

Modernas perspectivas en torno a la discapacidad

Modern perspectives on disability

por

CARLOS CUADRADO PÉREZ
Director of counsel Unive Abogados
Profesor Titular de Derecho civil UCM

RESUMEN: Tras más de una década desde la entrada en vigor en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la discusión en torno a la discapacidad ha alcanzado actualmente su mayor intensidad en nuestro país. La perspectiva desde la que se aborda la discapacidad, afortunadamente, ha cambiado: ahora se trata de potenciar la autonomía de las personas afectadas, para conferirles el protagonismo del que han carecido secularmente, y evitar respuestas judiciales estandarizadas frente a la discapacidad, donde sistemáticamente se recurría a la representación. Se puede advertir, no obstante, un cambio jurisprudencial en los últimos años, ya que nuestro Tribunal Supremo exige ahora la confección de las resoluciones como un «traje a medida». En este escenario, ha irrumpido con una fuerza inusitada el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en cuyas Observaciones, inspiradas en los más radicales postulados neoliberales, se trata de imponer la absoluta erradicación de las medidas representativas estables, y se admite únicamente la posibilidad de establecer «medidas de apoyo» en la toma de decisiones del individuo con discapacidad. En este artículo analizamos las Observaciones del Comité, su cuestionable eficacia, así como su confrontación con el Anteproyecto de Ley español donde se propone la reforma de nuestro sistema. Finalmente, prestamos una especial

atención a la respuesta que habría de darse en las hipótesis de las personas sin capacidad natural de autogobierno, para lo cual intentamos efectuar una interpretación teleológica de la Convención.

ABSTRACT: More than a decade has passed since the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities entered into force in Spain, and the discussion regarding disability has now reached its greatest level of intensity within our country. Fortunately, there has been a change in the approach to disability: nowadays the focus lays on strengthening the autonomy of affected people—in order to provide them with the prominent role they have lacked for centuries—and avoiding standardised legal response to disability, where representation was systematically resorted to. Nevertheless, it is possible to observe a jurisprudential shift in the last years, since our Supreme Court now requires legal rulings to be customised as ‘tailored suits’. In this context, the United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities has burst into the stage with an unheard-of force. Its Comments, inspired by the most radical neoliberal postulates, seek to impose the complete eradication of stable measures of representation, and only allow the possibility of supported decision-making by individuals with disabilities. In this article we analyse the Comments of the Committee, its questionable effectiveness, as well as its confrontation with the Spanish Draft Bill, where the reform of our system is proposed. Finally, we pay special attention to the answer that should be given in those circumstances where people lack the natural capacity to rule themselves, for which we attempt to apply a teleological interpretation of the Convention.

PALABRAS CLAVE: Tutela. Discapacidad. Representación legal. Medidas de apoyo en la toma de decisiones. Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

KEY WORDS: Guardianship. Disability. Legal representation. Supported decision-making. United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PUNTO DE PARTIDA: 1. LA DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO ESPAÑOL: A. Escenario legal. B. Realidad jurisprudencial: a) Perspectiva tradicional. b) Evolución ulterior. 2. ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERE-

CHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—III. BREVE APROXIMACIÓN A LOS EJES CENTRALES DE LA REFORMA PROYECTADA EN ESPAÑA.—IV. COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: 1. INTRODUCCIÓN. 2. «OBSERVACIONES» DEL COMITÉ. 3. PREMISAS DE LAS QUE PARTE EL COMITÉ: *A. Formulación general del principio de igualdad. B. Capacidad jurídica «en igualdad de condiciones». C. Las circunstancias de cada sujeto y el criterio de la «proporcionalidad». D. La voluntad y preferencias de la persona como límite.* 4. CONTRASTE ENTRE LA DISCAPACIDAD, LA MENOR EDAD Y EL GÉNERO DE LAS PERSONAS: *A. Parangón con la minoría de edad. B. La desconcertante equiparación entre la discapacidad y el género.* 5. ORIGEN IDEOLÓGICO Y VALOR DE LA POSTURA DEL COMITÉ: *A. El neoliberalismo exacerbado como guía del Comité. B. ¿Son las recomendaciones del Comité imperativas para los Estados?*—V. LA INELUDIBLE ATENCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES MÁS SERVERAS.—VI. POSIBLE EFECTO PERNICIOSO DE LA SUPRESIÓN DE LA REPRESENTACIÓN.—VII. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK.—VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La viva discusión en torno a los aspectos jurídicos que circundan la discapacidad ha eclosionado en los últimos años, a raíz de la aprobación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, Convención de Nueva York). Los Instrumentos de Ratificación de dicha Convención y de su Protocolo Facultativo por nuestro país fueron publicados en el BOE, respectivamente, los días 21 y 22 de abril de 2008. Pese a haber transcurrido más de una década desde este trascendental hito, nos hallamos envueltos actualmente en el momento de mayor intensidad en relación con el debate suscitado por la referida Convención.

A lo largo de estos años, no han sido escasas las irritadas críticas vertidas hacia nuestro Poder Legislativo (también hacia el Poder Judicial), dada su persistente inacción. La respuesta del legislador español ha cristalizado, diez años después de la entrada en vigor de la Convención en nuestro país, en el «Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», presentado el 21 de septiembre de 2018. Soplan enérgicos vientos de cambio, tanto a nivel legislativo como en nuestro panorama doctrinal patrio, con la pretensión de consumir una profunda inversión del escenario jurídico civil atinente a las personas con discapacidad.

En este sentido, cabe constatar la incesante actividad de un sector aparentemente mayoritario de nuestra doctrina, que asume con gran convicción los postulados de quienes propugnan una lectura drástica del mencionado texto internacional, de tal forma que exigen que se destierre de nuestro ordenamiento cualquier figura representativa o sustitutiva de la voluntad de las personas con discapacidad. Las conclusiones de esta exégesis de la Convención se encuentran directamente inspiradas por las ideas exhibidas por el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus escritos (de manera destacada, en sus «Observaciones», que abordaremos más adelante).

Como hemos señalado, esta corriente de opinión se presenta como mayoritaria, si bien, frente a ella, emergen algunas voces disonantes, que patrocinan una visión más cautelosa que no sucumbe al embate de la impetuosa vorágine de anhelos reformadores en la que nos hallamos ineludiblemente inmersos. Este sector doctrinal se muestra disconforme con lo que CARRASCO peyorativamente califica como «una especie de pensamiento único» que parece imperar en relación con la discapacidad, ya que —según este autor— todos los que disertan sobre este tema «reman en la misma dirección»¹. A nuestro modo de ver, aunque —en rigor— probablemente no quepa hablar de «pensamiento único», sí resulta palmaria la identificación de la opinión mayoritaria como la «políticamente correcta».

Cierto es que, en la época actual, en la que los debates de cualquier índole frecuentemente sufren la perniciosa devastación irrogada por la demagogia, por los maximalismos, por la posverdad², así como por los punzantes desprecios públicos y las ignominias colectivas hacia quienes sostienen opiniones disímiles, corremos el intolerable riesgo de convertir lo políticamente correcto en el pensamiento único.

La Retórica, según denuncia Darío VILLANUEVA (que fue Director de la Real Academia Española hasta enero de 2019), goza del potencial «de hacer locutivamente real lo imaginario, o simplemente lo falso»³. En opinión de este distinguido académico, lo que se considera cierto o real no es otra cosa que una construcción de conciencia, tanto individual como colectiva, y no «algo ontológicamente sólido y unívoco»⁴.

A nuestro modo de ver, estas críticas reflexiones —que VILLANUEVA no circunscribe a ningún ámbito concreto— acaso sean directamente predicables de la percepción que sobre el tratamiento jurídico de las discapacidades se ha extendido en los últimos tiempos. Cabría plantearse en qué medida los recursos retóricos manejados por un determinado sector han contribuido decisivamente a la elaboración de esa conciencia colectiva hoy imperante, conceptuada por CARRASCO como «pensamiento único», y que presenta como inconcuso lo que, quizás, sea tributario de una más profunda y menos visceral reflexión.

Por cuanto a la reprochada bipolarización de la discusión se refiere, nos entristece enormemente comprobar cómo el debate en torno a un tema de capital relevancia, como es el del modo de abordar las necesidades y el impulso de las personas con discapacidad, padece los mismos frustrantes vicios que la práctica totalidad de las controversias a estas alturas del siglo XXI, sea cual fuere el tema discutido y su relevancia. Se advierte una inquietante degeneración de toda suerte de discusión en la actualidad, pues se envilece el clásico método dialéctico, y se percibe la permanente obcecación por la refutación maximalista de cualquier posición contraria, sin hacer concesiones a la misma ni mostrar interés por la búsqueda de lo razonable, sino, única y exclusivamente, por hacer un vehemente ejercicio de defensa a ultranza de su postura antagónica. Las réplicas efectuadas y los interrogantes planteados en torno a una opinión o punto de vista no son asumidos, en nuestra sociedad, como el caldo de cultivo propicio para identificar y desterrar los sofismas o los errores de la propia construcción teórica, sino que, en el mejor de los casos, resultan abrupta e irreflexivamente contestados, cuando no directamente obviados.

En definitiva, el método de la contraposición argumental se ha visto despojado de su esencia, que radica en la búsqueda de lo que racionalmente puede asumirse como verdad. Ahora se recurre a él con el único propósito de perseverar obstinadamente en las propias ideas, sin siquiera detenerse a escrutar si los argumentos de las teorías enfrentadas pueden resultar eventualmente dignos de atención o reflexión. Parece contemplarse cualquier debate como el contexto idóneo para imponer, sin gradaciones ni matices, las propias concepciones, de tal modo que toda discusión ha quedado limitada al encastillamiento en torno a dos construcciones antagónicas. Ello colisiona irremediablemente con el elogiado modo de concebir las discusiones manifestado, ya en el siglo XIX, por Joseph Antoine René JOUBERT: «*L'objet de toute discussion ne devrait pas être le triomphe mais le progrès*» (el sentido de toda discusión no debería ser el triunfo, sino el progreso).

Estas indeseables coordenadas propician la erradicación del eclecticismo, ya que todo debate se ve lacerado por la ausencia de contemplación de soluciones intermedias, conciliadoras de los diversos puntos de vista, que habitualmente resultan las más razonables. Parece haberse desterrado, pues, la prudente y fructífera perspectiva ofrecida por ARISTÓTELES, quien identificaba la virtud con el justo término medio, tal y como asumió, con posterioridad, HORACIO en sus *Epístolas* (1, 18, 9), cuando proclamó: «*Virtus est medium vitiorum utrimque reductum*».

Quizás como indirecto efecto de la limitación de caracteres de algunas redes sociales y de la inmediatez requerida en todas las esferas de la sociedad moderna, las personas nos hemos habituado a trasladar nuestra opinión de manera sintética y sin pormenores ni detalles. De ello deriva, obviamente,

la referida reducción en toda discusión: bien se sostiene una opinión o bien la completamente opuesta. De hecho, se advierte una descorazonadora propensión a ubicar en la posición enfrentada a quien, pese a estar de acuerdo en lo esencial de una postura, simplemente introduce alguna matización en los postulados sostenidos por este sector de opinión, y es inmediatamente sentenciado como «reaccionario» y «políticamente incorrecto». A nuestro juicio, este fenómeno degrada cualquier discusión y margina los enfoques más enriquecedores en toda controversia, pese a que habitualmente resultan los más razonables y atinados, y confiere un lugar preponderante a las perspectivas que patrocinan proposiciones absolutamente férreas e inamovibles.

Apunta —con tino— ATIENZA que lo políticamente correcto y el pensamiento crítico «no hacen buenas migas»⁵. Profundiza en esta reflexión ALEMANY, cuando sostiene que lo políticamente correcto constituye «una mordaza contra el pensamiento crítico», bien por no permitir a las personas expresar sus opiniones, o bien por no permitir siquiera pensar⁶. Con razón identifica VILLANUEVA la corrección política con una nueva forma de censura, perversa, para cuya asimilación no nos hallábamos preparados, ya que es implacablemente impuesta por una «etérea instancia» localizada en estamentos difusos de la sociedad civil, y no por el Estado, el Gobierno, el Partido ni la Iglesia. Como consecuencia de lo anterior, la racionalidad, que es un atributo privativo de la especie humana, permanece postergada, para arrojarnos irreflexivamente en brazos de los sentimientos, los prejuicios y las pasiones. Como complemento de lo anterior, la corrección política construye un nuevo léxico eufemístico con fines políticos, en aras a guiar y gobernar el pensamiento de los ciudadanos, a imagen de la célebre «neolengua» planteada con lúcida acidez por George ORWELL en su novela «1984», donde el autor británico desenvuelve un atractivo ejercicio crítico frente a los regímenes totalitarios⁷.

En el marco de la discusión objeto de este trabajo, parece que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —sobre el que disertaremos más adelante— tergiversa conceptos y desarrolla su razonamiento con clamorosas omisiones, con el propósito de desnaturalizar el texto y el alma de la Convención de Nueva York. El Comité y los partidarios de sus postulados juzgan negativamente la calidad moral de quienes no comparten plenamente su ideología, aunque simplemente introduzcan matices o correcciones a la misma. Este sector se presenta como adalid en la defensa de los derechos humanos, la libertad y la dignidad, y considera que quienes no asuman por completo sus pétreas concepciones «atentan contra los estándares que torticeramente se apropian»⁸.

PEREÑA señala que la dura postura advertida en el Comité origina un resultado nocivo, ya que son numerosos los autores que eluden expresar sus racionales opiniones, como consecuencia de la intimidación provocada

por su eventual calificación como «anti-derechos humanos» o reaccionarios. La mordaz actitud del Comité y de sus adeptos representa, por lo tanto, un muro insalvable para muchos de los autores que no comparten una exégesis de la Convención de Nueva York tan extrema como la patrocinada por aquellos.

Sea cual fuere la respuesta final a este planteamiento, no parece sensato que una cuestión de naturaleza jurídica se vea inexorablemente rodeada por el manto de lo políticamente correcto, como consecuencia de los parámetros impuestos por aquella conciencia colectiva. Si bien es cierto que, al constituir las discapacidades una materia que trasciende lo meramente jurídico, y que se adentra hondamente en ámbitos íntimos personales, resultaba previsible que el debate se viera arruinado por los mismos vicios que el resto de agitados discusiones desenvueltas de forma acalorada a nivel social.

De conformidad con el inquietante escenario dialéctico bosquejado en las precedentes líneas, la conciencia social, conducida de forma persistente por sectores señaladamente resueltos, configura con exactitud lo único admitido (y admisible) como cierto y seguro, a modo de «verdad oficial». Lo real. Y esa realidad no es susceptible de controversia ni refutación, de tal modo que, frente a ella, únicamente cabe su convencida asunción y su vigorosa apología. En ocasiones, da la lastimosa impresión de que el pensamiento crítico y el cuestionamiento de estos pretendidos dogmas contemporáneos no son, en definitiva, actitudes siquiera tolerables.

II. PUNTO DE PARTIDA

1. LA DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO ESPAÑOL

A. *Escenario legal*

El modo en el que la discapacidad ha sido tradicionalmente abordada por los legisladores y, de manera especial, por los agentes jurídicos intervinientes en los procesos a ella referidos, se ha visto rodeado por la polémica durante décadas. Si circunscribimos nuestro discurso a lo acontecido en nuestro país, hemos de llamar la atención, en primer lugar, sobre dos preceptos: los artículos 200 del Código civil y 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Según el tenor literal del artículo 200 del Código civil —tras la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela⁹—, todavía se contempla en nuestro ordenamiento la añeja y tradicional institución de la incapacitación judicial: «*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma*». Como puede

apreciarse, en relación con las eventuales causas de incapacitación, nuestro legislador no ha establecido un sistema caracterizado por la presencia de un listado *numerus clausus* de las mismas. Por consiguiente, tampoco la respuesta de nuestros jueces y tribunales frente a las diversas hipótesis enjuiciadas debería distinguirse por la univocidad. En definitiva, dicha regulación no asigna necesariamente las mismas repercusiones a presupuestos esencialmente desemejantes.

A nuestro juicio, esta conclusión resulta plenamente confirmada por la letra del artículo 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando dispone que la «*sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta [...]*». Esta norma no permite al juzgador restringir su actuación a la mera identificación de las características intrínsecas de la persona que propician la modificación de su capacidad, y a decidir, de conformidad con un patrón o modelo, la suerte de incapacitación judicial a establecer. A un sistema abierto de causas de incapacitación corresponde, lógicamente, un régimen que responda a la idea del *numerus apertus* por cuanto a las consecuencias jurídicas de aquella se refiere.

Así pues, los tribunales deben concretar, en cada caso específico, cuáles son los ámbitos precisos donde resulta imprescindible sustituir o complementar la capacidad del sujeto y de qué modo (tutela o curatela), en contemplación de las esferas donde este haya visto afectadas sus facultades de gobierno en parte o completamente. El germen de estas líneas maestras que deben respetar las decisiones jurisprudenciales puede radicarse, con anterioridad a la reforma del Código civil del año 1983 y a la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, en la STS de 5 de marzo de 1947¹⁰.

B. Realidad jurisprudencial

a) Perspectiva tradicional

A pesar de este panorama normativo, la *praxis* judicial de nuestro país tradicionalmente se ha mostrado insuficiente y ajena a la gradación de la incapacitación a la que los transcritos preceptos compelen. De una simple aproximación a las resoluciones dictadas desde hace décadas se infiere, de manera patente, un destacado recurso a las instituciones de la incapacitación total y de la tutela, al tiempo que se advierte una alarmante y absoluta ausencia de precisión, concreción y gradación¹¹. En definitiva, nuestra jurisprudencia —si bien ha reaccionado en tiempos recientes— ha evidenciado un injustificado y pernicioso desinterés o desconocimiento de esta materia, así como en relación con la cumplida observancia del preceptivo análisis personalizado en los supuestos juzgados.

En relación con esta cuestión, PALLARÉS¹² desarrolla un estudio concreto, donde escruta los supuestos de más de doscientas personas con trastorno mental grave que resultaron incapacitadas por la resolución judicial. De su análisis se infiere que los jueces y tribunales han venido violentando tanto el espíritu (manifestado por la citada STS de 5 de marzo de 1947) como la letra de los ya aludidos preceptos relativos a la incapacitación, pues en el 17,64% de los casos analizados resulta «imposible determinar, de la lectura de la sentencia, la causa última que ha determinado la decisión del juzgador»; asimismo, los órganos judiciales se ciñen a emplear la expresión «incapacitación total» en, aproximadamente, un 65% de los casos investigados por dicho autor, y no perfilan con mayor detalle ni gradación los campos donde la persona con discapacidad ha perdido su gobierno y necesita la representación¹³.

b) Evolución ulterior

En nuestra opinión, el ordenamiento jurídico español ofrece suficientes elementos para exigir a los jueces y tribunales una mayor precisión en sus resoluciones, de tal modo que en ellas se delimiten minuciosamente los ámbitos donde la persona requiere ser sustituida, así como las actuaciones donde únicamente deba, en su caso, complementarse su capacidad. La indefinición y la reproducción de patrones, modelos o soluciones en las sentencias, sin importar la diversidad de las concretas circunstancias inherentes a los sujetos incapacitados en cada una de ellas, colisionan con nuestros textos legales. Resulta inadmisibile, pues, la conducta desenvuelta tradicionalmente en un gran número de ocasiones por los Jueces y Tribunales, ya que no solo rehúyen el mandato legal que conmina a la gradación de la incapacitación, sino que también obvian la naturaleza restrictiva y la excepcionalidad por las que se distinguen las medidas que pueden adoptarse en torno a un sujeto incapacitado¹⁴.

