyo, M.V.), Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 11 y sigs.
- PEREÑA VICENTE, M. (2016). Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 3 y sigs.

- (2018-1). La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre), 61 y sigs.
- (2018-2). La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad, *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades riesgos y salvaguardas* (Dir. Pereña Vicente, M.), Madrid: Ed. Dykinson, 119 y sigs.
- RAMOS, J. (2016). Introducción. La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas, *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, 39, 7 sigs.
- RECOVER BALBOA, T. (2017). Hacia la reforma del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad, en *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia* (Dir. García Garnica, M.C.), Madrid: Ed. Dykinson, 19 y sigs.
- SERRANO GARCÍA, J.A. (2004-1). *Memoria del Texto articulado del Proyecto de Ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la Persona*. Primera entrega correspondiente al Título Primero: De la capacidad y estado de las personas, Zaragoza (memoria inédita que puede consultarse en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de Zaragoza).
- (2004-2). *Memoria del Texto articulado del Proyecto de Ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la Persona*. Tercera entrega correspondiente al Título III: De las relaciones tutelares, Zaragoza (memoria inédita que puede consultarse en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de Zaragoza).
- (2008). Derecho civil de Aragón: presente y futuro, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 46, 109 y sigs.
- TORRES GARCÍA, T. (2008). Presentación, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre (monográfico dedicado al Anteproyecto).
- TRINIDAD NÚÑEZ, P. (2009). La aplicación judicial en España de las decisiones de los órganos de base convencional de supervisión de los derechos humanos creados en el seno de Naciones Unidas, en *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Español* (MARIÑO MENÉNDEZ, F.), Madrid: Ed. Universidad Carlos III, 263 y sigs.
- Dictamen 5/2018, del Consejo Económico y Social, Sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (2018).
- Dictamen emitido por el Consejo de Estado en Pleno sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (núm. 34/2019).
- Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (2018).
- Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (2018).
- The Essex Autonomy Project. Three Jurisdictions Report. Towards Compliance with CRPD artículo 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK (An Essex Autonomy project Position Paper)*, 6 de junio de 2016.

NOTAS

¹ BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008 y BOE núm. 97 de 22 de abril de 2008.

² Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

³ El Ministerio de Justicia llegó a elaborar un Borrador de Anteproyecto de ley de reforma del Código civil, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente, basado en los trabajos del Real Patronato sobre Discapacidad y en propuestas planteadas en distintos foros por fiscales y miembros de la carrera judicial. Sus novedades fueron presentadas por el Secretario General Técnico del Ministerio en una Jornada de la Fundación Hurkoa en diciembre de 2010 y puede consultarse en: www.bizkaia.net/Home2/Archivos/DPTO3/Temas/Adjuntos/21_Ponencia_Santiago_Hurtado.ppt. Pero este documento no tuvo mayor elaboración, ni siguió adelante.

⁴ El Comité examinó el Informe de España en sus sesiones 56.^a y 57.^a, celebradas el 20 de septiembre de 2011, y aprobó las siguientes observaciones finales en su 62.^a sesión, celebrada el 23 de septiembre de 2011.

⁵ CRPD/C/ESP/CO/1 5 y 6.

⁶ *BOCG. Congreso de los Diputados*, serie D, número 119, de 29 de junio de 2012, 6 y sigs.

⁷ *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Pleno y Diputación permanente, X legislatura, 2012, núm. 79, 26 y sigs.

⁸ Así lo explica TORRES GARCÍA, T., Vocal Permanente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, en la presentación del monográfico de la *Revista de Derecho Civil* dedicado al Anteproyecto (vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, 1 y 2).

⁹ Cerrado ya este trabajo y admitido para su publicación, el Consejo de Ministros aprobó el 7 de julio de 2020 la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El Proyecto sido presentado el 8 de julio, calificado el 14 de julio y publicado el 17 de julio (BOCG, Congreso de los Diputados, XIV legislatura, Serie A Proyectos de Ley, 17 de julio de 2020, núm. 27-1, 1 y sigs). El texto enviado es una última versión del Anteproyecto, de fecha de 3 de julio de 2020, que —con alguna modificación— coincide sustancialmente con la anterior.