El propio Tribunal Supremo —en su emblemática STS de 29 de abril de 2009¹⁵— reconoce que el sistema, las estructuras y las figuras relacionadas con la incapacitación han de ser flexibles y dúctiles, en aras a lograr responder a las necesidades de cada persona concreta, que pueden no coincidir con las de otro sujeto con discapacidad. Es imprescindible, por lo tanto, huir de las *resoluciones judiciales tipo*, así como de las respuestas fijas o genéricas, y confeccionar lo que se ha denominado un *traje a medida*, que se adapte perfectamente a la realidad de cada persona con discapacidad (en esta misma línea, por ejemplo, se manifiesta el Tribunal Constitucional en la STC de 9 de octubre de 2002)¹⁶.

Como hemos tenido ocasión de comprobar a lo largo de los párrafos precedentes, ya desde hace décadas las sentencias de incapacitación habían

de respetar estos parámetros¹⁷. No obstante lo anterior, la realidad práctica habitual ha distado considerablemente de ese marco teórico en el que las sentencias habrían de incardinarse. En este sentido, suponemos que los proyectos de reforma de nuestro ordenamiento jurídico desterrarán definitivamente este triste panorama, y desaparecerán las resoluciones donde se elude el estudio personalizado de las circunstancias inherentes a cada sujeto concreto con discapacidad.

Muy significativo resulta el planteamiento de PEREÑA, cuando pone de relieve que hemos de rediseñar el sistema, pues se ha visto desvirtuado como consecuencia de la obstinada actitud incumplidora de los jueces y tribunales, quienes se han excedido en el uso del «corta y pega», en lugar de confeccionar el «traje a medida» requerido por nuestro ordenamiento jurídico¹⁸.

Como hemos apuntado con anterioridad, nuestro Alto Tribunal se ha mostrado finalmente permeable a esta realidad en los últimos años, y reconoce que el juzgador ha de diseñar el antedicho «traje a medida» de la persona con discapacidad (v.gr., STS de 1 de julio de 2014). Por lo tanto, el Tribunal Supremo demuestra ser conocedor de la realidad normativa imperante en nuestro ordenamiento, y desdeña la reiteración y reproducción de resoluciones tipo u homogéneas. Esta nueva línea jurisprudencial, apreciable —señaladamente— desde la STS de 29 de abril de 2009, parte de la maleabilidad con la que ha de conducirse el juzgador a la hora de afrontar cada procedimiento concreto referido a sujetos con discapacidad, en aras a alcanzar la protección verdaderamente requerida por sus circunstancias. Tal y como se asevera en la STS de 11 de octubre de 2017, la gradación «puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas» (en aplicación de este principio inspirador, *vid.*, v.gr., STS de 27 de noviembre de 2014)¹⁹.

Lógicamente, como se apunta en la STS de 13 de mayo de 2015, para alcanzar los propósitos ansiados, el Tribunal de instancia ha de desenvolver una actuación meticulosa, que le permita percibir con detalle la realidad del sujeto con discapacidad. De este modo, aquel tendrá a su alcance el exacto conocimiento de cómo este desarrolla su vida, si necesita alguna suerte de ayuda y protección tanto para su cuidado como para actuar en los diversos ámbitos, si él mismo puede tomar decisiones en torno a sus propios intereses patrimoniales y personales, o si, por el contrario, resulta imprescindible configurar medidas de complemento o sustitución para algunos o para todos los actos.

Como colofón de todo lo anterior, a modo de confirmación de este reciente y atinado giro jurisprudencial, en la STS de 16 de mayo de 2017 se fija la doctrina del Tribunal Supremo en materia de procedimientos de incapacitación. En este sentido, se advierte que resulta imprescindible proceder a la gradación cuando se modifica la capacidad de obrar, y que, a tal

efecto, únicamente se tomará en consideración lo que sea más adecuado en atención al ejercicio de los derechos de la persona en la específica hipótesis objeto de cada procedimiento. Habrá de llevarse a efecto, por consiguiente, en consideración «a sus concretas y particulares circunstancias». Aunque a esta doctrina responde el espíritu de resoluciones posteriores (entre otras, la STS de 27 de septiembre de 2017), hemos de recordar que constituye una senda ya trazada en la STS de 29 de abril de 2009: «debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado».

A modo de conclusión de este relato jurisprudencial, nos parece interesante exponer la coherencia con estos parámetros evidenciada por nuestro Alto Tribunal, por ejemplo, en la STS de 8 de noviembre de 2017. En esta resolución, se procede a revocar la sentencia de segunda instancia, donde se había decidido acudir a la institución de la tutela, y se opta por el establecimiento de una curatela. Hemos de destacar que, en este supuesto, el vigor de la asistencia del curador se limita al ámbito personal en la parcela médico-sanitaria, y deja incólume la esfera patrimonial de la mujer afectada, que sí resultaba incluida en la sentencia casada. En esta elocuente decisión del Tribunal Supremo, de manera categórica, se concluye que las particularidades que presenta la mujer «no justifican el nombramiento de un tutor». De un somero análisis de los hechos probados parece desprenderse, de manera evidente, que la Audiencia Provincial, al establecer el régimen de tutela, se excedió y obvió burdamente la realidad que arrojaba la exploración de la mujer durante el procedimiento de incapacitación: la señora vivía de modo independiente y autónomo en un piso que ella misma había alquilado gracias al subsidio mensual que percibía y gestionaba. Asimismo, había retomado sus estudios (abandonados años atrás, cuando inició su vida laboral), y su psiquiatra había decidido proceder a la disminución paulatina del tratamiento farmacológico prescrito, como consecuencia de la estabilidad que presentaba la paciente, así como de la inexistencia de crisis de su patología y de ingresos hospitalarios en los últimos tiempos. Como lapidariamente finaliza el Tribunal Supremo, nos hallamos frente a «datos incompatibles con una limitación de su capacidad que se extienda a la gestión de su patrimonio y, por el contrario, permiten compartir la tesis de la recurrente [...] en el sentido de que sus limitaciones estarían centradas en la necesidad de supervisión y apoyo en el seguimiento de su tratamiento médico, a fin de evitar que lo abandonara».

2. ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El diseño de la Convención de Nueva York resulta patente en el primer párrafo de su artículo 1, a cuyo tenor: «*El propósito de la presente Convención*

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»²⁰. Como consecuencia de este declarado propósito, en el artículo 3 de la Convención se incluyen, entre otros, los siguientes principios cardinales: a) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.

Tal y como señalamos al comienzo de este trabajo, España firmó y ratificó tanto este texto internacional como su Protocolo Facultativo, y, como consecuencia, ambos se integraron en nuestro ordenamiento jurídico el día 3 de mayo de 2008. A pesar de ello, parece evidente que el legislador español debe proceder al rediseño de nuestro sistema, con el objetivo de adaptarlo a las nuevas coordenadas que prevalecen en relación con la incapacidad, y que han tomado cuerpo en la referida Convención de Nueva York. No obstante, hemos de insistir en una circunstancia incontrovertible: la Convención forma ya parte de nuestro ordenamiento interno, dados los términos recogidos en la primera frase del artículo 96.1 Constitución («*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*»). La vigencia de la Convención de Nueva York en los Estados firmantes fue recordada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el punto 30 de su «*Observación general Núm. 1 (2014)*» —CRPD/C/GC/1— en su 11.º periodo de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014).

En concomitancia con este precepto de nuestra Carta Magna, hemos de hacer alusión al artículo 10.2 del mismo cuerpo legal, en el que se establece que la interpretación de las normas atinentes a los derechos fundamentales y libertades públicas deberá llevarse a cabo de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que sobre estas materias hayan resultado ratificados por España²¹.

En el seno de la Convención de Nueva York, a los efectos de nuestra investigación, resulta de capital relevancia volver la mirada hacia el trascendental artículo 12, donde se preceptúa:

«1. Los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. 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.

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

4. *Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*

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

Es en torno a este precepto donde se ha desarrollado un debate sin precedentes sobre el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico interno ha de dispensar a las personas con discapacidad. Las posturas sobre este particular se hallan aparentemente polarizadas, debido, especialmente, a la firme convicción del sector que exige la radical eliminación de cualquier traza del sistema perfilado en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, como tendremos ocasión de exponer con posterioridad, estos autores consideran que la Convención de Nueva York impone la erradicación sin condiciones de cualquier instituto que, aunque sea de manera residual, contemple la eventualidad del establecimiento de medidas de representación o sustitución de la persona afectada por la discapacidad.

Con independencia de cuál sea la solución final adoptada en relación con esta espinosa cuestión, y dado que dicha Convención forma ya parte del ordenamiento jurídico español, es evidente que las modernas directrices pergeñadas por la misma diseñan un sistema incompatible con el escenario en el que venían conduciéndose tradicionalmente nuestros jueces y tribunales. Vistos los términos adoptados por la Convención de Nueva York, resulta de todo punto reprochable la confección de decisiones monolíticas, dictadas sin tomar en consideración las particulares circunstancias y necesidades de las personas con discapacidad protagonistas de dichas resoluciones. No obstante, según evidenciamos con anterioridad, nuestro Alto Tribunal se ha mostrado decididamente consciente de esta exigencia en la última década (si bien ya había aludido a esta necesidad en la STS de 5 de marzo de 1947, y

nuestros textos legales apuntaban en esta misma dirección desde su reforma en el año 1983).

III. BREVE APROXIMACIÓN A LOS EJES CENTRALES DE LA REFORMA PROYECTADA EN ESPAÑA

Como respuesta a la necesidad de llevar a cabo un replanteamiento de nuestro sistema, tras varios años de críticas vertidas por la pertinaz inacción advertida en nuestro legislador, el día 21 de septiembre de 2018 se presentó el ansiado *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*²². En virtud del propio tenor literal de su Exposición de Motivos, con esta norma se pretende «*dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención [...] que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*».

Como consecuencia de la inclusión de la Convención de Nueva York en nuestro ordenamiento jurídico interno, según se señala en dicha Exposición de Motivos, es necesario efectuar el tránsito desde un sistema caracterizado por el predominio de la sustitución en la toma de las decisiones que conciernen a los sujetos con discapacidad, hacia otro que se sustente en el sometimiento a la voluntad y preferencias de aquellos; asimismo, a modo de regla general, será la persona con discapacidad quien tome sus propias decisiones. Como principios inspiradores de la reforma, se aducen los siguientes: la dignidad de la persona con discapacidad, la tutela de sus derechos fundamentales, el respeto de su libre voluntad, así como los principios de necesidad y proporcionalidad en relación con las medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás (cfr., v.gr., art. 248 CC, según la redacción que le otorga el Anteproyecto).

De modo coherente con el espíritu de la reforma planeada, «*el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse*». El Anteproyecto huye de la visión típica de los Códigos decimonónicos, que abordan la discapacidad desde una perspectiva meramente patrimonial, en aras a procurar también la debida atención a los aspectos personales de los sujetos (v.gr., decisiones sobre su domicilio, salud, comunicaciones, etc). Parece evidente, pues, que nos hallamos frente a lo que ha

sido calificado como un «cambio de paradigma», y que las visiones tuitivas o paternalistas —locución empleada en la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto— *«hoy resultan periclitadas»*.

En definitiva, según el Anteproyecto, se muda el enfoque con el que se aborda la discapacidad, y se ubica en un lugar preponderante una idea que durante mucho tiempo ha pasado inadvertida: *«que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado»* (en el Anteproyecto se califica como *«una cuestión de derechos humanos»*)²³.

Por otra parte, en el texto proyectado se confiere primacía a los poderes y mandatos preventivos (*Vid.* la redacción prevista para los arts. 254 a 260 CC)²⁴, y se robustece la guarda de hecho, que se configura como una *«institución jurídica de apoyo»* —con abandono de su contemplación como una situación provisional— en aquellas hipótesis en las que se revele como una figura apropiada para proteger los derechos del sujeto afectado por la discapacidad (cfr. los proyectados arts. 236, 237, y 261 a 265 CC). Cuando en el tráfico se precise al guardador *«que acredite la representación»*, en el párrafo segundo del artículo 261 del Código civil (a tenor de la redacción prevista en el Anteproyecto) se perfila la necesidad de que aquel obtenga una *«autorización judicial ad hoc»* —en un expediente de jurisdicción voluntaria— en consideración a las concretas circunstancias concurrentes, sin requerir, por consiguiente, la apertura de un procedimiento general de establecimiento de apoyos.

El principal patrón que impregna toda la reforma del sistema es la provisión de *«apoyos»* a los sujetos que los necesiten. Como concepto jurídico indeterminado, en la práctica, precisa de concreción en cada caso específico, pues en él se comprende toda suerte de actuaciones (v.gr., acompañamiento amistoso, ayuda técnica en la comunicación de manifestaciones de voluntad, ruptura de barreras de cualquier clase, consejo, o, incluso, toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad).

Como fundamental medida de apoyo con cimiento judicial (que, a tenor del propuesto art. 248 CC, solo se adoptará *«en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate»*), en el Anteproyecto se recoge la curatela²⁵. De hecho, constituye la figura con una regulación más profusa (los proyectados arts. 266 a 292 CC), y se dibuja con unos contornos que la identifican con la finalidad de asistencia, apoyo y ayuda a la persona con discapacidad. La curatela, en virtud de lo dispuesto en el artículo 249 Código civil modificado por el Anteproyecto, resultará reservada a los sujetos que requieran el apoyo *«de modo continuado»*, y su extensión no se halla legalmente prefijada, pues habrá de ser perfilada por el juzgador en cada caso, en función de la realidad de cada concreto sujeto con discapacidad. Asimismo, tampoco se distinguen distintas suertes de curatela, en atención a la intensidad del apoyo, a diferen-

cia de lo que acontece, por ejemplo, en el ordenamiento suizo²⁶; no obstante, entendemos que su potencial contenido incluye todas esas modalidades, tal y como cabe inferir de la Exposición de Motivos del Anteproyecto.

Las máximas que deben guiar la configuración de la curatela son, como señalamos con anterioridad, la proporcionalidad a las necesidades de la persona, así como el respeto de su autonomía, voluntad, deseos y preferencias (cfr. el proyectado art. 266 CC). Asimismo, se establece la necesidad de revisión periódica de las medidas adoptadas, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, en un plazo máximo de tres años²⁷. Hemos de poner de relieve que, con ciertas similitudes con nuestro vigente artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya en el Derecho Romano se preveía la necesidad de revisar la medida establecida si las circunstancias de la persona incapacitada variaban, si bien no se establecían plazos periódicos específicos para su comprobación (Dig. 27,10,1, ULPIANO: «...et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit; quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum» —y estarán ambos bajo curatela hasta que el loco hubiere recobrado la salud, o aquel [el pródigo] las buenas costumbres; si esto sucediere, de derecho dejan de estar bajo la potestad de los curadores—).

Como directa consecuencia del giro trazado en el Anteproyecto, se pretende desterrar la tutela de modo definitivo del marco de la discapacidad, así como la patria potestad prorrogada y la rehabilitada, «*figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de protección de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone*». La tutela quedaría, pues, circunscrita a los menores de edad no protegidos por la patria potestad o en situación de desamparo (cfr. el propuesto art. 199 CC). En el supuesto de los emancipados, el complemento de su capacidad en aras a la realización de ciertos actos jurídicos resultará desenvuelto por un defensor judicial, cuando no puedan hacerlo los progenitores o exista conflicto de intereses con ellos (*Vid.* la redacción conferida en el Anteproyecto a los arts. 234.3.º, 246 y 247 CC).

No obstante lo anterior, hemos de llamar la atención sobre la contemplación de la posibilidad de otorgar poderes y mandatos preventivos con *facultades representativas*, donde será el propio sujeto quien determine que el poder devendrá eficaz en el caso de verse en el futuro necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad (cfr. los proyectados arts. 255 y 259 CC). Asimismo, en el artículo 267 Código civil el Anteproyecto introduce una previsión muy polémica, pues en dicho precepto se daría carta de naturaleza a la eventual representación o sustitución de la persona sujeta a curatela²⁸:

«Solo en los casos excepcionales en los que resulte necesario por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de aquella.

Tanto los actos en los que el curador deba prestar la asistencia, como aquellos otros en que deba ejercer la representación, deberán fijarse de manera precisa.

En ningún caso podrá incluir la sentencia la mera prohibición de derechos».

A pesar de ello, en el mismo texto proyectado se trata de restringir la libertad de actuación del curador en estos supuestos pretendidamente residuales. En este sentido, en el artículo 280 del Código civil previsto en el Anteproyecto se dispone que el curador, «*cuando actúe con facultades representativas*», habrá de tomar en consideración tanto la trayectoria vital como los valores y creencias del sujeto al que preste apoyo; en esta toma de decisiones en sustitución de la persona sometida a curatela, deberá tratar de «*determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación*», con especial atención a los factores que el afectado habría tenido en cuenta²⁹.

Pese a su caracterización como medida excepcional, o como último recurso factible, la posibilidad de la sustitución o representación de la persona afectada por la discapacidad no resultaría, pues, radicalmente desterrada de nuestro ordenamiento jurídico, en el caso de aprobarse definitivamente el Anteproyecto en su versión de septiembre de 2018. De hecho, se alude a la curatela con facultades representativas en un considerable número de los preceptos del Código civil cuya modificación se halla prevista en dicho texto³⁰. No obstante, según explica PAU, en el precepto proyectado el legislador trata de transmitir a los tribunales que, si es posible, deben decantarse por la curatela asistencial, antes de recurrir a la curatela representativa³¹.

La regulación del Anteproyecto se halla, por lo tanto, absolutamente afectada por la viva controversia en la que nos vemos actualmente inmersos, ya que no solo conserva la figura de la curatela (si bien focalizada principalmente en el sistema de apoyos, y con una consistencia diferente a la que tradicionalmente ha tenido), sino que mantiene, aunque únicamente para hipótesis excepcionales en las que se presente como imprescindible, la posibilidad de establecer la representación o sustitución de la persona afectada. Tales medidas colisionan frontalmente con los dictados emanados del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que —tal y como expondremos más adelante— insta a la abolición de la propia curatela, así como a la erradicación de cualquier institución de representación o sustitución en nuestro ordenamiento jurídico interno³².

Si bien excede del propósito de este trabajo, hemos de advertir que la nueva perspectiva con la que se afronta el fenómeno de la discapacidad en el antedicho Anteproyecto exige, lógicamente, la adaptación de otras normas, al margen de las referidas a las tradicionales instituciones propias

de la incapacitación contenidas en el Código civil (v.gr., normas relativas al Derecho Internacional Privado, nacionalidad, efectos de las crisis conyugales, filiación, sociedad de gananciales, Derecho de Sucesiones, Derecho de Contratos, responsabilidad civil, Derecho Penal, Registro de la Propiedad, Registro Civil, etc). Evidentemente, en el caso de prosperar la reforma proyectada, las normas procedimentales resultarán plenamente afectadas por una profunda revisión (Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley de Jurisdicción Voluntaria). En relación con el marco procesal, únicamente queremos llamar la atención sobre el inevitable reemplazo de los tradicionales procesos de modificación de la capacidad, que se verificaría como consecuencia del cariz del nuevo planteamiento. En este sentido, se verían sustituidos por procesos encaminados a la provisión de apoyos a las personas con discapacidad. Esta suerte de procedimientos no podría concluir, por consiguiente, con una declaración de incapacitación ni con una privación de derechos; en el caso de resultar imprescindible, la sentencia podría exclusivamente concretar los actos para cuya realización precise de apoyo la persona con discapacidad. Dicho procedimiento se caracterizaría por la «*colaboración interprofesional*» —o «*de mesa redonda*»—, en la que especialistas del ámbito jurídico, asistencial y sanitario, habrían de coadyuvar al establecimiento de las medidas de apoyo apropiadas en cada hipótesis concreta (*Vid.* apartados III y V de la E. de M. del Anteproyecto).

IV. COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. INTRODUCCIÓN

Hemos hecho referencia con anterioridad al Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyas *recomendaciones o sugerencias* se recogen en sus denominadas «Observaciones». Dicho Comité se constituyó como directa consecuencia de la aprobación de la Convención de Nueva York de 2006, y se conformó como «órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención»³³.

Para dar satisfacción a dicho cometido, el Comité recibe informes exhaustivos de los Estados Parte en el Convenio de Nueva York, donde estos exponen las medidas que hayan desarrollado en aras a alcanzar el cumplimiento de los deberes asumidos como consecuencia de la firma del referido texto internacional, así como los progresos realizados sobre este particular³⁴. Según el tenor literal del artículo 34 de la antedicha Convención, los integrantes de este Comité desarrollarán su actividad «*a título personal*», a pesar de ser escogidos por los Estados Parte de entre los candidatos por

ellos mismos designados —por un periodo de cuatro años susceptibles de prórroga, salvo seis de sus miembros, que no podrán resultar reelegidos—.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.1 de la Convención de Nueva York, una vez escrutada la información remitida por parte de los Estados, el Comité «*hará las sugerencias y las recomendaciones que estime oportunas*», en relación con tales informes. En esta misma línea, en el artículo 39 del citado texto internacional se dispone que el Comité habrá de informar a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social, cada dos años, sobre sus actividades, «*y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general*», cimentadas en el análisis de los informes y datos recabados de los Estados Parte.

2. «OBSERVACIONES» DEL COMITÉ

En cumplimiento de lo preceptuado en la Convención de Nueva York, España envió el referido informe al Comité, que emitió las consiguientes «*Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*» (de Naciones Unidas), de 19 de octubre de 2011, sobre cuyo contenido es ineludible detenerse en esta parte de nuestro trabajo.

En relación con este texto dirigido al Estado español, hemos de fijar nuestra atención en el punto 34 de estas *Observaciones*, donde el Comité exhibe una postura decidida y terminante:

«El Comité recomienda al Estado parte 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. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes».

Al margen de este texto referido específicamente a nuestro país, pero con una orientación similar y con mayor detenimiento, se manifiesta el Comité en su «*Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*» —CRPD/C/11/4—, de 25 de noviembre de 2013. Reitera sus argumentos, asimismo, en la «*Observación general Núm. 1 (2014)*» —CRPD/C/GC/1—, de 19 de mayo de 2014, en su 11.º periodo de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014), en cuyo punto 12 expone que en el seno de la «capacidad jurídica» se envuelve no solo la capacidad de ser titular de derechos, sino también la de «actuar en derecho». Como consecuencia de ello, se atribuye a todas las personas la «capacidad jurídica de actuar en derecho», y ello habilita a las personas con discapacidad tanto para efectuar transacciones como para crear, modificar y extinguir relaciones

jurídicas. En coherencia con lo anterior, en el punto 14 de la *Observación general* del año 2014, se concluye que ambas facetas de la capacidad jurídica son inescindibles. Como resultado de esta aseveración, se presenta como inadmisibile el criterio funcional que deniega la «capacidad jurídica» a las personas que no pueden comprender la naturaleza y repercusiones de una decisión, ni emplear la información pertinente o reflexionar sobre ella. Según la postura del Comité, el artículo 12 de la Convención de Nueva York no autoriza a disminuir la consideración de estos sujetos dentro de un sistema jurídico a través de la discriminatoria privación de su «capacidad jurídica».

Por cuanto a la anteriormente mencionada *Observación general sobre el artículo 12* del año 2013 se refiere, en su punto 3, el Comité manifiesta que «hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados Parte en virtud del artículo 12 de la Convención». A su modo de ver, «no se ha comprendido en general que el modelo de discapacidad basado en derechos humanos implica pasar del paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones a uno basado en el apoyo para tomarlas». Por consiguiente, sostiene el Comité en el punto 7, de modo acusadamente dogmático, que las soluciones que contienen la tutela «deben ser abolidas», en aras a propiciar que las personas con discapacidad «recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás»³⁵.

Según expone el Comité en el punto 14 de la *Observación* de 2013, los Estados Parte no deberían excluir la capacidad jurídica de estos sujetos, sino proporcionarles «acceso al apoyo que puedan necesitar para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos». Ahora bien, el apoyo que se provea deberá respetar los derechos, voluntad y preferencias de aquellos, «y nunca debe consistir en decidir por ellas». Aunque la persona con discapacidad se halle en un escenario de crisis —según expresa el Comité en el punto 16—, han de ser siempre respetadas su autonomía personal y su capacidad de tomar decisiones³⁶; por ejemplo, en el punto 19 de tal *Observación*, se contempla la necesidad de admitir las decisiones que dicha persona adopte sobre materias financieras, y solo se tolera que resulte auxiliada por un «apoyo para ejercer la capacidad jurídica», sin que quepa su sustitución por otra persona.

En opinión del referido Comité (expresada en el punto 21 de esta *Observación*), son discriminatorios, *ab radice*, los sistemas en los que se consiente la representación o sustitución del sujeto en la adopción de decisiones con cimiento «únicamente en que la persona tiene un determinado diagnóstico». Por consiguiente, a su modo de ver, infringen lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención de Nueva York. Como desarrollo de su discurso, en el punto 23 de la *Observación*, el Comité estima que contemplar la tutela —plena o parcial— supone despojar al sujeto de su capacidad jurídica, y denuncia que el sustituto se hallaría facultado para tomar decisiones asentadas en lo

que se entiende como el interés superior objetivo de aquel, sin considerar su voluntad y preferencias [reproduce su parecer en el punto 25.b) de la misma *Observación*]³⁷.

En aras a impedir toda suerte de incertidumbre, en el apartado 24 de la *Observación*, el Comité conmina categóricamente a los Estados Parte a materializar la transformación radical de sus ordenamientos jurídicos internos: «La obligación de los Estados de reemplazar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por otros basados en el apoyo a la adopción de decisiones exige suprimir los primeros y elaborar distintas alternativas para los segundos. Elaborar sistemas basados en el apoyo a la adopción de decisiones y mantener paralelamente regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención». En tal sentido, el régimen de apoyos que ha de instaurarse para facilitar la adopción de decisiones debe «estar a disposición de todos», con independencia de que el grado de apoyo o asistencia que precise el sujeto resulte elevado.

Estas últimas reflexiones pugnan —como ya apuntamos con anterioridad— con el sistema dibujado, en nuestro país, en el *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Conviene recordar que, si bien la mayor parte de la reforma legislativa contenida en dicho texto respeta las opiniones del Comité, en la modificación propuesta en relación con el artículo 267 Código civil (y en la de numerosos preceptos ya aludidos) se incluye una previsión que transgrede palmariamente el tenor de las concluyentes frases del Comité que hemos transcrito: no obstante el carácter residual o excepcional con el que resulta configurada en el proyectado artículo 267 Código civil, en este se inserta la posibilidad de determinar judicialmente los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad.

3. PREMISAS DE LAS QUE PARTE EL COMITÉ

A. *Formulación general del principio de igualdad*

Como fundamento de las sugerencias o recomendaciones vertidas por el Comité, este acude a la absoluta igualdad de todo ser humano. A su modo de ver, dicha equivalencia de condiciones debe conducir, necesariamente, a los Estados Parte a «examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas». Como consecuencia de lo anterior, entiende que los regímenes tradicionalmente aplicados, cimentados en la sustitución de los sujetos con

discapacidad en la toma de decisiones (a través de la tutela, la «curaduría» y las normas sobre la salud mental), han dispensado a estas personas un trato discriminatorio. De modo coherente con esta aseveración, según el referido Comité, tales «prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás» [cfr. punto 7 de la ya mencionada *Observación general Núm. 1 (2014)*].

Según la postura exteriorizada por el Comité en la *Observación* de 2013, el reconocimiento de su plena capacidad jurídica es especialmente relevante cuando las personas con discapacidad han de tomar decisiones fundamentales en materia de salud, educación y trabajo (punto 8). Por este motivo, se reafirma en su idea nuclear: «el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12». Como consecuencia de ello, cualquier práctica cuyo designio o efecto conculque lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención de Nueva York debe resultar proscrita (punto 9), de tal modo que los déficits de la capacidad mental de un sujeto —supuestos o reales— jamás deben servir para justificar la negación de la capacidad jurídica (punto 12).

En nuestra opinión, en materia de capacidad, no cabe desdeñar las circunstancias que envuelven a cada una de las personas con discapacidad, y ofrecer un trato igualitario, sin matices, a todas las personas, con absoluta independencia de sus condiciones. Obviar la realidad inherente a cada ser humano, y ordenar una respuesta jurídica unívoca, homogénea o pétrea, sean cuales fueren los disímiles escenarios que afectan a los diversos sujetos, resultaría inquietante y contraproducente; de manera más acusada, si nos aproximamos a las personas con discapacidades de mayor envergadura. Como sintetiza SERRANO GARCÍA, proclamar la igualdad de derechos no equivale a sostener que todas las personas gozan de la misma capacidad³⁸. En las hipótesis de las discapacidades que —debido a su gravedad— impiden absolutamente la toma de decisiones aun con apoyo o asistencia, la igualdad de condiciones con el resto de personas solo se podrá lograr mediante la admisión de medidas de representación o sustitución en el ejercicio de sus derechos. Como consecuencia de ello, no se alcanza a entender la postura exhibida por el Comité³⁹. Entendemos, como manifiesta ATIENZA⁴⁰, que la igualdad de condiciones exigida por la Convención de Nueva York ha de concebirse «en la medida de lo posible».

Indica PARRA⁴¹ que de nuestra jurisprudencia se infiere, en los últimos años, un rechazo hacia la modificación total de la capacidad de las personas si, a tenor de las pruebas practicadas en el procedimiento, se percibe que estas han de preservar ámbitos de autonomía personal. Como consecuencia

de ello, en gran parte de las ocasiones no se anula dicha autonomía personal, sino que se configura la supervisión de sus actos circunscrita, por ejemplo, a las revisiones médicas (si el sujeto no es consciente de su enfermedad), o al desenvolvimiento de determinadas decisiones de índole patrimonial de gran relevancia (cuando, por la vulnerabilidad de la persona, existe peligro de manipulación por parte de terceros), o bien la asistencia para realizar ciertos actos enumerados en la resolución judicial. No obstante, según esta autora, el juzgador acude a la figura de la representación para determinados actos concretados en la sentencia «cuando es necesario para la protección de la persona que no puede tomar algunas decisiones, ni por sí ni con asistencia».

B. Capacidad jurídica «en igualdad del condiciones»

Si nos centramos en los preceptos de la Convención de Nueva York, apreciamos que en su artículo 12.2 se dispone que los Estados Parte han de admitir que *«las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida»*. A pesar de la pretendida rotundidad de esta aserción, no podemos eludir que en dicho texto internacional se asume que tales sujetos no siempre se encuentran en una situación plenamente equiparable a la de las personas que no sufren ninguna suerte de discapacidad, ya que se apremia a los Estados Parte para que dispongan *«las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica»*; asimismo, en su artículo 12.4 se señala que dichos Estados deben asegurar el establecimiento de salvaguardias, en aras a la evitación de abusos que quebranten los intereses de las personas con discapacidad.

El reconocimiento de la capacidad jurídica a todo ser humano constituye, según explica MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁴², «la dimensión estática de la capacidad legal», mientras que en los apartados 3 y 4 del artículo 12 de la Convención se alude al ejercicio de dicha capacidad jurídica (expresión relacionada con el ámbito de la capacidad de obrar): la «dimensión dinámica de la capacidad legal». De modo coherente con este planteamiento, dicho autor manifiesta que la divergencia entre capacidad jurídica y de obrar no ha sido destruida por la Convención, ni con carácter general ni en relación con los individuos con discapacidad. Ambos aspectos de la capacidad legal se encuentran manifiestamente incluidos en el artículo 12 del referido texto supranacional, y tal distinción continúa siendo una herramienta conceptual útil para comprender las reglas referidas a la discapacidad intelectual⁴³.

Por este motivo, PEREÑA⁴⁴ asevera que el razonamiento del Comité resulta falaz, pues prescinde de una realidad que juega un papel esencial

en la discusión que nos ocupa: si bien en la Convención de Nueva York se toma como punto de partida la presencia automática de capacidad jurídica en todo individuo, en dicho texto se conmina a los Estados Parte a la configuración de las medidas idóneas que permitan a todos los sujetos ejercer tal capacidad jurídica. Por consiguiente, la antedicha Convención admite la distinción entre la titularidad de los derechos y la capacidad para su ejercicio. Como consecuencia de ello, no nos parece razonable sostener que de la Convención de Nueva York se infieran principios o postulados tan radicales como los que anhela imponer el Comité⁴⁵.

De hecho, el mismo Comité cae, a nuestro juicio, en una patente contradicción, al ser víctima de su propio maniqueísmo. Proclama, de manera dogmática y como verdad inconcusa, el carácter absoluto de la igualdad entre los sujetos con discapacidades y aquellos que no se hallan afectados por ellas. Sin embargo, exige que los Estados desarrollen un sistema de apoyos para la toma de las decisiones de las personas con discapacidad. Por consiguiente, y a pesar de la vehemencia y del extremismo de su discurso, evidencia su incongruencia al admitir que muchas personas con discapacidad precisan de apoyo para —precisamente— poder ejercitar sus derechos, mientras que los mayores de edad que no sufren tales discapacidades pueden hacerlo sin asistencia. Como puede apreciarse, la axiomática plenitud de la igualdad entre ambos sectores de la población resulta desmentida por el mismo Comité, que parece no reparar en que sus propios planteamientos parten de la plena equiparación de los sujetos por cuanto a la titularidad de los derechos concierne, mas no en lo referido a su ejercicio. Su construcción se antoja, pues, paradójica, ya que en el desenvolvimiento del sistema que pretende imponer, él mismo rebate la pretendidamente irrefutable máxima de la igualdad.

Dicha igualdad debe impedir, a juicio del Comité, la mera contemplación de cualquier suerte de institución representativa o de sustitución, aun en los casos de discapacidades más incapacitantes, porque violentaría la dignidad del individuo. Si asumiéramos como válido tal razonamiento, ¿no resultaría, asimismo, atentatorio contra la igualdad y la dignidad de las personas prever un sistema en el que otros individuos apoyan o asisten a los sujetos con discapacidad en la toma de sus decisiones? Reducir toda la discusión a una tensa e irreconciliable pugna entre lo que el Comité considera «bueno» y «malo» no hace sino abocarnos a importantes desajustes argumentales: se dogmatiza en torno a la igualdad absoluta, para luego asumir que esta no resulta plena.

C. Las circunstancias de cada sujeto y el criterio de la «proporcionalidad»

No es ajeno a los ordenamientos el reconocimiento de la presencia de escenarios donde algunas personas se hallan en una patente situación

de desequilibrio en relación con otros protagonistas del tráfico jurídico. En este sentido, a modo de ejemplo, podemos hacer alusión al considerable número de normas que salvaguardan los intereses de los consumidores en sus relaciones con los empresarios; de hecho, parte de la doctrina estima que el principio de autonomía privada de la voluntad resulta preservado, en mayor medida, mediante el establecimiento de normas tuitivas a favor del consumidor, pues con ellas se neutraliza —en parte— la preponderancia predicable de la situación en la que se encuentra el empresario al negociar con un consumidor. El punto de partida del Derecho de Consumo se halla, precisamente, en la asunción del contexto de inferioridad en el que se conduce el consumidor en este ámbito. Como consecuencia de ello, los legisladores han de preservar los intereses de quienes se encuentren en situaciones más desfavorables, para, de este modo, evitar los abusos.

Sin ningún género de dudas, la mayor parte de las personas con discapacidad han de ser tratadas, por cuanto a su capacidad se refiere, «*en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida*». Por tal motivo, en la mayoría de los casos, su capacidad no suele ser judicialmente modificada en el estado actual de nuestra legislación. Resulta evidente que, por sí misma, la discapacidad no lleva inherente inexorablemente la disminución de la capacidad natural del sujeto. Según advierte —acertadamente— MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁴⁶, el problema no reside en la discapacidad, sino en la eventual «limitación de la capacidad natural de autogobierno» derivada de la concreta discapacidad que afecte a una persona determinada⁴⁷.

Tiene razón Miss Mowcher, personaje encarnado por una mujer de exigua estatura en la obra «*David Copperfield*» de Charles DICKENS (año 1850), cuando invita al protagonista de la novela a no asociar los defectos corporales con los mentales, excepto por una razón sólida. Le recomienda, finalmente, que no confíe en ella en mayor medida, pero tampoco menos, de lo que lo haría en una mujer de estatura corriente⁴⁸.

La capacidad de una persona con acondroplasia —como podría ser la mencionada Miss Mowcher—, si no se halla afectada por ninguna discapacidad de orden intelectual, no resultaría judicialmente modificada, aunque sus específicas circunstancias sí puedan llegar a gozar de cierta incidencia en el terreno de la incapacidad laboral. Por cuanto atañe a su capacidad de obrar, parece evidente que sí procede afirmar la absoluta equiparación o igualdad con los mayores de edad que no se encuentran afectados por discapacidad alguna, pues de ellos es predicable la misma capacidad natural de autogobierno a la que remite MARTÍNEZ DE AGUIRRE.

También en sede judicial podemos encontrar el desarrollo de esta misma idea. Por ejemplo, en la SAP de Málaga (Secc. 5.ª) de 15 de septiembre de 2005, se resuelve que en el caso en ella juzgado no resulta procedente la incapacitación de una persona afectada por limitaciones en sus facul-

tades físicas, al presentar «pérdida bilateral de la agudeza visual reducida a la percepción lumínica, derivada de la retinosis pigmentaria». Aunque esta persona «necesita el apoyo de los cuidados de tercera persona para el desarrollo de las actividades de la vida diaria», mantiene las facultades psíquicas o intelectuales que le permiten gozar de capacidad suficiente para el autogobierno, ya que su libertad y voluntad no se hallan afectadas.

En este sentido, podemos encontrar sujetos que requieren cierta ayuda o apoyo instrumental puntual para conducirse con normalidad en el tráfico jurídico, pese a que su discapacidad no afecta implacablemente a sus aptitudes intelectuales o físicas. Así pues, en estos supuestos lo idóneo será perfilar el sistema de apoyos esporádicos acertadamente contemplado en la Convención de Nueva York, y no acudir al instituto de la representación, que en presencia de tales circunstancias resulta desmedido. La flexibilidad e indeterminación inherentes al régimen de apoyos favorece la elaboración judicial de medidas originales no estandarizadas ni normalizadas, que respondan del mejor modo posible a la realidad de cada caso concreto. No obstante lo anterior, si bien el juez dispone de una señalada libertad en el desenvolvimiento de su trascendental labor creativa, debe siempre tratar de afectar únicamente en la medida que resulte imprescindible el ámbito personal y patrimonial del sujeto con discapacidad, y de respetar su autosuficiencia y sus preferencias. Reconoce el propio Comité la amplitud e indeterminación del vocablo «apoyo», que extiende su manto sobre «arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades» (punto 15 *Observación* de 2013)⁴⁹; lógicamente, la consistencia de la medida dependerá de cada supuesto, debido a la diversidad de las personas con discapacidad.

Sin embargo, tal y como hemos indicado, la consistencia o naturaleza de las posibles discapacidades es muy variada, como lo es la incidencia que las mismas proyectan sobre la capacidad de los sujetos que las soportan. El panorama más arduo e incierto brota en torno a los sujetos que padecen una discapacidad extraordinariamente severa e implacable, que les arranca toda capacidad natural de autogobierno y de manifestar su verdadera voluntad. Piénsese, por ejemplo, en una persona que padece una demencia en su estadio más avanzado; según pone de relieve la Organización Mundial de la Salud (OMS), «en la última etapa de la enfermedad, la dependencia y la inactividad son casi totales», y las «alteraciones de la memoria son graves y los síntomas y signos físicos se hacen más evidentes»⁵⁰.