¹⁰ El Comité examinó los informes en sus sesiones 445.^a y 446.^a, celebradas los días 18 y 19 de marzo de 2019, y aprobó las Observaciones finales en la sesión 463.^a, celebrada el 29 de marzo de 2019.

¹¹ CRPD/C/ESP/CO/2-3, 6.

¹² Resulta imposible recopilar en una nota todas las publicaciones relacionadas con lo expuesto, pero puede citarse como modo de botón de muestra: ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J.A. (2010), 20 y sigs.; CUENCA GÓMEZ, P. (2012), 61 y sigs.; GARCÍA CANTERO, G. (2012), 207 y sigs. y (2013), 41 y sigs.; MAYOR DEL HOYO, M.V. (2013); DE SALAS MURILLO, S. (2013), 11 y sigs.; DÍAZ ALABART, S. (2013), 3 y sigs.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2014); LEGERÉN MOLINA, A., y ROVIRA SUEIRO, M.E. (2015); PEREÑA VICENTE, M. (2016), 3 y sigs.; GARCÍA RUBIO, M.P. (2018-1), 145 y sigs.; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019); GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2019), 17 y sigs.

¹³ *Vid.* las reflexiones de BOENTE, W. acerca de la resistencia general del Derecho del «Primer Mundo» al artículo 12 de la Convención en BOENTE, W. (2018), 39 y sigs

¹⁴ CRPD/C/GC/1, 1.

¹⁵ Cfr. CRPD/C/GC/1, 3 a 8. La Observación General núm. 1 (2014) puede consultarse en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>.

¹⁶ Pone de relieve esta crítica MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2019), 257 —nota 17—, donde puede consultarse una interesante reseña bibliográfica relativa a las críticas efectuadas en el ámbito médico. Desde el punto de vista jurídico, especialmente crítico con la Observación ha sido ALEMANY, M.: *vid.* ALEMANY, M. (2018), 201 y sigs.

¹⁷ *Vid.* en este sentido RECOVER BALBOA, T. (2017), 25 y 26.

¹⁸ En esta línea, TRINIDAD NÚÑEZ, P. afirma la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para hacer una «interpretación auténtica» del contenido de la Convención: Cfr. TRINIDAD NÚÑEZ, P. (2009), 341. Y RAMOS, J. considera la Observación General 1 «como la legítima y válida interpretación del artículo 12»: Cfr. RAMOS, J. (2016), 9.

¹⁹ Sobre ello —con una actitud crítica— *vid.* CUENCA GÓMEZ, P. (2012), 22 a 24.

²⁰ *The Essex Autonomy Project. Three Jurisdictions Report. Towards Compliance with CRPD artículo 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK (An Essex Autonomy project Position Paper)*, 6 junio de 2016. Son autores del Informe: WAYNE MARTIN, SABINE MICHALOWSKI, JILL STAVERT, ADRIAN WARD, ALEX RUCK KEE-NE, COLIN CAUGHEY, ALISON HEMPSEY, REBECCA MCGREGOR.

²¹ En el mismo sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2019), 256 y 257.

²² El Consejo de Estado acoge sin reservas la interpretación del Comité. En el *Dictamen* que emite sobre el Anteproyecto, antes de pronunciarse sobre el texto, advierte de que la doctrina que el Comité ha generado mediante la Observación General y las observaciones particulares a los Estados «ha de ser tenida en cuenta para valorar si el proyecto sometido a consulta puede considerarse conforme a las exigencias de dicho artículo 12». La valoración que hace del texto es positiva al considerarlo de acuerdo con los postulados enunciados por el Comité. Y sugiere al legislador que en el primer apartado de la exposición de motivos se citen las Observaciones que, con carácter particular, formuló el Comité respecto de nuestra legislación. Cfr. *Dictamen C.E.* (2019), 26, 30 y 71.