Como consecuencia de todo lo anterior, hemos de tomar como punto de partida, forzosamente, la siguiente premisa: no cabe hablar de los sujetos con discapacidad como un grupo homogéneo, sino de personas afectadas por diferentes «discapacidades» —en plural— de diversa índole e intensidad⁵¹. Por consiguiente, entendemos que tampoco cabría sostener la plena equiparación de la capacidad de todos y cada uno de los sujetos afectados

por discapacidades «*en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida*». Cada persona con discapacidad debe recibir el trato adecuado a su realidad, y, en contra de lo que sostiene el Comité, en los casos más graves de ausencia de capacidad natural —o de imposibilidad de manifestar la voluntad— las medidas a adoptar habrán de consistir, irremediablemente, en la representación o sustitución del referido sujeto en la toma de decisiones⁵².

En patente colisión con los postulados que pretende imponer el Comité, nuestra jurisprudencia, en reiteradas ocasiones, ha expresado la admisibilidad de la concesión de facultades representativas para la toma de decisiones en sustitución de las personas que padecen las discapacidades más severas, incompatibles con la conservación de unos mínimos umbrales cognitivos y volitivos que les permitan el autogobierno. En relación con esta cuestión, es de obligada referencia la emblemática STS de 29 de abril de 2009⁵³, donde se aclara que «la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí determina su forma de ejercicio»⁵⁴. Por lo tanto, según esta decisión jurisprudencial, la modificación de la capacidad, lejos de resultar discriminatoria, permite proteger a las personas que carecen de la capacidad natural para ejercer sus derechos y el autogobierno. A juicio de nuestro Tribunal Supremo, no cabe oponer discriminación, pues los sujetos con discapacidades muy graves de índole psíquica no se hallan exactamente en la misma situación que las personas que no sufren discapacidad alguna, es decir, «el término de comparación es diferente» (y a aquellos se les concede «un sistema de protección, no de exclusión») ⁵⁵.

En conclusión, compartimos la perspectiva manifestada por SERRANO GARCÍA⁵⁶, quien asevera que la modificación de la capacidad y la concesión de facultades representativas a otro sujeto para la toma de decisiones no suponen la «muerte civil» de la persona con discapacidad, sino que son figuras tuitivas dirigidas a proteger su ámbito personal y patrimonial⁵⁷.

La admisión del establecimiento de figuras representativas —en los casos más graves— se ajustaría pulcramente, a nuestro juicio, al principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 12.4 de la propia Convención, donde se dispone:

«Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la

persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas».

D. La voluntad y preferencias de la persona como límite

A tenor de lo dispuesto en ese apartado del precepto anteriormente transcrito, quien ostente facultades representativas no gozará de plena libertad en el ejercicio de su cometido, sino que sus actuaciones habrán de someterse a la voluntad y preferencias del sujeto que soporta la discapacidad, en el caso de haber este podido manifestarlas en algún momento o si es posible colegirlas de su comportamiento antecedente a la modificación de su capacidad. Conviene precisar que no estamos, ni mucho menos, frente a una limitación de nuevo cuño y original, dado que esta pauta se contemplaba ya en el *Principio 9-Respeto de los deseos y de los sentimientos de la persona interesada*, de la «Recomendación Núm. R (99) 4, de 23 de febrero de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados».

El fenómeno que sí resulta novedoso —y, en nuestra opinión, sorprendente— es la exaltación efectuada por el Comité en torno al papel de la voluntad de la persona con discapacidad, pues, como consecuencia de su actitud intransigente y maximalista, eleva su relevancia a cotas que pugnan con lo razonable. Hemos de recordar, a este respecto, el ya mencionado punto 25.b) de la *Observación* de 2013, donde el Comité proclama que absolutamente todas las formas de apoyo han de cimentarse en la voluntad y preferencias del sujeto con discapacidad, «incluidas las formas de apoyo más intenso». No alcanzamos a comprender el modo en el que, en el ejercicio de las medidas de apoyo judicialmente acordadas, podemos llegar a conocer la voluntad de quien carece por completo de capacidad natural de entender y de querer. Se nos antoja una tarea quimérica, y no meramente ardua. Como consecuencia, estimamos que carece de sentido imponer una pretendida obligación de desarrollar todas las medidas de apoyo con sometimiento a la voluntad de la persona, sin tomar en consideración la naturaleza y el grado de su discapacidad, ni si realmente dicho sujeto carece de capacidad volitiva⁵⁸.

En clave interna, tal y como evidencia SERRANO GARCÍA⁵⁹, cabría sostener que la idea plasmada en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York subyace en el primer párrafo del todavía vigente artículo 268 del Código civil, donde se establece que los tutores «*ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica*».

Asimismo, el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad ha sido proclamado por algunas decisiones jurisprudenciales en nuestro país; por ejemplo, en la STS de 1 de julio de 2014 se asevera que el «ejercicio de esta representación debe atender a las preferencias de la persona discapacitada, que se puedan haber manifestado con anterioridad o que de algún modo puedan serlo en ese momento, y siempre bajo el control judicial»⁶⁰.

Así pues, la actuación de quien ejerce facultades representativas no es completamente libre, y se encuentra sometida a la fiscalización de nuestros tribunales. Por consiguiente, parece razonable que, en atención a las circunstancias concurrentes, pueda llegar a responder quien ejercita dichas facultades, en el caso de no desenvolver su actuación de conformidad con la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad⁶¹, siempre y cuando —en nuestra opinión— se entendiera que tal voluntad existía realmente.

El Comité, en el punto 21 de su *Observación General n.º 1 (2014)*, admite una premisa que, pese al exiguo planteamiento que de ella ofrece dicho organismo, goza de gran relevancia: hay ocasiones en las que, «pese a haberse hecho un esfuerzo considerable», resulta inaccesible la identificación de la voluntad y las preferencias de un individuo.

Cuando proceda admitir las mencionadas acciones puntuales de representación, el Comité remite a tomar la concreta decisión de que se trate de acuerdo con la «mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias» del sujeto, y excluye el recurso al «interés superior» del mismo (insiste en esta misma idea en el punto 29 de la antedicha *Observación*). En su opinión, el interés superior no es un criterio que satisfaga lo dispuesto en el artículo 12 «en relación con los adultos», ya que estos deben disfrutar de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás. Tal aseveración plantea, a nuestro juicio, un problema ulterior en los casos más graves, cuando no quepa identificar la voluntad y preferencias del afectado. En dichas hipótesis, según hemos adelantado, la reconstrucción de su voluntad de conformidad con su trayectoria vital constituirá frecuentemente una tarea de enorme dificultad y resultados inciertos, salvo en temas muy concretos (v.gr., no es previsible que alguien con un invariable perfil conservador en sus inversiones consintiera que sus ahorros se destinaran a adquirir productos financieros complejos). Supondrá, en la mayor parte de las ocasiones, una actividad puramente imaginativa, inventiva o, incluso, taumatúrgica, sin un fundamento sólido sobre el que cimentarse, con el peligro que ello entraña.

Por otra parte, un número no desdeñable de personas con discapacidades plenamente incapacitantes se ha visto afectado por las mismas durante toda su vida, de tal modo que no solo no se conocen hoy su voluntad y preferencias, sino que es inviable su reconstrucción en atención a una trayectoria vital que jamás ha podido desenvolver. Si se presentan estas circunstancias, naturalmente, lo lógico es acudir al interés superior del sujeto⁶².

De las palabras empleadas en la Convención se infiere, de manera palmaria, que sí admite el principio del interés superior en el caso de los menores de edad, donde, según tuvimos ocasión de comprobar, este texto mantiene la figura de la tutela. En relación con esta cuestión, es importante resaltar que en el artículo 7.2 de la Convención se dispone: «*En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño*». Del mismo modo, en el artículo 23.2 de esta norma se establece que deben garantizarse los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad, entre otros ámbitos, en relación con la custodia, la tutela y la guarda; en todos los casos —prosigue explícitamente el precepto— «*se velará al máximo por el interés superior del niño*».

A tenor del rígido razonamiento del Comité, las decisiones referidas a una persona que nació con una discapacidad irreversible absolutamente incapacitante se guiarán, durante su minoría de edad, por el criterio de su interés superior. Sin embargo, una vez alcanzada la mayoría de edad, al no poder ver modificada su capacidad y haber salido ya de la patria potestad de sus progenitores o —en su caso— de la tutela, la toma de sus decisiones habría de llevarse a cabo con respeto de la mejor interpretación posible de su voluntad y preferencias. En este escenario, ¿qué habría cambiado en su capacidad al llegar a la mayoría de edad, realmente, para mudar el criterio que ha de seguirse en la toma de sus decisiones? ¿qué solución se aplicaría en nuestro ejemplo, ya que el protagonista no habría podido jamás transmitir su voluntad ni sus preferencias? ¿acaso alguien sería capaz de vislumbrar y desvelar dicha voluntad?

Nos parece especialmente atinada la opinión de PEREÑA⁶³, cuando asevera que es imprescindible escrutar una interpretación integradora y encontrar un equilibrio entre la voluntad y preferencias del afectado, por un lado, y su interés, por otro. Frente al implacable movimiento que exige la aniquilación del concepto del «interés superior», en beneficio del criterio de la «voluntad y preferencia», esta autora aduce el propio tenor literal del artículo 12.4 de la Convención, donde se emplea explícitamente el vocablo «intereses». A su modo de ver, la noción del interés superior resulta equivalente a la del «beneficio de la persona protegida». Dado que en el Anteproyecto español únicamente se contempla, como criterio de actuación, la conformidad con la voluntad de la persona con discapacidad, denuncia⁶⁴ las eventuales disfunciones que tal medida de política legislativa puede propiciar. En este sentido, si se llevase a sus últimas consecuencias el texto proyectado, el procedimiento de provisión de apoyos solo podría iniciarse si la propia persona lo solicitase, y exclusivamente con el alcance por ella requerido; esta autora pone en duda, con razón, que la Convención así lo exija. Así pues, entiende⁶⁵ que desterrar la ponderación del interés superior de la persona

protegida acarrearía graves consecuencias: «¿Se tendrá que respetar la voluntad aunque genere un grave perjuicio personal o patrimonial? ¿Qué ocurriría cuando no sea posible conocer la voluntad de la persona? ¿Qué ocurriría cuando la persona manifieste voluntades contradictorias?».

A su modo de ver⁶⁶ —que compartimos—, aunque la voluntad debe gozar de preeminencia como estándar de actuación, no se halla exenta de límites como canon de intervención. Tales límites se evidencian en el momento en el que se confronta la teoría con la práctica, esto es, con la realidad de las circunstancias que rodean a ciertos sujetos con discapacidad, que no conservan los umbrales de capacidad cognitiva y volitiva suficientes para poder determinar que «su voluntad puede convertirse en consentimiento». En definitiva, entendemos que debe poder considerarse, sin lugar a dudas, que hay una voluntad seria y consciente, por ejemplo, de contratar. Parece llamativo que en los últimos tiempos se haya construido una extensa y precisa doctrina en torno al consentimiento contractual de las personas que no sufren ninguna discapacidad —por ejemplo, en materia de Derecho de Consumo y de adquisición de productos financieros—, en la que los textos normativos y las sentencias muestran un férreo rigor en aras a asegurar que la voluntad contractual ha sido pulcramente formada de manera plenamente consciente, y, en cambio, se pretenda que en la toma de decisiones de una persona con discapacidad deba atenderse siempre a la voluntad y preferencias de quienes, en muchas ocasiones, carecen de la capacidad para entender y querer el negocio jurídico celebrado.

En una época en la que, cada vez con mayor ímpetu, se requiere que los contratantes sean conscientes de los compromisos contractuales adquiridos y de las decisiones personales adoptadas, podría adolecer de incoherencia sistemática la ubicación —con una inaudita laxitud— de la voluntad de la persona con discapacidad como único criterio admisible en la toma de sus decisiones, con independencia de toda valoración sobre su capacidad cognitiva y volitiva.

La respuesta podría consistir en admitir la contratación con apoyos con respeto de la pretendida voluntad de personas con discapacidades mentales plenamente incapacitantes, y complementarla con una remisión a la posibilidad general de efectuar un control judicial, *a posteriori*, focalizado en la anulabilidad por el eventual error vicio soportado por aquellas o, incluso, en la nulidad absoluta por falta de consentimiento contractual (al no existir conciencia, siquiera, de haber celebrado el negocio, pese a que formalmente hubo «voluntad»)⁶⁷. Sin embargo, si así fuera, un considerable número de contratos resultaría finalmente inválido, y ello —como expondremos más adelante— traería consigo la exclusión del tráfico jurídico de gran parte de los sujetos con discapacidad, pues los operadores del mismo no accederían a contratar con ellos ante el patente riesgo de ver cómo sus contratos serán

declarados nulos; ya sea por una altamente probable falsa representación de la realidad, ya sea por ausencia absoluta de consentimiento. Cabría encontrar un contrato celebrado según la hipotética voluntad del afectado, pero en contra de la opinión de la persona destinada a prestar el apoyo en la toma de sus decisiones, quien, pese a desarrollar un ímprobo esfuerzo de explicación de la naturaleza y los elementales potenciales perjuicios del contrato para aquel, habría constatado la falta de entendimiento del mismo por parte del sujeto protegido.

¿Podría, en este escenario, la persona que ejerce el apoyo negarse a celebrar el contrato que se corresponde con una imaginaria «mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias» del sujeto? Si nos atenemos a la extrema exégesis que de la Convención pretende imponer el Comité, la respuesta ha de ser, forzosamente, negativa.

Según explica MESSÍA DE LA CERDA, a tenor de las propuestas efectuadas por ciertas asociaciones de sujetos con discapacidad, los actos realizados por individuos con discapacidad con la participación de las personas designadas en las medidas de apoyo son válidos por razón de la discapacidad, de tal manera que aquellos resultarán equiparados a las personas que no sufren discapacidad alguna⁶⁸. Si lo que pretendemos es asimilarlos por completo a las personas sin discapacidad, hemos de admitir el posible juego de la anulabilidad por error vicio cuando son las propias personas con discapacidad quienes, con el apoyo pertinente, contratan personalmente. No obstante, entendemos que en estos casos será más probable encontrar casos de falsa representación de la realidad que propicie la contratación, a pesar de la importante labor de las personas que ejerzan el apoyo, que únicamente auxiliarán y asistirán al afectado, pero no determinarán si celebra el contrato o no.

Entendemos, por coherencia sistemática, que, en la construcción que formulan las mencionadas asociaciones, también serían plenamente válidos los contratos celebrados directamente por esa persona que ejerce la medida de apoyo, cuando no sea posible conocer la voluntad y preferencias de la persona con una discapacidad muy severa. De igual manera que sucede en el régimen de nuestro Código civil en relación con los contratos celebrados por los tutores en representación de sus tutelados. Sin embargo, si aceptáramos la interpretación del Comité, nos hallaríamos frente a una importante diferencia con el régimen de nuestro sistema jurídico patrio: quien contrate (como medida esporádica y excepcional) en representación de la persona con discapacidad, cuando resulte inviable determinar su voluntad y preferencias, habrá de hacerlo únicamente de acuerdo con la «mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias», y obviar por completo su «interés superior». En estas circunstancias, quizás suponga un potencial riesgo para el individuo protegido proclamar la validez radical de tales contratos, ya que

es posible que, aunque la persona de apoyo haya actuado de buena fe, se hayan celebrado sustentados en unas supuestas preferencias que realmente no se correspondan con la realidad, cuando aquellas deben constituir el único fundamento de la decisión de contratar.

Es evidente que la voluntad y preferencias de los individuos con discapacidad han de constituir el primer criterio a adoptar en la toma de sus decisiones. Sin embargo, ello no impide que, «como estándar o criterio secundario», cuando no sea posible determinar su voluntad, deba acudir a la noción del interés superior. En la mayor parte de supuestos, no se acudiría al interés superior objetivo, sino a su concepción en sentido subjetivo; es decir, adaptado, en la medida de lo posible, «a las preferencias, estilo de vida y valores de la persona»⁶⁹.

Para finalizar este epígrafe, nos parece interesante hacer una somera alusión a la STEDH (Sección 1.^a) de 23 de marzo de 2017, Caso A-M.V. contra Finlandia, donde se comprueba que este Tribunal no sacraliza las preferencias de los sujetos con discapacidad intelectual cuando estima que carecen de la capacidad necesaria para entender y querer sus propias elecciones. En esta resolución, se juzgaba la decisión de un defensor judicial en relación con el establecimiento del domicilio de una persona con discapacidad intelectual, cuya capacidad equivalía a la de un niño de entre seis y nueve años, en contra de la voluntad expresamente manifestada por este. El TEDH consideró que, si bien el sujeto había mostrado su voluntad de residir con su antigua familia de acogida, era incapaz de conocer el significado y las consecuencias de habitar en un lugar recóndito y aislado, y juzgó que la decisión de su defensor judicial había sido adoptada atendiendo a la realidad y circunstancias del afectado⁷⁰.

4. CONTRASTE ENTRE LA DISCAPACIDAD, LA MENOR EDAD Y EL GÉNERO DE LAS PERSONAS

A. Parangón con la minoría de edad

Dado el cariz radical adoptado por el Comité de la Convención de Nueva York, al pretender «abolir» las instituciones de apoyos permanentes, cabría plantearse si no resultaría más adecuado a su planteamiento prescindir de toda figura jurídica institucionalizada, y dejar todos los casos en manos de la guarda de hecho. Si se proclama que la tutela —y hasta la potencialmente poco «intrusiva» e «intervencionista» curatela— representa un ataque a la dignidad de la persona, al no reconocérsele la plenitud en el ejercicio de sus derechos, habría que detenerse a reflexionar sobre si la necesidad de un sistema de apoyos esporádicos no constituye, asimismo, un

quebrantamiento de tal dignidad: en definitiva, si desarrolláramos la lógica imperante en el Comité y en cierto sector doctrinal, la implantación de cualquier régimen de asistencia podría ser interpretada también como una vía de estigmatización del asistido, a quien se impone la necesaria ayuda de otra persona para el ejercicio de determinados derechos. En este sentido, la guarda de hecho —según señala MONDÉJAR⁷¹— no es residual, sino mayoritaria en la práctica, y seguramente merezca alabanzas en gran parte de las ocasiones. Sin embargo, como esta autora apunta, supone un riesgo enorme para los intereses del afectado por la discapacidad.

En el ámbito doctrinal, en sintonía con la postura del Comité, CUENCA⁷² entiende que la autonomía y la libertad para tomar las propias decisiones se hallan «intrínsecamente vinculadas» a la consagración de la dignidad inherente a las personas con discapacidad; la exacerbación de esta idea responde, como expondremos más adelante, a la doctrina neoliberal extrema. En contra de esta apreciación, entendemos que acierta ALEMANY⁷³ cuando sostiene que constituye un error reducir la dignidad a la autonomía personal, ya que, en su opinión, el «paternalismo» lleva aparejadas limitaciones a la libertad y a la autonomía de la persona, si bien estas hallan su justificación, precisamente, en el respeto a la dignidad y a la igualdad⁷⁴.

En esta misma línea, MAYOR DEL HOYO⁷⁵ pone de manifiesto que nunca se ha sugerido que el hecho de tener los menores su capacidad de obrar afectada constituya un atentado contra su dignidad. De hecho, en el caso de los menores pueden presentarse hipótesis «más injustas o llamativas», pues la «incapacitación» de los menores acaece *ministerio legis*, automáticamente, como consecuencia del dato objetivo de la edad, sin escrutar si dicho sujeto goza o no de capacidad natural de entender y querer (autogobierno). Por otra parte, en el caso de los menores, salvo las excepciones introducidas en el ordenamiento, su incapacitación resulta absoluta, y carece de la capacidad general de obrar, que se adquiere con la llegada a la mayor edad (cfr. vigente art. 322 CC). Así pues —prosigue la autora—, no hay «posibilidad de gradación individual», a diferencia de lo que acontece en relación con las personas con discapacidad. En definitiva, no se ha planteado que atente contra su dignidad la sustitución de la voluntad del menor de edad a través de los instrumentos empleados para la persona con discapacidad: «fundamentalmente, patria potestad (prorrogada o rehabilitada en el caso de estas últimas) y tutela».

Esta misma postura es defendida, entre otros, por MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁷⁶. Según concluye este autor (2013, 35), la situación configurada por nuestro ordenamiento en torno a la persona con discapacidad intelectual resulta, desde esta perspectiva, mucho más ajustada a su verdadera capacidad que la de los menores, pues estos se hallan sometidos a institutos propios de la representación hasta alcanzar la mayoría de edad (de hecho,

este autor propone la revisión de la regulación sobre la capacidad de los menores de edad en este aspecto).

Según MAYOR DEL HOYO⁷⁷, resulta llamativo el ímpetu advertido entre quienes aspiran a alcanzar la supresión de las instituciones tutelares, pues tal propuesta perturba el sistema de protección de los menores de edad, ya que se verificaría un «vacío preocupante» en su disciplina, «y eso sí es problema jurídico». Se propiciarían, por consiguiente, unas importantes lagunas en la regulación destinada a proteger a los menores, que resultan inadmisibles en un ordenamiento jurídico desarrollado. Tal circunstancia obedece a que las normas destinadas a regular la discapacidad se enmarcan en un sistema integral, donde gozan de una «conexión directa» con la infancia, que constituye otro sector de la sociedad cuya capacidad se halla afectada. A nuestro modo de ver, aquí puede apreciarse la estrecha interrelación que sí cabe sostener como evidente entre la menor edad y la discapacidad: la eventual afectación de la capacidad natural⁷⁸.

Es un hecho indiscutible que hay personas mayores de edad afectadas por discapacidades que impiden por completo su autogobierno. Algunas de ellas, desgraciadamente, pueden llegar a presentar una capacidad intelectual y volitiva inferior o equiparable a la de un niño. Sin embargo, tal y como indicamos con anterioridad, en el caso de los menores de corta edad, parece no existir un debate generalizado en torno a si debemos «abolir» la patria potestad y perfilar un sistema de asistencia para la toma de sus decisiones⁷⁹.

La admisión de las figuras representativas en el caso de los menores de edad y su exclusión en las hipótesis más severas de discapacidad, en nuestra opinión, constituiría una incongruencia, ya que en sendos escenarios se aprecian manifiestas similitudes o coincidencias. La patente identidad de razón entre ambos supuestos, dada la ausencia de capacidad natural de querer y de entender predicable tanto de los menores —al menos, los más jóvenes— como de los casos más graves de discapacidad, debe imponer la equivalencia en la respuesta que el ordenamiento jurídico ofrezca en las dos situaciones. En ello ha de consistir, a nuestro juicio, el respeto del principio de igualdad.

De conformidad con las opiniones vertidas por el Comité, ninguna persona con discapacidad puede verse afectada por la institución de la representación, puesto que tal medida supondría negar o restringir su capacidad jurídica. A tenor del punto 15 de la *Observación General núm. 1 (2014)*, el criterio funcional remite a una evaluación de la capacidad mental del sujeto para denegar su capacidad jurídica si dicha valoración lo justifica. Según el Comité, con frecuencia dicha medida se fundamenta en el hecho de «si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente». A su modo de ver, tal criterio resulta incorrecto, dado que es aplicado de

forma discriminatoria a los individuos con discapacidad; asimismo, porque esta directriz presupone que el funcionamiento interno de la mente humana es susceptible de una exacta valoración, de tal manera que si el sujeto no supera dicha evaluación, ve cómo se le hurta el derecho al igual reconocimiento como persona frente a la Ley, que constituye un derecho fundamental. Como consecuencia de lo anterior, el Comité sostiene que esa falta de aptitud para adoptar decisiones es considerada en muchos sistemas nacionales como un motivo legítimo «para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley», cuando el artículo 12 de la Convención no permite esta discriminación, sino que insta a proporcionar un apoyo para el ejercicio de los derechos.

Sin embargo, la propia Convención reconoce el vigor de la tutela en el ámbito de la minoría de edad. De manera natural, con un razonamiento muy elemental, emerge el siguiente interrogante: ¿acaso la Convención está arrebatando indiscriminadamente la capacidad jurídica a todos los menores de edad, por el mero hecho de serlo, y rebaja su condición como personas ante la Ley? De nuevo hay que incidir en que una cosa es ser titular de derechos, y otra distinta el ejercicio de los mismos. Parece que el Comité, con sus recursos retóricos y el nuevo lenguaje elaborado e impuesto en torno a la necesidad de «apoyos», soslaya que la propia Convención contempla la tutela para los menores de edad, y que el régimen que él mismo pretende dictar a los Estados resulta, en los supuestos de discapacidades plenamente incapacitantes, irreal. ¿Cómo se puede «ayudar» a la toma de una decisión de un sujeto que se halla en estado vegetativo o, incluso, inmerso en la última y más severa fase de la enfermedad de Alzheimer? Paralelamente, ¿cómo cabría «ayudar» a una persona de 3 años de edad en la toma de tales decisiones? Desde un punto de vista tanto lógico como práctico, la respuesta se nos antoja evidente: en ambas hipótesis habría de acudir al otorgamiento de facultades representativas a un tercero.

Tal y como se expresa en la Exposición de Motivos de la *Propuesta de Código civil* confeccionada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, «resultaría incoherente prescindir de la tutela para las personas necesitadas de un apoyo permanente de naturaleza representativa por carecer de voluntad e incluso de un grado de conciencia suficiente, mientras que se mantiene la misma para los menores de edad». Si se erradicaran las instituciones de representación en dichas hipótesis, debería prescindirse «de la tutela también para los menores y cuestionar el actual perfil de la patria potestad, como institución con un componente representativo esencial con respecto a los hijos menores de edad»⁸⁰.

Un sistema jurídico que impone soluciones tan disímiles, a la hora de abordar la realidad de dos personas que carecen absolutamente de capacidad natural (v.gr., un niño de 2 años y un sujeto que se encuentra en la fase

más aguda o avanzada del Alzheimer), se nos antoja arbitrario y, por ende, transgresor de los más elementales cánones de la Justicia: se dispensaría un trato completamente diverso a quienes, en definitiva, se hallan en situaciones eminentemente iguales, pese a que el origen de sus circunstancias difiera. Un menor, cuando tiene 2 años de edad, requiere las figuras representativas, porque adolece de cualquier capacidad de autogobierno; un mayor de edad que se ve privado por completo de dicha capacidad cognitiva y volitiva se encuentra —en relación con tal capacidad— en la misma situación que aquel menor de edad, y, por consiguiente, debería recibir una respuesta semejante. No podemos desdeñar que el Derecho ha de ser, ante todo, «el arte de lo justo».

Conviene aclarar, en relación con estas reflexiones, que en la Convención de Nueva York se conserva la tutela para proteger a los menores de edad (cfr., v.gr., art. 23.2 de la Convención)⁸¹. La Convención, a pesar de las escoradas aseveraciones del Comité, no evidencia la pretendida reprobación de las instituciones representativas. El propósito que se aprecia en el texto supranacional es alcanzar el mayor grado de desarrollo de las facultades de actuación de los sujetos afectados por discapacidades; como consecuencia lógica de tal designio, el establecimiento de instituciones representativas se verá enormemente restringido, si bien la Convención no impone su absoluta e inexorable supresión.

B. La desconcertante equiparación entre la discapacidad y el género

Resulta preocupante que el Comité —al menos en las aludidas «Observaciones finales» y en sendas «Observaciones generales»— no ilustra sobre la consistencia del sistema de asistencia para la toma de decisiones en los casos más extremos de discapacidad intelectual, y se limita a recomendar que el mismo reemplace el régimen de sustitución. De este modo, parece que el Comité no contempla modulación ni matización alguna, y engloba en el mismo régimen a todos los sujetos con discapacidad, de tal modo que propugna la exclusión de su representación, sea cual fuere el grado y consecuencias reales de su discapacidad. La única diferencia admisible —según el antedicho Comité— será la diversa intensidad en el sistema de apoyos para recabar la voluntad del individuo con discapacidad y su toma de decisiones.

Como justificación última de su pertinaz dictamen, el Comité, en la última frase del punto 23 de la anteriormente aludida «*Observación general Núm. 1 (2014)*», ofrece el siguiente argumento comparativo: «De la misma manera que no se puede utilizar el género como base para discriminar en las esferas de las finanzas y la propiedad, tampoco se puede usar la discapacidad» (se entiende que con el término «discriminar» hace alusión a

la contemplación de medidas de sustitución de la persona afectada por la discapacidad).

Se trata, a nuestro modo de ver, de un razonamiento estéril, pues equi-para realidades que distan enormemente de ser parangonables. Resulta indiscutible que una persona con capacidad natural, con independencia de su género, deberá gozar de plena capacidad para actuar en el tráfico jurídico, ya que tal circunstancia no afecta a su facultad de entender y de querer los actos jurídicos. En cambio, la situación puede diferir en el caso de un sujeto con discapacidad; especialmente, si esta se halla presente en un grado severo.

Si admitiéramos decididamente este último razonamiento del Comité, de modo natural y respetuoso con los criterios lógicos que aplica, podrían emerger otras llamativas proposiciones que —por fortuna— todavía no parecen ser contempladas por el Comité y por el sector que proclama sus pretendidos axiomas: a) de la misma manera que no se puede utilizar el género como base para discriminar en las esferas de las finanzas y la propiedad, tampoco se puede usar la edad, sea cual fuere esta; b) del mismo modo que el género de una persona no determina que el ejercicio de sus derechos se lleve a cabo mediante sustitución ni con un sistema de apoyos concretos y esporádicos en la toma de sus decisiones, tampoco debe hacerlo la discapacidad.

Como hemos señalado, afortunadamente, estas proposiciones todavía no han sido planteadas, pese a que, desde un punto de vista de estricta lógica sistemática, podrían inferirse de los férreos postulados impuestos por el Comité, a través de sencillos silogismos.

Incluir en el mismo plano el género y la discapacidad no parece razonable, ya que en nuestro vigente ordenamiento jurídico, acertadamente, tales conceptos no se hallan siquiera remotamente relacionados (a diferencia de lo que acontecía hace algunas décadas, y continúa sucediendo en algunos Estados). Según hemos expuesto, el concepto de discapacidad puede hallarse más próximo, en la realidad práctica, al de la edad, ya que ambas circunstancias pueden llegar a provocar una ausencia absoluta de capacidad natural de entender y de querer un acto jurídico, o, al menos, una disminución de la misma.

En este aspecto, rotundamente hemos de aseverar que no cabe establecer un paralelismo con el género de la persona. Aceptar esta última identificación lleva inherente la burda interconexión de dos realidades disímiles, y puede propiciar confusionismo: al suscribir como irrefutable la primera parte de la frase del Comité, podría asumirse como incontestable su proposición final, pese a que nos hallamos frente a una cuestión muy alejada de resultar pacífica. Quizás sea ese, precisamente, el resultado perseguido por el Comité al establecer la equiparación de los efectos del género y de la discapacidad en el marco del ejercicio de los derechos en el tráfico jurídico.

Es evidente que ambas circunstancias sí resultan absolutamente comparables por cuanto a la titularidad de los derechos se refiere, pues todo sujeto, con independencia de su género y de su grado de discapacidad, es titular de aquellos; sin embargo, no cabe sostener tal equiparación de manera axiomática y universal en relación con la capacidad para el ejercicio de esos derechos. El fundamento de esta aseveración lo podemos hallar en la distinción entre lo que MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁸² denomina la dimensión estática de la capacidad o *capacity to hold a right* y la dimensión dinámica de la misma o *capacity to act and exercise the right*.

5. ORIGEN IDEOLÓGICO Y VALOR DE LA POSTURA DEL COMITÉ

A. *El neoliberalismo exacerbado como guía del Comité*

Hemos de dar comienzo a esta parte de nuestro trabajo con una deliberación personal, que bien pudiera constituir la principal conclusión del mismo. A nuestro modo de ver, si se pretende perfilar un buen sistema de apoyos en la toma de decisiones de las personas con una discapacidad intelectual plenamente incapacitante, que imposibilita absolutamente la toma de conciencia y la voluntad en torno a un acto jurídico, resulta imprescindible incluir las figuras representativas o de sustitución para la toma de decisiones en su nombre⁸³.

Tras la exposición desenvuelta en nuestro artículo, resulta patente que nuestra conclusión se presenta como disonante con los postulados que pretende imponer el Comité. La polémica y discutida interpretación que dicho Comité efectúa de la Convención de Nueva York encuentra su fundamento en la identificación —de raigambre liberal— de la noción de dignidad con la de la autonomía individual, cuya génesis podemos ubicar en LOCKE. A tenor de los principios sostenidos por esta corriente, como apunta ALEMANY⁸⁴, «ser persona implica fundamentalmente obligaciones y límites para los otros»⁸⁵. Como directa consecuencia de ello, el antipaternalismo intransigente, auspiciado por el sector más radical del neoliberalismo, concibe la modificación de la capacidad de la persona como una violación de la dignidad individual, ya que entorpece la libertad del sujeto. Se ve en la representación una alienante manifestación del propósito de los Estados de controlar a los individuos y cercenar por completo su libertad⁸⁶.

En definitiva, las ideas impetuosamente propagadas por el Comité emanan de los pensamientos más liberales de la sociedad de los Estados Unidos de América, en los que vigorosamente se da cabida al *movimiento de vida independiente*, que trata de aplicar el modelo social de la discapacidad⁸⁷.

En nuestra opinión, la aprobación de la Convención de Nueva York no era simplemente conveniente o recomendable. Resultaba imprescindible. Los principios que informan este texto supranacional son los idóneos, y sus preceptos consienten una interpretación moderada y razonable. En cambio, juzgamos inadmisibles el indisimulado intento del Comité de reformular el contenido de la norma, para ofrecer una lectura de la Convención notoriamente filtrada por el tamiz de una ideología extrema, caracterizada por dispensar un trato radical a la discapacidad⁸⁸.

Los propósitos patrocinados por el Comité, tal y como deslizamos en la introducción de este trabajo, se han tornado lo que allí denominamos «verdad oficial», o el «pensamiento único» al que aludía CARRASCO⁸⁹, gracias a los recursos retóricos empleados por sus adeptos. El Comité anhela transformar radicalmente el escenario inherente a la discapacidad, de tal modo que nos traslademos desde un indeseable punto de partida, donde los Tribunales han incumplido el ordenamiento jurídico y han recurrido excesiva e indebidamente a la tutela⁹⁰, hasta unas también censurables coordenadas, donde se erradique toda figura que acarree la sustitución en la toma de decisiones, sin importar si los individuos no conservan ciertos umbrales de conciencia y voluntad.

No parece, en nuestra opinión, razonable discurrir desde un sistema injusto y permanentemente sustentado en la incapacitación judicial hacia otro de signo diametralmente opuesto, donde se proscriba la eventual modificación de la capacidad de quienes, en verdad, precisan de tal medida no solo para ser protagonistas de la vida jurídica, sino también en aras a su más básica protección. Nos hallaríamos, en tal caso, inmersos en un contexto nuevamente defectuoso, pero de suerte inversa: si bien cesarían los perjuicios tradicionalmente irrogados a las personas con discapacidades que no resultan plenamente incapacitantes, se ubicaría en una posición enormemente delicada a quienes soportan las discapacidades más severas. Acierta WARD⁹¹, al denunciar que tan improcedente es incapacitar a los sujetos que mantienen su capacidad de autogobierno como, por otra parte, simular que goza de capacidad quien verdaderamente carece por completo de ella⁹². A tal efecto, este autor aduce los fundamentos esenciales de los derechos humanos, donde incluye explícitamente aquellos que imponen la no discriminación.

La solución idónea debe transitar por la decidida mejora y corrección de los errores del sistema secularmente aplicado, pero no necesariamente por la aniquilación de todo rastro del mismo. Aunque, con carácter general, ha de tenderse a huir de la figura de la sustitución, entendemos que debe conservarse la representación para las hipótesis más graves, en las que el individuo no pueda expresar su voluntad, siquiera, a través de un sistema de apoyos intensos⁹³. Según pone de relieve PEREÑA⁹⁴, la disparidad entre

sendas corrientes es más aparente que real, siempre y cuando logremos soslayar el «atrincheramiento terminológico» donde muchos se han ubicado. La animosidad y la aversión del Comité —y sus partidarios— hacia todo lo relacionado con las facultades de representación se revela, a nuestro juicio, como excesiva. Tal actitud nos hace perder de perspectiva que, probablemente, puedan existir concomitancias y afinidades entre ambas posturas en lo relativo a los aspectos más relevantes.

B. ¿Son las recomendaciones del Comité imperativas para los Estados?

En nuestra opinión, no deberíamos asumir una exégesis tan radical y discutible del artículo 12 de la Convención. Especialmente, si tenemos en cuenta que dicha interpretación no se ajusta indefectiblemente al tenor literal de un precepto que admite una lectura moderada y razonable, donde se confiera la debida atención a todos los intereses en juego. De hecho, hemos de recordar que la elaboración de este artículo constituyó una cuestión muy espinosa, que supuso una seria amenaza para que la propia Convención resultara finalmente aprobada, y que algunos Estados Parte —v.gr., Australia, Canadá, Egipto y Polonia— han efectuado «declaraciones interpretativas» y «reservas» en relación con dicho artículo⁹⁵. Nos parece muy significativo, asimismo, que tampoco hallemos la exigencia de la supresión de la representación —cuando esta sea rigurosamente imprescindible— en el Preámbulo de este texto. Como denuncia PEREÑA⁹⁶, es deshonesto hacer «decir a la Convención lo que no dice»; esto es, pretender insertar soterradamente en su texto, mediante una exégesis que soslaya la literalidad del propio precepto, una medida tan sustancial como la erradicación de las figuras representativas, sobre la que fueron incapaces los Estados Parte de lograr el consenso en la fase de elaboración de la Convención, y que supuso un escollo casi insalvable para su definitiva aprobación. El Comité pretende alcanzar con sus recomendaciones lo que no se logró en la negociación del texto supranacional por los Estados.

Para evitar, *ab radice*, posibles intentos de imposición de una hermenéutica tan radical como la propugnada por el Comité, habría sido recomendable que el Reino de España hubiera también formulado sus «reservas» y «declaraciones interpretativas». No obstante, no haberlo hecho no significa que España se halle completamente sometida a la interpretación tendenciosa del Comité, ni que asuma su vinculación, de manera apriorística, a toda glosa que este organismo eventualmente efectúe de la Convención en el futuro, con independencia de si se ajusta o no a lo pactado y firmado por nuestro país en abril del año 2008.

No parece lógico admitir que una Convención de Naciones Unidas consagre los extremistas postulados inherentes al ideario neoliberal, cuan-

do son muy numerosos y dispares los Estados Parte en aquella, y dicha ideología no goza de una percepción positiva en una parte considerable de ellos. Las raíces culturales, históricas, institucionales y jurídicas de estos países son variopintas, de tal modo que no resulta verosímil que los Estados hayan finalmente asumido como propia una corriente caracterizada por su radicalidad, y que es absolutamente extraña a la tradición jurídica y —singularmente— social de la mayor parte de los mismos. Esta aseveración parece confirmada por la persistente renuencia advertida en gran parte de los países firmantes a erradicar las instituciones representativas, pese a haber transcurrido ya más de una década desde la aprobación del antedicho texto supranacional.

Como reacción frente a esta resistencia extendida entre los Estados a admitir la supuestamente «auténtica» exégesis que de la Convención pretende imponer el Comité, vimos con anterioridad que en el punto 3 de su *Observación general sobre el artículo 12* del año 2013, el propio Comité señalaba que «hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados Parte en virtud del artículo 12 de la Convención». En este sentido, concluía que «no se ha comprendido en general» la transformación del «paradigma» ni el nuevo modelo de discapacidad y, por ende, la misma Convención.