²³ Observa el Consejo General del Poder Judicial en el Informe sobre el Anteproyecto que aunque existe «la posibilidad de acometer una reforma del sistema legal de protección de las personas con discapacidad de menor calado que la propuesta por el prelegislador», este «ha optado por modificar en profundidad el sistema [...] a partir de una concepción maximalista de la Convención». Advierte de que no obstante «ha de hacer una valoración favorable, en términos generales,» de la propuesta porque, más allá del respeto que merece la opción escogida por el prelegislador, respeta la Constitución y la Convención: cfr. *Informe C.G.P.J.* (2018), 32 y 35.

²⁴ La *Propuesta del Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* opta —no sin debate— por complementar la modificación de la capacidad con la provisión del apoyo para actuar, es decir, cambiar el procedimiento de modificación judicial de la capacidad por el de modificación de la capacidad y provisión judicial de apoyos estables: Cfr. Exposición de Motivos y artículo 172-1, en su versión de mayo de 2019, tras la Segunda Sesión del Seminario de la propuesta del Código civil —APDC y RCDI—: http://www.derechocivil.net/images/libros/trabajos%20posteriores/LIBRO_I_TITULO_VII_mayo_2019_MEDIDAS_DE_PROTECCIÓN_DE_LA_PERSONA_-5-5.2019.pdf. *Vid.* La primera versión impresa: DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., ÁLVAREZ LATA, N., MAYOR DEL HOYO, M.V. (2018), 284 y sigs. y Exposición de Motivos en 103 y sigs.

²⁵ La *Propuesta del Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, si bien contempla la tutela como medida subsidiaria de la curatela, considera preferible conservarla para los supuestos en que sea necesario representar a la persona de manera estable frente a la opción de renunciar a la misma y reconducir todos los apoyos estables a una única institución, la curatela, aunque en tales casos se trate de una curatela

representativa. *Vid.* sobre ello la exposición de motivos y el título VII del libro I: DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., ÁLVAREZ LATA, N., MAYOR DEL HOYO, M.V. (2018), 106 y 284 y sigs.

²⁶ Como ya se ha indicado en nota precedente, cerrado este trabajo y aceptado para su publicación, el procedimiento se ha reanudado y se ha presentado un Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados: *vid.* nota ix.

²⁷ Con el fin de que la reforma se lleve a cabo en un marco participativo, que sea capaz de recoger las demandas de las personas afectadas por ella, han optado por elaborar unas bases para articular un debate público. Una vez aprobadas las bases, se desarrollarán en forma de normas que serán las que sustituirán la normativa actual, en particular la parte del CCCat relativa a las instituciones de protección de personas mayores de edad. Esa nueva normativa se presentará en forma de anteproyecto de ley de reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica.

²⁸ Agradezco al prof. Jordi RIBOT IGUALADA la información compartida sobre el estado de la cuestión en Cataluña.

²⁹ Así lo explica el propio ponente, SERRANO GARCÍA, J.A. (SERRANO GARCÍA, J.A., 2008, 157 y 158).

³⁰ *Vid.* un interesante estudio en GARCÍA CANTERO, G. (1988), 497 y sigs.

³¹ Sobre todo ello, *vid.* con mayor detalle: GARCÍA CANTERO, G. (1988), 509 y sigs.; SERRANO GARCÍA, J.A. (2004-2), 9 y sigs.; MATA RIVAS, F. (2000), 260 y sigs. y, 280 y sigs.

³² Puede consultarse una síntesis más desarrollada del régimen del Código del Derecho Foral en el capítulo del *Manual de Derecho civil aragonés* citado en la nota anterior, 111 y sigs., y en el capítulo titulado «Las relaciones tutelares» de la misma autora junto con LÓPEZ AZCONA, A., 203 y sigs. En ambos capítulos se cita bibliografía más específica.

³³ Este concepto amplio (y el tratamiento unitario de toda la discapacidad) ha sido, en ocasiones, objeto de crítica por la doctrina. *Vid.*, por ejemplo, MAYOR DEL HOYO, M.V. (2013), 13 y 14; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2014), 33 y sigs.; PEREÑA VICENTE, M. (2018-1), 62 y sigs.