Esta impetuosa denuncia del Comité resulta, sin que este organismo lo pretenda ni sea siquiera consciente de ello, de lo más elocuente: parece que, a juicio del Comité, los Estados carecen de la *capacidad natural suficiente* (permítasenos la licencia de recurrir a esta suerte de juego de palabras) para comprender lo que ellos mismos han discutido, redactado y aprobado, y es el propio Comité quien se ve forzado a *representarlos* y *sustituirlos* en la elucidación de la Convención. No deja de ser paradójico que el Comité parezca acusar a los países de *falta de capacidad generalizada para entender sus propios actos*. Como consecuencia de ello, en un inefable ejercicio hermenéutico, más propio del paternalismo del que el Comité reniega como algo execrable, este órgano pretende iluminar a los Estados Parte, y desvelar y desentrañar lo que ellos mismos, sin ser conscientes de hacerlo, acordaron en el año 2006.

Conviene recordar que, en contra de la impresión que podrían proporcionar las palabras del Comité, el tema de la abolición extrema de las facultades representativas fue profusamente debatido durante la negociación del contenido de la Convención y, como ya advertimos, la falta de consenso en torno a esta materia puso seriamente en peligro la aprobación del propio texto. Por consiguiente, si, tras esta ardua discusión, finalmente se hubiera alcanzado un acuerdo por los Estados referido a la erradicación de la figura de la sustitución en la toma de decisiones, resulta obvio que en el articulado de la Convención y en su Preámbulo se habrían incluido referencias explícitas a la prohibición de la representación en todos los países. No habría

lugar, pues, a un «malentendido general» entre los Estados Parte, que son, justamente, los propios hacedores del texto supranacional. La identificación e interpretación de una metamorfosis tan abrupta y radical en la tradición jurídica y en los sistemas vigentes durante siglos en casi todos los países, evidentemente, no admitiría dudas ni equívocos. El escenario real que hallamos nos conduce a sostener que los Estados Parte no pactaron finalmente la extinción de toda institución representativa, dado que la interpretación que «en general» hacen los países firmantes difiere radicalmente de la que interesadamente ambiciona imponer el Comité como exégesis auténtica, pese a que, de modo contradictorio, este mismo organismo reconoce que los propios Estados no lo han entendido.

Según hemos observado a lo largo de este trabajo, un relevante sector doctrinal acude a los argumentos del Comité en aras a exigir la profunda transformación de nuestro ordenamiento jurídico, y lograr, de este modo, la plena abolición de las instituciones tutelares en relación con las personas con discapacidad⁹⁷. En esta línea, son muchos los autores que enfatizan sobre la rigurosa sumisión de los Estados Parte a los postulados del referido Comité, al entender que sobre dicho organismo recae la interpretación auténtica del texto de la Convención, y que no tendría sentido que los dictámenes emitidos por los comités creados por las convenciones internacionales no fueran vinculantes. Por consiguiente, consideran que, al ratificar el correspondiente protocolo facultativo de una convención, los Estados Parte reconocen la competencia del comité en él contemplado, así como el deber de cumplir sus recomendaciones y observaciones⁹⁸.

Aunque no se refiera a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sino al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a su Comité, nuestra jurisprudencia parece no compartir las apreciaciones y reflexiones de esta parte de la doctrina. Resultan interesantes, por ejemplo, las siguientes resoluciones:

STC de 3 de abril de 2002: «Además, ha de tenerse en cuenta que las “observaciones” que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia».

STC de 21 de noviembre de 2005: «El alto respeto que las comunicaciones de dicho Comité inspiran a este Tribunal no comporta que hayamos de asumir las interpretaciones que efectúan del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como definitorias del contenido de los derechos fundamentales». Esta concepción es apreciable, asimismo, en la STS (Sala de lo Penal) de 11 de febrero de 2005.

Estas atinadas valoraciones, lógicamente, son también predicables de la Convención de Nueva York y de las *Observaciones* de su Comité, ya que ni en dicho texto ni tampoco en su Protocolo Facultativo se otorga a tal órgano la autoridad para llevar a cabo la interpretación auténtica de la Convención⁹⁹. No obstante lo anterior, como hemos podido advertir, el Comité parece haberse atribuido unilateralmente esta función, y entendemos que el sesgo ideológico radicalizado que rezuman sus recomendaciones aconseja tomar cierta distancia de sus *Observaciones*, en lugar de sacralizarlas y venerarlas como lo políticamente correcto y la inconcusa verdad.

V. LA INELUDIBLE ATENCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES MÁS SEVERAS

La respuesta definitiva debe huir de juicios intransigentes, fundamentalistas, fanáticos, sectarios, maximalistas y apriorísticos. El Comité, en el ejercicio de las importantes competencias que tiene atribuidas, parece haber olvidado que, al igual que suele aseverarse que «no existen enfermedades, sino enfermos», resulta obvio que no puede hablarse de discapacidad o discapacidades en términos abstractos, sino de personas concretas con discapacidad: cada una es tributaria de una respuesta personalizada. Y entre quienes soportan una discapacidad podemos hallar sujetos con unas circunstancias intrínsecas inexorables, para los que la mejor respuesta del ordenamiento es la representación¹⁰⁰.

La génesis de la animosidad frente a las instituciones representativas radica, en parte, en la amplitud del espectro de destinatarios de la Convención, ya que en este texto supranacional no se distingue entre los heterogéneos supuestos de discapacidades¹⁰¹. Tal y como hemos insistido a lo largo de nuestro trabajo, las discapacidades son enormemente variadas, como también lo son las repercusiones que aquellas tienen sobre la capacidad de autogobierno de quienes las soportan. Por consiguiente, lo lógico será dispensar en cada caso una solución personalizada. En opinión de PEREÑA, el envilecimiento de la figura de la representación revela un «desconocimiento de ciertas realidades especialmente complejas y de lo que es en esencia la representación», pues la sustitución no altera la titularidad de los derechos ni tampoco los intereses protegidos, sino el ejercicio de aquellos.

Nos parece digno de loa el objetivo del Comité, en aras a lograr el reconocimiento de la capacidad y de la importancia que en nuestra sociedad ocupan las personas con discapacidad. Sin embargo, si nos atenemos al tenor literal de las *Observaciones* del Comité, parece que las referidas personas con discapacidades más graves han sido ignoradas por el mismo. Quizás el ímpetu del Comité en tal cometido haya propiciado una relevante pérdida

de perspectiva por su parte, pues, como resultado de la extremista exégesis de la Convención que pretende imponer, los sujetos con discapacidades más graves se hallarían en una situación de desprotección muy preocupante. El Comité¹⁰² parece contemplar, exclusivamente, a las personas con discapacidades no incapacitantes, esto es, a sujetos que mantienen su capacidad natural de autogobierno, y respecto de los cuales se ha verificado tradicionalmente el incumplimiento de la obligada gradación de la modificación de su capacidad, ya que los jueces y tribunales acudían a la incapacitación total y a la tutela.

Así pues, el Comité y sus fieles prosélitos no dejan lugar a la duda en torno a la inquebrantable rigidez de sus supuestos axiomas, donde, lejos de pretender dispensar el mejor trato posible a cada individuo con discapacidad, se impone la absoluta erradicación de las figuras representativas, sin importar los manifiestos efectos nocivos que ello irrogaría a un considerable número de personas con discapacidad.

Según advierte ALEMANY¹⁰³, los intereses más frágiles parecen sacrificados por el «antipaternalista radical», con el objetivo de garantizar el respeto de la libertad. Quienes se hallan en situaciones de mayor debilidad —prosigue este autor— resultan instrumentalizados, «como un puro medio», para alcanzar los objetivos de los más fuertes. Aquellos sufren, como consecuencia, un trato indigno «y se aseguran las condiciones para la desigualdad». En relación con esta incisiva acusación, expone que el imaginario que vehementemente trata de imponer el Comité se encuentra, en realidad, auspiciado por sujetos cuyas discapacidades físicas o sensoriales no resultan incapacitantes; en este sentido, estas personas extienden sus conclusiones al resto de individuos con discapacidad, con independencia de que carezcan de capacidad natural de entender y de querer, de tal modo que obvian las específicas características inherentes a tales personas¹⁰⁴.

En opinión del citado autor, la asunción de los postulados promovidos por este sector ideológico, que han sido elevados a la categoría de dogma por el Comité, dibujarían un marco jurídico en el que el respeto de la igualdad y la dignidad de las personas con discapacidades más graves se hallaría menos asegurado. Como reacción frente a este preocupante escenario, insta a equilibrar el debate, así como a refutar las máximas de «la ideología libertaria dominante» a través de la siguiente idea: «la libertad es tan valiosa como las restricciones a la misma que, entre otras cosas, la hacen posible»¹⁰⁵.

De acuerdo con el criterio de WARD¹⁰⁶, dentro de las discapacidades intelectuales, se aprecia una tendencia a discriminar a las personas que sufren las formas mayores y más incapacitantes de discapacidad. Compartimos la reflexión ofrecida por este autor, cuando señala que el Comité yerra, pues uno de los peores modos de discriminación contra cualquier sujeto con discapacidad es negarse a reconocer y prever el alcance y las consecuen-

cias de su discapacidad, así como pretender que estas no existen. En este sentido, si las personas con discapacidades más severas no encajan en una hermosa nueva teoría (*«a beautiful new theory»*), no deben por ello verse desfavorecidas, y dicha construcción ha de ser desechada.

Asumir incondicionalmente el extremismo del discurso del Comité puede depararnos consecuencias indeseadas, ya que se posibilitaría la causación de situaciones de desamparo y abusos en relación a sujetos cuyas circunstancias exigen, precisamente, una mayor protección. Es indiscutible que se debe procurar la integración y participación de las personas con discapacidad en el tráfico jurídico. No obstante, no parece razonable denostar por completo las instituciones representativas y exigir su extinción, ya que ello llevaría consigo, en último término, la desatención de las necesidades reales de un sector de los sujetos con discapacidad, quienes, justamente por la gravedad de sus realidades, no gozan de la posibilidad de autogobierno derivada de la capacidad de querer y entender las repercusiones de un acto jurídico¹⁰⁷.

A nuestro juicio, el hecho de reconocer que un reducido sector de la sociedad sufre grados muy acusados de discapacidad que excluyen el gobierno de sus propios intereses, así como que el ordenamiento jurídico debe proveer a sus necesidades con el nombramiento de un representante estable cuando su discapacidad le impida entender y querer los actos jurídicos, no debe considerarse un atentado contra la dignidad de la persona ni una medida discriminatoria¹⁰⁸. Antes al contrario, en los supuestos de discapacidades incapacitantes más graves, donde el individuo carece de entendimiento y voluntad, y no puede tomar decisiones por sí mismo ni con apoyo de otra persona, únicamente podrá llegar a participar en el tráfico jurídico mediante figuras representativas o de sustitución (denominadas *«involuntary measures»* por WARD)¹⁰⁹, que habrán de ser siempre ejercidas en su interés¹¹⁰.

Como atinadamente advierte CANIMAS¹¹¹, se presentan escenarios donde es precisa una decisión sustitutiva para satisfacer el «mejor interés» de la persona. Indefectiblemente, tal circunstancia implica una imprescindible restricción de su libertad en algunas situaciones. En la práctica, ciertas personas afectadas por una «diversidad funcional mental» necesitan que se adopten decisiones sustitutivas con una desmedida frecuencia, de tal forma que recurrir al juez en cada ocasión se torna imposible e improcedente. En estas hipótesis, lo más adecuado y garantista es acudir a una sentencia judicial temporal, donde, tras estudiar concienzudamente la situación, se «autorice a una o más personas que ofrecen garantías de buena praxis, a poder limitar algunas acciones de una persona o a poder actuar en su nombre en algunos supuestos, les recuerde las obligaciones y responsabilidades que contraen, las someta al escrutinio del Ministerio Fiscal y las emplace a una nueva revisión de la situación».

VI. POSIBLE EFECTO PERNICIOSO DE LA SUPRESIÓN DE LA REPRESENTACIÓN

La designación de un asistente que guíe y ayude en la toma de decisiones es la solución deseable e idónea para quienes conserven cierto nivel de capacidad natural. Imponer este régimen en los casos más graves, y «abolir» las instituciones tutelares, supondrá que el afectado quede excluido del tráfico jurídico, así como la paralización de todos sus asuntos.

A nuestro modo de ver, excederse en el empleo de las figuras representativas, al establecerlas en hipótesis en las que el individuo con discapacidad conserva una suficiente capacidad de autogobierno (tal y como acontecía hasta tiempos recientes), contraviene frontalmente los propósitos de la Convención de Nueva York. Sin embargo, entendemos que prescindir de la sustitución en la toma de decisiones cuando esta resulte indispensable también vulnera lo dispuesto en este texto supranacional¹¹².

Hemos de recordar, en este punto, que la Convención no ofrece un listado de las soluciones que pueden acordarse en relación con las personas con discapacidad, sino que se limita a exigir que constituyan «medidas pertinentes» (cfr. art. 12 Convención). Esto es, que resulten idóneas en atención a las circunstancias de cada sujeto con discapacidad. La consagración del criterio de la «pertinencia» propicia, en nuestra opinión, que en los casos en los que se aprecia la existencia de discapacidades manifiestamente graves, que arrebatan al sujeto la capacidad natural de entender y de querer, haya de acudir a modalidades de «apoyo» cimentadas en la representación para el ejercicio de su capacidad jurídica. Será de este modo, precisamente, como se posibilitará el ejercicio de los derechos del sujeto con discapacidad, ya que su realidad impide que él pueda tomar decisiones por sí mismo o con asistencia¹¹³ (*Vid.* STS de 8 de noviembre de 2017, que aclara que siempre se hará en atención al interés del afectado).

Tal y como evidencia MARTÍNEZ DE AGUIRRE¹¹⁴, la figura de la representación viene, en verdad, exigida por los propios términos de la Convención, ya que es el único mecanismo que permite la participación en la vida jurídica de quienes carecen de capacidad natural de conocer y querer. En caso contrario, «nadie actuará por ellos, pero tampoco ellos actuarán por sí mismos»¹¹⁵. Las medidas representativas satisfacen, por consiguiente, el requisito de la proporcionalidad de los sistemas de apoyo inferido del artículo 12.4 de la Convención¹¹⁶. Asimismo, permiten evitar la conculcación del principio de igualdad consagrado tanto en dicho texto como en nuestra Constitución, ya que si la discapacidad fuera realmente incapacitante y no se admitiera la representación, no habría equivalencia entre las posibilidades de actuación del sujeto afectado y el resto de operadores del tráfico jurídico (cfr., v.gr., STC de 18 de diciembre de 2000 y STS de 21 de septiembre de 2011).

El propio Ministerio Fiscal, en el incisivo escrito que presentó en el pleito juzgado en la emblemática STS de 29 de abril de 2009, donde se mostraba muy crítico con la falta de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención, señaló: «Sin duda, la implantación de la Convención exige soluciones frente a determinadas situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales sea necesario tomar una decisión en su nombre». El Ministerio Fiscal acierta al aludir a estas hipótesis, si bien no aporta una respuesta. Seguramente, su silencio obedezca a que no fue capaz de imaginar otro mecanismo que no consistiera en el recurso a la representación, porque ¿acaso cabe configurar tales «soluciones» al margen de la modificación de la capacidad y la sustitución en la toma de decisiones, cuando el sujeto se halla afectado por una carencia absoluta de capacidad natural de autogobierno, que no le ha permitido tener y expresar su voluntad? ¿de verdad alguien es capaz de configurar un sistema de apoyos no sustentado en mecanismos que permitan «decidir por ellas», cuando la discapacidad de estas personas es de tal envergadura que ha imposibilitado la manifestación de cualquier atisbo de voluntad a lo largo de sus vidas?¹¹⁷

Así pues, la visión del Comité conduce —como advierte WARD— a resultados discriminatorios con este segmento de la sociedad, cuya idiosincrasia es burdamente obviada por aquel, en su afán por dictar una elucidación o una glosa extremista e intransigente de la Convención de Nueva York, y por imponer un sistema que en los supuestos más graves resulta irreal¹¹⁸.

Este mismo autor llama la atención sobre una realidad que no podemos obviar. Las medidas a adoptar —incluidas, cuando corresponda, las que comprendan facultades representativas— son, en algunas hipótesis, imprescindibles para alcanzar muchos de los requisitos dibujados en la Convención de Nueva York. Por ejemplo: la accesibilidad (en particular, a los servicios), a tenor de su artículo 9; el acceso a la Justicia (art. 13); la protección frente a la explotación, la violencia y el abuso (art. 16); y la vida independiente (art. 19). Los operadores del tráfico jurídico no accederán a celebrar transacciones y contratos sin una razonable seguridad en torno a su validez, de tal modo que rehusarán contratar cuando exista el riesgo de que los negocios puedan ser nulos o anulados con fundamento en una eventual influencia indebida o falta de capacidad.

Sobre este potencial peligro alerta, asimismo PARRA¹¹⁹, cuando, *de lege ferenda*, propone que se medite convenientemente en torno a la regulación de la validez y eficacia de los actos atinentes al patrimonio del sujeto con discapacidad. El riesgo es formidable, ya que un régimen defectuoso acarrearía la exclusión de las personas con discapacidad, en la práctica, del tráfico jurídico patrimonial, de tal forma que no solo se desatendería el propio interés de aquellas, sino que también se vulnerarían gravemente los principios que rigen la propia Convención de Nueva York.

Por otra parte, en opinión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE¹²⁰, con una declaración de modificación judicial de la capacidad —como acontece en el todavía vigente ordenamiento español— obtener la invalidez es sencillo, ya que resulta suficiente comprobar que tal alteración de la capacidad existe y consta en el Registro Civil. Sin embargo, si se erradican las resoluciones modificadoras de la capacidad, quien aduzca la inexistencia de capacidad natural en el momento de llevar a cabo el concreto acto que se impugna se ve en la ardua tesitura no solo de probarla, sino también de evidenciar que su envergadura resulta bastante para fundamentar la nulidad. Ello, según pone de relieve el último autor mencionado, provocaría que las eventuales consecuencias perjudiciales de una capacidad natural restringida recaigan sobre terceros que traben relación con el sujeto con discapacidad. A su juicio, es imprescindible tomar en consideración este escenario¹²¹.

Concluye CARRASCO¹²² que los procedimientos de provisión de apoyos probablemente no consigan generar confianza en el tráfico jurídico, dado que se tratará de instituciones configuradas con el propósito de que una persona se «desarrolle», y no para que los operadores de la vida jurídica conozcan «con quién y cómo deban contratar».

Como puede comprobarse, la admisión de las facultades de sustitución en relación con los sujetos con discapacidades graves incapacitantes dotaría de mayor seguridad al tráfico, y, como consecuencia, permitiría a los afectados participar —a través de sus representantes— en el tráfico jurídico. La completa erradicación de las figuras representativas podría propiciar, por consiguiente, su exclusión de la vida jurídica, ya que quienes operan en la misma evitarán contratar con aquellos por la patente falta de seguridad en torno a la validez del negocio jurídico celebrado. Se verificaría, de este modo, una situación paradójica y contradictoria: una Convención que pretende potenciar la capacidad, el protagonismo y el libre desarrollo de las personas con discapacidad en el tráfico jurídico podría conducir a un pernicioso efecto, diametralmente opuesto al anhelado, si se hace una exégesis desmedida y tergiversada de sus preceptos. Como, a nuestro parecer, efectúa el Comité. Este indeseable resultado emergería, precisamente, en perjuicio de las personas con discapacidades más severas, que son, por definición, quienes demandan una protección más acusada.