³⁴ Sobre esta controvertida cuestión, puede verse ampliamente: PARRA LUCÁN, M.Á. (2015), 13 y sigs. y, 129 y sigs.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2017), 505 y sigs.; GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2017), 95 y sigs.; GARCÍA RUBIO, M.P. (2018-1) 173; PAU PEDRÓN, A. (2018), 4 y sigs.; DE SALAS MURILLO, S. (en prensa); PEREÑA VICENTE, M. (2018-2), 120 y sigs.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2019), 266 y sigs.; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019), 130 —nota 10—; LEGERÉN MOLINA, A. (2019), 189 y sigs.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2019), 25 y sigs.

³⁵ Sobre esta concepción del apoyo, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2014), 93 y sigs.

³⁶ Sobre la ley que rige la capacidad y la ley que rige la protección de los mayores de edad, *vid.* el epígrafe II.- 4. B. a).

³⁷ Cfr. Observación General núm. 1: CRPD/C/GC/1, 8.

³⁸ También el Anteproyecto de Ley regula el derecho a la retribución del curador en el artículo 279.

³⁹ En realidad, en Aragón el derecho a la retribución, así como la cuantía y forma, cuando no hayan sido establecidos en la delación voluntaria, pueden ser previstos por el juez, pero también por la Junta de Parientes —art. 105.1 CDFA—.

⁴⁰ Este inciso, que no figuraba inicialmente en el Proyecto de Ley, fue añadido a propuesta de las enmiendas de tres grupos: Enmienda núm. 337, del Grupo Parlamentario Aragonés; Enmienda núm. 338, de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón; Enmienda núm. 341, del grupo Parlamentario Popular de las Cortes de Aragón. Cfr. Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, núm. 305, 26 de diciembre de 2018, 22124, 22125, 22126.

⁴¹ Llama la atención que la ley, puesta a reproducir el precepto en cuestión, no lo haya hecho de forma íntegra, y excluya la referencia a que las medidas sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, se apliquen en el plazo más corto posible y estén sujetas a revisiones periódicas. Quizás sea debido, por buscar una explicación, a que se ha centrado en aquellos aspectos de las salvaguardas relacionados con el respecto a la voluntad y preferencias, que es el derecho que se trata de garantizar en este título.

⁴² Sobre la influencia de la Convención de Naciones Unidas en materia contractual, puede verse: GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2019), 70 y sigs.

⁴³ Sobre ello puede verse, por ejemplo, GARCÍA RUBIO, M.P. (2018-2), 180 y sigs. Y de forma muy crítica: CARRASCO PERERA, Á. (2018); para quien la patología del sistema propuesto reside en «que un contrato pueda ser anulable por no respetarse las medidas de apoyo no conectadas con el consentimiento y que un contrato pueda ser anulable a pesar de que estas han sido observadas», 5.

⁴⁴ El Proyecto de Ley introduce un cambio relevante: elimina la posibilidad de que la persona a quien corresponda prestar el apoyo anule el contrato (cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, XIV legislatura, Serie A Proyectos de Ley, 17 de julio de 2020, núm. 27-1, 34).

⁴⁵ El redactor explica que en virtud de tal remisión resultarían aplicables las reglas sobre la capacidad de los menores, incluida, aunque reconociendo que con alguna dificultad, las relativas a la invalidez. Especifica que dicha dificultad estaría en la distinta situación del incapacitado, «sobre todo porque su falta de capacidad no va a ir desapareciendo gradualmente al irse haciendo mayor». Por ello, en el primer texto presentado opta por incluir una regulación específica en un precepto distinto —el 39— formulando de otra manera las reglas de legitimación y cómputo de plazo. Regulación específica a la que finalmente renuncia el legislador. Dicha renuncia no parece que implique la intención de aplicación supletoria de los artículos 1301 y 1302 del Código civil, sino el régimen previsto para el menor. Cfr. SERRANO GARCÍA, J.A. (2004-1), 130 a 132.

⁴⁶ *Vid.*, por ejemplo, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2013), 10287 y sigs. y DE VERDA Y BEAMONTE. J.R. (2013), 333 y sigs.

⁴⁷ *Vid.* en este sentido: GARCÍA RUBIO, M.P. (2018-2), 189.

⁴⁸ Hace notar la citada autora que la necesaria coordinación con lo dispuesto en el artículo 285.2.º obliga a considerar que tratándose de arrendamientos de bienes inmuebles por un tiempo superior a seis años el curador requerirá además la pertinente autorización judicial (GARCÍA RUBIO, M.P., 2018-2, 189).

⁴⁹ La redacción que da el Proyecto de Ley al precepto (ahora el 299), que omite la referencia a «en todo caso», mantiene el concepto de imputación subjetiva del Anteproyecto: «La persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con los artículos 1902 y 1903, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables» (cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, XIV legislatura, Serie A Proyectos de Ley, 17 de julio de 2020, núm. 27-1, 28).

⁵⁰ Se propone también nueva redacción para los preceptos del Código Penal que regulan la responsabilidad derivada de delito. En el primer párrafo de la regla 1.^a del artículo 118 se sustituye la referencia a la responsabilidad de «quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho» por la de «quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho». Y en el núm. 1 del artículo 120 se sustituye la responsabilidad de «los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía...», por la de «los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo...».

⁵¹ Inicialmente, el Anteproyecto había excluido sin más mención a la persona con discapacidad del artículo 125 del Código civil. En su versión de enero de 2019 se añadió, sin embargo, a petición del Consejo General del Poder Judicial, el siguiente inciso: «Di-

cha determinación no se entenderá realizada al margen de los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad que aquellas precisen», puesto que, aunque se deduce que así es, parecía oportuno incidir en ello (Cfr. *Informe*, 2018, 59).

⁵² Aparte de ello, hay señalar los problemas procesales que podría plantear en Aragón la previsión del futuro artículo 121 del Código civil relativa a la instrucción, en su caso, de un incidente de modificación de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas para que la resolución judicial haga referencia al reconocimiento.

⁵³ Puesto que en el Proyecto de Ley el contenido de estos preceptos pasa a los artículos 268 y sigs., la nueva redacción del artículo 760 actualiza la referencia numérica (Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, XIV legislatura, Serie A Proyectos de Ley, 17 de julio de 2020, núm. 27-1, 40).

⁵⁴ También el Consejo Económico y Social en su dictamen sobre el Anteproyecto abogó por el cauce de la jurisdicción voluntaria (*Dictamen CES 5/2018*, 27).

⁵⁵ Como ya se ha indicado, la nueva numeración del articulado en el Proyecto de Ley obliga a sustituir las referencias a los artículos 266 y sigs. por las relativas a los artículos 268 y sigs. (Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, XIV legislatura, Serie A Proyectos de Ley, 17 de julio de 2020, núm. 27-1, 40 y 48).

⁵⁶ La supresión no figuraba inicialmente en el Anteproyecto. Se añadió en su versión de enero de 2019 a partir de una sugerencia del Consejo General del Poder Judicial. Cfr. *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil...*, cit., 91.

⁵⁷ En el Proyecto de Ley, la mención a «los datos de salud vinculados a la discapacidad» del apartado b) se sustituye por la referencia a «la discapacidad y las medidas de apoyo» como datos especialmente protegidos (Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, XIV legislatura, Serie A Proyectos de Ley, 17 de julio de 2020, núm. 27-1, 46).

⁵⁸ *Vid.* nota IX.

⁵⁹ El autor es seguido por SERRANO GARCÍA, J.A. (2004-2), 14 y (2014-1), 125.

⁶⁰ *Vid.* más ampliamente SERRANO GARCÍA, J.A. (2004-2), 16.

*(Trabajo recibido el 30-4-2020 y aceptado
para su publicación el 24-9-2020)*