VII. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Es evidente que la Convención representa un magnífico avance en materia de discapacidad, pues en su artículo 3 propugna la atención a la autonomía individual de las personas, así como la libertad en la toma de

decisiones y la independencia de los sujetos con discapacidad. Tal previsión normativa supone un cambio de paradigma, ya que ha de tratarse de evitarse el tradicional recurso generalizado a la incapacitación y a la tutela, y debe procurarse implantar, cuando sea posible y razonable, el sistema de apoyos esporádicos en dicha toma de decisiones. No obstante lo anterior, ya hemos argumentado que entendemos que para los supuestos más graves debe conservarse, aunque sea de modo residual, la eventual modificación de la capacidad y el establecimiento de facultades representativas cuando resulte imprescindible como única medida satisfactoria o «pertinente», en atención a las impeditivas circunstancias de la persona afectada por la discapacidad¹²³.

Esta lectura de la Convención coincidiría, en parte, con la «Recomendación Núm. R (99) 4, de 23 de febrero de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados», donde se pretendió impulsar la autonomía de las personas con discapacidad: *Principio 2 (Flexibilidad en la respuesta jurídica)*, *Principio 3 (Máxima preservación de la capacidad)*, *Principio 5 (Necesidad y subsidiariedad)* y *Principio 6 (Proporcionalidad)*. Si bien este texto europeo se muestra decididamente restrictivo en torno al establecimiento de las instituciones representativas, en él se admite que en las hipótesis más severas la única solución viable puede llegar a ser, precisamente, la sustitución del individuo con discapacidad en la toma de decisiones: *Vid. Principio 3.1 y 3.3, Principio 6.1 y 6.2*.

En nuestra opinión, en aras a arrojar cierta luz en torno a las medidas que pueden adoptarse en relación con las personas con discapacidades incapacitantes, resulta oportuno efectuar un análisis de la Convención desde un punto de vista teleológico o finalista. En este sentido, deberíamos dilucidar la intención de los Estados Parte cuando confeccionaron el referido texto supranacional, ya que —como se dispone en el artículo 3.1 CC— la exégesis de una norma debe tomar en consideración, primordialmente, su espíritu y finalidad. Aunque en este caso hemos podido comprobar que el texto de la Convención no exige la desaparición absoluta de las figuras representativas, conviene aclarar que, antes de asumir cualquier dudosa e interesada interpretación a la que pueda conducirnos su literalidad, nuestro Alto Tribunal (v.gr., STS de 22 de junio de 1950) reconoce que ya la doctrina clásica sostuvo que la *mens legislatoris* o la *ratio legis* gozan de preeminencia, incluso, sobre la propia letra de la norma¹²⁴ (SUÁREZ: *plus mentis esse tribuendum quam verbis, quia mens est praecipuum in lege nam est vita eius*).

Nos parece relevante la conclusión a la que llega LACRUZ, con carácter general, cuando sostiene que el rango superior de la *ratio* de las normas consiente una interpretación correctora de las palabras empleadas para su manifestación en las mismas¹²⁵. Ya sostenía CELSO (Dig. 1,3,17) que el conocimiento de las normas no consiste en retener sus meras palabras y

atenerse a ellas, sino su fuerza y su poder, esto es, su esencia y su alcance (que podríamos identificar con su *ratio*): «*Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*». A este apotegma recurre expresamente, en alguna ocasión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [v.gr., STEDH (Secc. 2.^a) de 29 de octubre de 2013, Caso Varvara contra Italia]¹²⁶.

Dado que ni siquiera acertamos a descubrir en la Convención precepto alguno que imponga la absoluta supresión de la representación, ¿cabría pensar que en la *ratio* de dicho texto supranacional, en su *vim ac potestatem*, se halla la prohibición de la figura de la sustitución en las hipótesis de las discapacidades más severas e incapacitantes? De la conducta de los propios creadores de la Convención, los Estados Parte, que se muestran «en general» reacios a plegarse a los dictados más escorados del Comité y, por consiguiente, a la completa liquidación del régimen de representación, se colige que tal supresión no forma parte, en absoluto, del espíritu o *ratio* de la propia norma.

A pesar de todo ello, y de la recurrente llamada de atención efectuada por numerosos autores sobre este segmento de los sujetos con discapacidad, el Comité no aporta ninguna solución para posibilitar el protagonismo de dichos individuos en la vida jurídica, y ciñe su respuesta a reiterar invariablemente que las facultades representativas vulneran la dignidad y la igualdad de las personas. Esta inaudita falta de argumentación y de contribución al debate nos aproxima al ya comentado sofisma, en cuya virtud una persona que jamás ha gozado de un mínimo umbral de capacidad natural de auto-gobierno puede llegar a manifestar su consentimiento gracias al auxilio de un «sistema de apoyos intenso», o, al menos, serán siempre identificables su voluntad y preferencias en aras a la toma de su decisión. Apreciamos aquí un ejemplo de los recursos retóricos que, como denunciábamos en la introducción de este trabajo, alumbran lo que en la conciencia colectiva se considera políticamente correcto. Este último concepto, tal y como allí sosteníamos, conforma un nuevo tipo de censura.

En definitiva, el Comité evidencia un turbador desprecio hacia los razonamientos de quienes no comparten plenamente su ideología, ya que se limita a repetir incesantemente su ideario, sin siquiera dignarse a responder a ciertos sectores que denuncian las distorsiones a que puede dar lugar su propuesta. Entendemos que cobra plena vigencia, debido a esta actitud, la conocida reflexión de Johann Wolfgang von GOETHE, cuando afirma que los antagonistas creen que nos refutan si repiten su opinión y no prestan atención a la nuestra: «*Gegner glauben uns zu widerlegen, wenn sie ihre Meinung wiederholen und auf die unsrige nicht achten*» (en el seno de sus «Maximen und Reflexionen»)¹²⁷.

Reconforta constatar que algunos destacados exponentes del sector doctrinal¹²⁸ que exige la revisión de nuestro ordenamiento jurídico interno, para

alcanzar su definitiva adaptación a la Convención, son conscientes de la realidad que rodea a los individuos con discapacidades incapacitantes severas y persistentes que entrañan la plena ausencia de capacidades volitivas e intelectivas. En este sentido, estos autores admiten, aunque sea como última opción, que en estos casos más graves ha de conservarse la posibilidad de una modificación de la capacidad que incluya facultades representativas, con el propósito de prevenir actuaciones personales con las que el propio afectado por la discapacidad se genere menoscabos.

Según apuntamos con anterioridad, el propio Comité —punto 21 de su *Observación General n.º 1 (2014)*— reconoce tímidamente que, en ocasiones, «pese a haberse hecho un esfuerzo considerable», no puede determinarse cuál es la voluntad y las preferencias de un sujeto. Como consecuencia de ello, según señala CUENCA¹²⁹, en estos supuestos podrían admitirse «acciones puntuales de representación». En contra de esta restricción, IMAZ advierte que la implacable repudiación a la tutela no debe hacernos olvidar que hay sujetos que precisan una protección integral donde se incluya, parcial o totalmente, su sustitución. En estas hipótesis, según esta última autora, conviene conferir las más amplias facultades a un tercero, en aras a organizar integralmente el espacio vital de la persona afectada, cuyas necesidades no es sencillo ni conveniente parcelar. Estas necesidades que afectan a dichos sujetos hoy seguirán presentes mañana¹³⁰.

Afortunadamente, al margen de su ya comentada previsión en la redacción del artículo 267 del Código civil prevista en el Anteproyecto, una «cláusula de cierre» que contiene la eventual concesión a un tercero de facultades representativas se advierte en algunos de los más relevantes proyectos de reforma legislativa que se han venido desarrollando en nuestro país, y en ellos no se llega tan lejos como pretende el Comité¹³¹. A título meramente ejemplificativo, nos parece oportuno hacer alusión a la *Propuesta articulada de reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, de 13 de junio de 2012, elaborada por el REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD. Esta entidad, si bien aborrece palmariamente la representación o sustitución como solución¹³², contradice su grandilocuentemente proclamada inquina y animadversión hacia este mecanismo, aunque de manera casi subrepticia, en el tenor literal que propone para el artículo 225 del Código civil (en un Capítulo bajo la rúbrica «Del apoyo intenso»):

«Cuando sea estrictamente necesario para proteger los intereses de la persona que no pueda ejercer su capacidad jurídica mediante otro tipo de apoyos, la autoridad judicial establecerá en interés de aquella, un apoyo intenso que determinará su representación. La persona física o jurídica designada por el

juez para prestar este apoyo representará los intereses de la persona asistida en los supuestos concretos que determine la resolución judicial que lo establezca. La resolución judicial deberá precisar los términos en los que se llevará a cabo la representación, adoptando las salvaguardas que estime precisas para garantizar que tal desempeño no suponga la suplantación de la voluntad de la persona, le cause perjuicio, o sea condicionado mediante influencia indebida.

Este apoyo intenso deberá ser excepcional y preferiblemente respecto de actos o negocios jurídicos concretos y puntuales.

Para los actos y derechos personalísimos será necesaria resolución independiente y específica».

A través de esta propuesta de redacción del artículo 225 del Código civil, entendemos que el REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD, pese a su firme propósito declarado, ofrece un ponderable ejercicio de realismo.

En definitiva, si volvemos la mirada de nuevo hacia el texto de la Convención de Nueva York, hemos de defender categóricamente que toda norma debe ser interpretada con una especial atención al criterio de la razón y la lógica. El sentido común ha de constituir la línea maestra en la exégesis de cualquier sistema jurídico. Tienen perfecto encaje aquí, a nuestro juicio, las advertencias de ATIENZA¹³³, cuando asevera que lo que no es razonable no puede ser «de Derecho».

No obstante, genera una enorme consternación comprobar que es el propio contexto el que se ha tornado irrazonable¹³⁴.

VIII. CONCLUSIONES

I. Aunque la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde hace más de una década, el debate doctrinal y jurisprudencial desenvuelto en torno a ella ha alcanzado sus mayores cotas en los últimos años. Se trata de una discusión teñida de un acusado extremismo sustentado en lo políticamente correcto, donde un determinado sector, guiado por el Comité de la Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pretende erradicar por completo la representación, y no admite soluciones eclécticas.

II. Nuestra jurisprudencia, tradicionalmente, ha incumplido flagrantemente el mandato legal de la gradación y personalización de la incapacitación en sus resoluciones, y se ha limitado a ofrecer respuestas estandarizadas. Sin embargo, se advierte un evidente cambio de rumbo en nuestro Tribunal Supremo en los últimos años; especialmente, a raíz de la célebre STS de 29 de abril de 2009.

III. En septiembre de 2018 se ha presentado el *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. En el texto propuesto se confiere un carácter prioritario a los poderes y mandatos preventivos, y se fortalece la guarda de hecho. No obstante, la medida de apoyo más relevante y desarrollada es la curatela. Se erradica la tutela para los mayores de edad, si bien se contempla la posibilidad excepcional de otorgar al curador facultades representativas, en frontal colisión con la interpretación de la Convención que el Comité pretende imponer.

IV. Según el Comité, hay un «malentendido general» por los Estados en relación con los compromisos adquiridos al firmar la Convención. Entiende que mantener la representación, incluso en los casos de discapacidades incapacitantes más severas, es discriminatorio. Su solución radica en proveer a estas personas de un sistema de apoyos.

V. A nuestro juicio, no debería ofrecerse un trato igualitario a todas las personas, sin tomar en cuenta las concretas circunstancias que rodean a cada individuo con discapacidad. La igualdad de derechos no equivale a considerar que todos los sujetos gozan de la misma capacidad. Precisamente, en los casos más graves, las medidas de representación ayudan a alcanzar la igualdad de condiciones con el resto de personas.

VI. La propia Convención admite que algunas personas con discapacidad no se hallan en una situación plenamente equiparable a la de los demás sujetos, ya que ordena a los Estados el establecimiento de medias de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Así pues, la Convención asume que existe una diferencia entre la titularidad de derechos y la capacidad de ejercitarlos. Incluso el Comité, que tan vehementemente proclama la axiomática absoluta igualdad de condiciones de las personas, desmiente su propio planteamiento al conminar a los Estados al establecimiento del sistema de apoyos. A nuestro modo de ver, la representación no vulnera la igualdad ni la dignidad.

VII. La discapacidad, por sí misma, no justifica la modificación judicial de la capacidad de la persona. Será la limitación o la ausencia de la capacidad natural de autogobierno las que lo determinen. En cualquier caso, la previsión de medidas representativas en los casos más severos no significa la «muerte civil» de las personas.

VIII. La actuación del sujeto que actúe como apoyo de la persona con discapacidad debe respetar la voluntad y preferencias de aquella; incluso, cuando deba actuar en sustitución de ella. No obstante, si no es posible determinar tal voluntad, habría de acudirse a la noción del interés superior objetivo del sujeto con discapacidad, pese a que el Comité repudie explícitamente este último criterio. Así lo ha hecho, en alguna ocasión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

IX. Mantener las medidas representativas en el caso de los menores de edad y suprimirlas en las hipótesis más graves e incapacitantes de discapacidad, adolece, a nuestro juicio, de incongruencia, pues puede haber evidentes similitudes entre ambas situaciones: limitación o plena carencia de la capacidad natural de autogobierno. En cambio, no parece razonable equiparar —como hace el Comité— la discapacidad y el género de las personas, ya que son realidades disímiles, pues el género nunca puede afectar a la capacidad natural de querer y de entender.

X. La interpretación de la Convención que pretende imponer el Comité se encuentra inspirada en los más radicales postulados del neoliberalismo. Entendemos que otra exégesis más moderada de la Convención es posible, y no parece razonable que los Estados hayan elaborado un texto que responda a una ideología extrema que carece no solo de tradición jurídica y social, sino también de una gran aceptación en la mayor parte de ellos.

XI. Tan inadecuado resulta incapacitar a personas que conservan su capacidad de autogobierno como, en sentido contrario, fingir que dicha capacidad está presente en quienes realmente carecen de ella completamente. Una ruptura tan extrema con los sistemas anteriores extendidos por todo el planeta, como es la erradicación de la representación, aparecería como evidente en el texto de la Convención, y no resultaría interpretable. De hecho, la discusión de su artículo 12 puso en serio riesgo la propia aprobación de dicho texto supranacional.

XII. El Comité se ha arrogado unilateralmente la interpretación auténtica de la Convención, pese a que tal cometido no le ha sido conferido en la misma ni en su Protocolo Facultativo.

XIII. Las personas con discapacidades incapacitantes más graves han sido olvidadas por el Comité, que centra su atención, únicamente, sobre los sujetos con discapacidad que conservan ciertos umbrales de capacidad natural de autogobierno. Como resultado de lo anterior, se cercena la dignidad e igualdad de quienes sufren las formas más incapacitantes de discapacidad.

XIV. Un buen sistema de apoyos en la toma de decisiones de las personas con discapacidades intelectuales que imposibilitan absolutamente la toma de conciencia y la voluntad en torno a un acto jurídico, a nuestro juicio, ha de incluir las figuras representativas estables.

XV. Nombrar a un asistente que guíe y ayude en la toma de decisiones es el expediente adecuado para quienes gocen de un cierto nivel de capacidad natural. Sin embargo, suprimir las instituciones tutelares en las hipótesis más graves, propiciará que el afectado resulte excluido del tráfico jurídico, así como la paralización de todos sus asuntos. En estos casos, la representación satisface los criterios de «pertinencia» y «proporcionalidad» exigidos por la Convención, y coadyuvará al logro de los objetivos de dicho texto supranacional.

XVI. Proponemos una interpretación teleológica de la Convención, donde no identificamos ningún precepto que conmine a la erradicación absoluta de las medidas representativas: la renuencia de los Estados Partes —que negociaron y aprobaron el texto— a su completa abolición nos lleva a pensar que esta solución no se halla en la *ratio* de dicho texto normativo. Debe, por lo tanto, mantenerse como última medida posible, aplicable en los casos de discapacidades más incapacitantes.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS:

- STEDH (Secc. 2.^a) de 29 de octubre de 2013
- STEDH (Sección 1.^a) de 23 de marzo de 2017
- STC de 18 de diciembre de 2000
- STC de 3 de abril de 2002
- STC de 9 de octubre de 2002
- STC de 21 de noviembre de 2005
- STS (Sala de lo Civil) de 5 de marzo de 1947
- STS (Sala de lo Civil) de 22 de junio de 1950
- STS (Sala de lo Penal) de 11 de febrero de 2005
- STS (Sala de lo Civil) de 29 de abril de 2009
- STS (Sala de lo Civil) de 21 de septiembre de 2011
- STS (Sala de lo Civil) de 11 de octubre de 2012
- STS (Sala de lo Civil) de 1 de julio de 2014
- STS (Sala de lo Civil) de 27 de noviembre de 2014
- STS (Sala de lo Civil) de 13 de mayo de 2015
- STS (Sala de lo Civil) de 15 de julio de 2015
- STS (Sala de lo Civil) de 16 de mayo de 2017
- STS (Sala de lo Civil) de 27 de septiembre de 2017
- STS (Sala de lo Civil) de 11 de octubre de 2017
- STS (Sala de lo Civil) de 8 de noviembre de 2017
- SAP de Málaga (Secc. 5.^a) de 15 de septiembre de 2005
- SAP de Madrid (Secc. 10.^a), de 30 de enero de 2012
- SAP de Madrid (Secc. 10.^a) de 21 de marzo de 2012
- SAP de Madrid (Secc. 10.^a) de 15 de junio de 2012

BIBLIOGRAFÍA

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. (2018). La eficacia de los contratos celebrados por las personas protegidas. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 379-395.

- ALEMANY GARCÍA, 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*, vol. 52, 201-222.
- 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. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, enero-diciembre de 2010, 11-66.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2019). Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas más vulnerables. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10, febrero de 2019, 224-281.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018). *Propuesta de Código civil*. Madrid: Ed. Tecnos.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (2016). Dignidad Humana y Derechos de las Personas con Discapacidad. *Revista IUS ET VERITAS*, núm. 53, diciembre de 2016, 262-266.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014). La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas. *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, abril de 2014, núm. 2, 23-40.
- BLANCK, P. (2018). «The right to make choices»: supported decision-making activities in the United States. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 27-37.
- BOENTE, W. (2018). ¿Por qué resiste el Derecho? Pensamientos sobre el artículo 12 CRPD. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 39-46.
- BOTELLO HERMOSA, P. (2015). El refuerzo de la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención ONU sobre derechos de personas con discapacidad al Ordenamiento jurídico español. *RCDI*, núm. 749, mayo de 2015, 1345-1380.
- BRETÓN DÍEZ, N., GONZÁLEZ LÓPEZ, A.I., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. y GUERRA MORA, P. (2017). Medidas de modificación judicial de la capacidad en personas con trastorno mental grave: ¿Protección o iatrogenia? *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 39, 73-86.
- BUEYO DÍEZ JALÓN, M. El impacto de la Convención Internacional de las personas con discapacidad (recurso electrónico en el que no figura la fecha de publicación, disponible en <https://www.discapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/otros-temas/el-impacto-de-la-convencion>, consulta: 14 de julio de 2019).
- CAMPO IZQUIERDO, Á.L. (2014). Los procesos judiciales de capacidad a la luz de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad. *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, abril de 2014, núm. 2, 2-7.
- CANIMAS BRUGUÉ, J. (2016). Decidir por el otro a veces es necesario. En: La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas. *Cuadernos de la Fundació Victor Grífols i Lucas*, núm. 39, 13-31.

- 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. *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, 1-5 (disponible en línea en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Discapacidad_personal_y_estabilidad_contractual.pdf, consulta: 7 de mayo de 2019).
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.^aC. (2014). La figura de la incapacitación a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Comentario a la sentencia núm. 282/2009 del TS, Sala Primera, de 29 de abril. *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, abril de 2014, núm. 2, 115-122.
- CHIMENO CANO, M. (2013). Problemas que suscita la designación y el seguimiento del guardador legal. En: S. de Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Madrid: Ed. Dykinson, 117-137.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (2018). Dictamen 5/2018 Sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Sesión Ordinaria del Pleno 24 de octubre de 2018, 1-29 (disponible en <http://www.ces.es/documents/10180/5598063/Dic052018.pdf>, consulta: 13 de junio de 2019).
- 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*, núm. 10, diciembre de 2012, 61-94.
- (2012). La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española. *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12/2012, Universidad de Jaén, 1-24.
- (2018). Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2018, 82-101.
- DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.^a C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A. (2010). Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español. En: P. Cuenca Gómez (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*. Madrid: Ed. Dykinson, 11-34.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. (2018). El curador del mayor: Un apoyo a la persona con modificación parcial de la capacidad. *RCDI*, núm. 765, enero de 2018, 445-460.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2010). La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009). En: M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 3.^o (2009). Madrid: Ed. Dykinson, 555-590.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (2009). La ejecución de sentencias y decisiones de Tribunales y Comités, 1-21 (recurso electrónico en

- <https://eciencia.urjc.es/bitstream/handle/10115/12685/Conferencia%20Escuela%20Diplom%C3%A1tica.doc?sequence=1&isAllowed=y>, consulta: 15 de julio de 2019).
- GARCÍA CANTERO, G. (2013). Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad. En: S. de Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Madrid: Ed. Dykinson, 41-56.
- GARCÍA PONS, A. (2013). El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España. *ADC*, fasc. I, 59-147.
- GOETHE, J. W. (1842). Goethe's Nachgelassene Werke. Vol. 16. En: Goethe's Werke. Vollständige Ausgabe letzter Hand, vol. 56. Stuttgart y Tübingen: J. G. Cotta'schen Verlag.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.^a (2008). ¿Son vinculantes los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas? Posición de los Tribunales españoles a propósito de un controvertido caso (sobre el derecho a la revisión de la condena penal por una instancia superior). En: E. Ferrer Mac-Gregor y A. Zaldívar Lelo de Larrea (coord.), *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. IX. México: Ed. Marcial Pons, 105-135.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2018). Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2018, parte Legislación, Comentarios (recurso electrónico accesible en Aranzadi Instituciones, BIB 2018\13987).
- IMAZ ZUBIAUR, L. (2018). Reformulando la protección de las personas con diversidad funcional a la luz de la distante Convención de Nueva York de 2006. *RVAP*, núm. 112, septiembre-diciembre de 2018, 165-208.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1998). *Elementos de Derecho Civil*. T. I. Parte General. Vol. 1. Madrid: Ed. Dykinson.
- MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 199-225.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2013). El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En: S. de Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Madrid: Ed. Dykinson, 15-40.
- MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (2014). La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2173, diciembre de 2014, 2-26.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2018). La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 495-510.
- MINISTERIO DE JUSTICIA (2010). Documento de trabajo elaborado por el Ministerio de Justicia sobre la posible 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, 1-19 (recurso electrónico disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Foro-Justicia-y-Discapacidad/Actividades/Actividades-destacables/Documento-de-trabajo-sobre-la-posible-reforma-del-Codigo-civil--del-Estatuto-Organico-del-Ministerio-Fiscal-y-de-la-Ley-1-2000-de-Enjuiciamiento-Civil-en-materia-de-modificacion-judicial-de-la-capacidad-y-de-las-medidas-de-proteccion-y-apoyo-de-menores-y-de-personas-con-capacidad-modificada-judicialmente--2010->, consulta: 4 de julio de 2019).
- MOISDON-CHATAIGNER, S. (2018). De la volonté de la personne bénéficiant d'une mesure de protection: du paradoxe à la mise sous tension. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 111-118.
- MONDÉJAR PEÑA, M.^a I. (2015). La guarda de las personas con discapacidad intelectual a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *RJUAM*, núm. 31, 2015-I, 369-398.
- MUNAR BERNAT, P.A. (2018). La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 121-152.
- NÚÑEZ ZORRILLA, M.^aC. (2014). *La asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*. Madrid: Ed. Dykinson.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2019). Demencia. Publicado el 14 de mayo de 2019 (disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/dementia>, consulta: 18 de junio de 2019).
- PALLARÉS NEILA, J. (2017). *La protección de la vivienda habitual como exigencia del derecho a vivir de forma independiente de las personas con discapacidad. Análisis teórico y realidad empírica*. Barcelona: JM Bosch Editor.
- (2018). La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 153-171.
- PARRA LUCÁN, M.^a Á. (2019). La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de protección de las personas con discapacidad (Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, el 21 de febrero de 2019). *El Notario del siglo XXI*, núm. 85, mayo/junio de 2019, 158 y 159.
- 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 de 2018, Estudios, 5-28.
- PEREÑA VICENTE, M. (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación? *Diario La Ley*, núm. 7691, 9 de septiembre de 2011 (recurso electrónico disponible en línea en «daleydigital»; LA LEY 13496/2011).
- (2016). La Convención de Nueva York y su incidencia en el ejercicio de la medida de protección. En: *Código de buenas prácticas en el ejercicio de las medidas de protección jurídica*, 141-173 (disponible en línea en <https://www>.

- fundacionmanantial.org/cbpempj_tutela/pdf/pdf_split/CB.1.pdf, consulta: 15 de julio de 2018).
- (2018). La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 119-141.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2009). La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar. *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2009, núm. 23, 335-368.
- RAMS ALBESA, J. (2011). Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes) (1). *RCDI*, enero-febrero de 2011, núm. 723, 211-296.
- REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD (2012). Propuesta articulada de reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, 1-113 (recurso electrónico disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-PropuestaModificacionCCLEC.pdf>, consulta: 4 de julio de 2019).
- RECOVER BALBOA, T. (2014). Hacia la reforma del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad. En: M.^a C. García Garnica (dir.) y R. Rojo Álvarez-Manzaneda (coord.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Madrid: Ed. Dykinson, 19-29.
- SALAS MURILLO, S. (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*, núm. 5/2018, parte Doctrina (recurso electrónico accesible en Aranzadi Instituciones, <http://aranzadi.aranzadidigital.es>; BIB 2018\8655).
- SANCHO GARGALLO, I. (2018). Sentido de la intervención judicial y del proceso civil en la determinación de la capacidad y de los apoyos necesarios para su ejercicio. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 17-25.
- SANTOS URBANEJA, F. (2004). Causa y motivo de la incapacitación civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código civil. En: *Jornadas sobre la «Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad»*, Madrid, 8 y 9 de marzo de 2004. Madrid: Fundación Aequis, Colección La Llave, 1-17, (recurso electrónico accesible en <http://asaenec.org/wp-content/uploads/2014/02/Causa-y-motivo-de-la-incapacitacion-civil.-Una-reflexion-sobre-el-art.-200-del-codigo-civil.pdf>, consulta: 24 de julio de 2019).
- (2009). Realidad actual de los procesos de incapacitación. Alternativas a su regulación. Hacia una protección efectiva. En: *Jornadas Fundación Aequis-Centro de Estudios Jurídicos*, Madrid, 9 y 10 de marzo de 2009. Madrid: Fundación Aequis, 1-32, (recurso electrónico accesible en http://aequis.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=f977a214-e8a7-4dca-9a9f-b4c65f445e42&groupId=10228, consulta: 24 de julio de 2019).

- SERRANO GARCÍA, I. (2015). ¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones? Bet-tencourt, Sordi, di Stéfano. *RCDI*, núm. 751, septiembre de 2015, 2587-2606.
- SILLERO CROVETTO, B. (2015). ¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial. *RCDI*, núm. 747, enero de 2015, 383-414.
- TORRES GARCÍA, T.F. (2018). Presentación. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 1-3.
- VARELA AUTRÁN, B. (2009). La tutela, ante la Convención. *Revista Escritura Pública*, núm. 60, noviembre-diciembre de 2009, 69.
- (2013). Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Comentario a la STS (Sala Primera) 617/2012, de 11 de octubre, Rec. 262/2012. *Diario La Ley*, núm. 8006, 22 de enero de 2013 (recurso electrónico accesible en «daleydigital»; LA LEY 19518/2012).
- VILLANUEVA PRIETO, D. (1992). *Teorías del realismo literario*. Madrid: Instituto de España, Espasa Calpe.
- (2006). Retórica e invención de la realidad. En: J.A. Hernández Guerrero, M.^a C. García Tejera, I. Morales Sánchez, F. Coca Ramírez (eds.), *Retórica, Literatura y Periodismo*, Actas del V Seminario Emilio Castelar (noviembre-diciembre de 2004). Cádiz: Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 239-248.
- (2018). Discurso de inauguración del Máster de Periodismo Multimedia de la UPV. Pronunciado el 6 de noviembre de 2018 (referencia en <http://www.rae.es/noticias/dario-villanueva-la-correccion-politica-ha-llegado-para-quedarse>, consulta: 10 de julio de 2019).
- VIVAS TESÓN, I. (2012). *Más allá de la capacidad de entender y querer... Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*. Badajoz: FUTUEX-Fundación para la promoción y apoyo a las personas con discapacidad, Observatorio estatal de la Discapacidad.
- WARD, A.D. (2014). Abolition of all guardianship and mental health laws? *The Journal of the Law Society of Scotland*, 14 de abril de 2014 (<http://www.journalonline.co.uk/Magazine/59-4/1013832.aspx>, consulta: 21 de junio de 2019).
- (2018). Enabling Citizens to Plan for Incapacity. En: 5th World Congress on Adult Guardianship, General Session II on Wednesday 24 th October 2018. Seúl, 1-14, (<http://www.mentalcapacitylawandpolicy.org.uk/wp-content/uploads/2018/11/Enabling-Citizens-to-Plan-for-Incapacity.pdf>, consulta: 2 de julio de 2019).
- (2018). Rights, empowerment and medical consent. The impact of article 12 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 367-375.

NOTAS

¹ 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. *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas*, 1 (disponible en línea en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Discapacidad_personal_y_estabilidad_contractual.pdf, consulta: 7 de mayo de 2019).

² Permítasenos la licencia de emplear este neologismo de raigambre anglosajona (*post-truth*), ya que perfila con precisión la idea que tratamos de transmitir, y fue admitida en el Diccionario de la Lengua Española de la RAE a finales del año 2017: «Distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales».

³ VILLANUEVA PRIETO, D. (2006). Retórica e invención de la realidad. En: J.A. Hernández Guerrero, M.^aC. García Tejera, I. Morales Sánchez, F. Coca Ramírez (eds.), *Retórica, Literatura y Periodismo*, Actas del V Seminario Emilio Castelar (noviembre-diciembre de 2004). Cádiz: Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 240.

⁴ VILLANUEVA PRIETO (1992). *Teorías del realismo literario*. Madrid: Instituto de España, Espasa Calpe, 52.

⁵ ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (2016). Dignidad Humana y Derechos de las Personas con Discapacidad. *Revista IUS ET VERITAS*, núm. 53, diciembre 2016, 265.

⁶ ALEMANY GARCÍA, 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*, vol. 52, 221.

⁷ VILLANUEVA (2018). Discurso de inauguración del Máster de Periodismo Multimedia de la UPV. Pronunciado el 6 de noviembre de 2018 (referencia en <http://www.rae.es/noticias/dario-villanueva-la-correccion-politica-ha-llegado-para-quequedarse>, consulta: 10 de julio de 2019). A su modo de ver, «expurgar el *Diccionario* para hacerlo seráfico y biempensante no dejaría tampoco de ser una reiterada expresión de una nueva forma de censura difusa».

⁸ PEREÑA VICENTE, M. (2016). La Convención de Nueva York y su incidencia en el ejercicio de la medida de protección. En: *Código de buenas prácticas en el ejercicio de las medidas de protección jurídica*, 152 y 153 (disponible en línea en https://www.fundacionmanantial.org/cbpmempj_tutela/pdf/pdf_split/CB.1.pdf, consulta: 15 de julio de 2018).

⁹ Un exhaustivo e interesante recorrido por la evolución experimentada por nuestra legislación en esta materia lo podemos encontrar en IMAZ ZUBIAUR, L. (2018). Reformulando la protección de las personas con diversidad funcional a la luz de la distante Convención de Nueva York de 2006. *RVAP*, núm. 112, septiembre-diciembre de 2018, 183-190. Sobre la necesidad de la gradación de la incapacitación, *Vid.* NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C. (2014). *La asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*. Madrid: Ed. Dykinson, 57-59.

¹⁰ *Vid.* PALLARÉS NEILA, J. (2017). *La protección de la vivienda habitual como exigencia del derecho a vivir de forma independiente de las personas con discapacidad. Análisis teórico y realidad empírica*. Barcelona: JM Bosch Editor, 50.

¹¹ SANTOS URBANEJA, F. (2009). Realidad actual de los procesos de incapacitación. Alternativas a su regulación. Hacia una protección efectiva. En: *Jornadas Fundación Aequitas-Centro de Estudios Jurídicos*, Madrid, 9 y 10 de marzo de 2009. Madrid: Fundación Aequitas, 2 (recurso electrónico accesible en http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=f977a214-e8a7-4dca-9a9f-b4c65f445e42&groupId=10228, consulta: 24 de julio de 2019). Según este Fiscal, en el momento de pronunciar su ponencia, alrededor del 95% de las demandas de incapacitación finalizaban con una «sentencia

de incapacitación plena, para todo y para siempre», y el 95% de los sujetos declarados plenamente incapaces no lo eran; ello se debe, en su opinión, a que los Tribunales continuaban operando de igual modo que cien años antes. Esta parece ser, aún hoy en día, la tendencia en los Estados Unidos de América, según expone BLANCK, P. (2018). «The right to make choices»: supported decision-making activities in the United States. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 28 y 29.

¹² PALLARÉS (2017, 90).

¹³ Esta percepción parece refrendada, si bien con una muestra menor (26 sujetos, también con trastorno mental grave), por el análisis ofrecido por BRETÓN DIEZ, N., GONZÁLEZ LÓPEZ, A.I., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. y GUERRA MORA, P. (2017). Medidas de modificación judicial de la capacidad en personas con trastorno mental grave: ¿Protección o iatrogenia? *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 39, 73-86. Según el estudio presentado por estas autoras, en las hipótesis analizadas el establecimiento de tutela asciende al 88,5% de las ocasiones, mientras que en el 11,5% de los casos el juzgador se decantó por la curatela. A su juicio (2017, 83), en muchos de los supuestos, quizás se opte por las medidas más restrictivas como directa consecuencia del «desconocimiento que tanto profesionales como usuarios y sus familias tienen», ya que entienden que se opta por ellas debido a que aquellos ignoran que a través de otras actuaciones cabría alcanzar los mismos fines perseguidos.

¹⁴ PEREÑA (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación? *Diario La Ley*, núm. 7691, 9 de septiembre de 2011 (recurso electrónico disponible en línea en <laledigital>; LA LEY 13496/2011).

¹⁵ STS de 29 de abril de 2009: «Otra cosa distinta es si el sistema de protección debe ser o no rígido, en el sentido de que no debe ser estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y además, constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección. [...] La reforma del Código de acuerdo con la Ley 13/1983, de 24 octubre introdujo un sistema proteccionista, pasando del concepto tradicional capacidad/incapacidad a una situación adaptable a las necesidades de protección del destinatario de la medida».

¹⁶ STC de 9 de octubre de 2002: «En este sentido debe destacarse que en los procesos de incapacitación, al margen de la defensa prestada al presunto incapaz por el Ministerio Fiscal, por el defensor judicial nombrado al efecto o, en su caso, por el Letrado designado por el mismo incapaz (arts. 206 y 207 CC, y 758 LECiv), la audiencia de los parientes más próximos [...] constituye «per se» una garantía objetiva de los derechos del presunto incapaz, en la medida en que facilita la aportación de alegaciones y hechos que permiten obtener una mejor convicción sobre la situación de la persona que se pretende incapacitar y sobre las circunstancias que la rodean, lo que resulta decisivo, tanto para la propia declaración de incapacitación, su extensión y límites, como para el establecimiento del régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (arts. 210 CC y 760 LECiv)».

¹⁷ *Vid.*, entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2013). El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En: S. de Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Madrid: Ed. Dykinson, 16 y 17. Según expone, el vigente sistema se encuentra configurado «en torno a la capacidad natural de autogobierno», con un propósito protector hacia las personas que carecen de ella. Asimismo, pone de relieve que la sentencia que restrinja la capacidad legal de obrar lo hará con una «intensidad variable» y con «el sometimiento a un régimen de guarda revisable de contenido flexible». Sobre cómo determinar la «zona de falta de autogobierno», *Vid.* SANTOS URBANEJA (2004). Causa y motivo de la

incapacitación civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código civil. En: *Jornadas sobre la «Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad»*, Madrid, 8 y 9 de marzo de 2004. Madrid: Fundación Aequitas, Colección La Llave (pp. 3 a 6) (recurso electrónico accesible en <http://asaenec.org/wp-content/uploads/2014/02/Causa-y-motivo-de-la-incapacitación-civil.-Una-reflexión-sobre-el-art.-200-del-código-civil.pdf>, consulta: 24 de julio de 2019).

¹⁸ PERENA (2016, 146). En relación con la práctica judicial advertida en nuestro país, como muestra de la degradación en la aplicación del sistema, PALLARÉS (2017, 111 a 129) muestra que, en ocasiones, a una persona parcialmente incapacitada se le impone la figura del tutor; de este modo, parece evidente que ya no hay correspondencia entre la incapacidad total y la tutela, ni entre la incapacidad parcial y la curatela. A juicio de este autor, lo realmente importante es que el juzgador concrete los ámbitos en los que la persona mantiene su gobierno, con el propósito de perfilar la institución de protección más adecuada para atender sus necesidades (aunque aprecia favorablemente que en estas resoluciones no se aluda a la «incapacidad total»); por consiguiente, exige la consabida gradación, que se incumple en un gran número de los ejemplos judiciales manejados en su estudio empírico. En nuestra opinión (al margen del recurrente empleo de inadmisibles expresiones genéricas), si bien en algunas de las resoluciones escrutadas por PALLARÉS se hace referencia a la «incapacidad parcial», más parece un eufemismo que una locución respetuosa con la realidad, pues se nombra a un tutor que sustituye en todos los campos al sujeto con discapacidad, quien solamente mantiene derechos políticos. A pesar de la realidad judicial que emerge en el estudio de PALLARÉS, hemos de hacer mención a la STS de 1 de julio de 2014, donde se contraponen la tutela y la curatela: la primera resulta circunscrita a los totalmente incapacitados (quienes, no obstante, conservan los derechos que solo puedan ejercitar por sí mismos, al haberlo establecido así el legislador o la propia resolución de incapacidad —los derechos personalísimos y el derecho de sufragio activo, respectivamente—); el ámbito de la curatela, en cambio, se ubica en la incapacidad parcial.

¹⁹ En relación con este tema, *Vid.* GARCÍA PONS, A. (2013). El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España. *ADC*, fasc. I, 97. Este autor señala que la actuación y el esfuerzo tanto de la Fiscalía como de los jueces y tribunales ha propiciado que, en los últimos años, las resoluciones de modificación de la capacidad resulten más «humanas» y que se aplique la Convención. *Vid.*, también ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2019). Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas más vulnerables. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10, febrero de 2019, 251 y 252.

²⁰ En el segundo párrafo de este artículo 1 se define a los destinatarios de la misma: «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

²¹ *Vid.* 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*, núm. 10, diciembre 2012, 90. Sobre el valor jurídico de los Tratados y las Convenciones internacionales, *Vid.* GARCÍA PONS (2013, 63 a 65, y 98-103).

²² *Vid.* el interesante relato sobre la elaboración de este Anteproyecto ofrecido por TORRES GARCÍA, T.F. (2018). Presentación. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 1-3.

²³ *Vid.* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (2018). Dictamen 5/2018 Sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Sesión Ordinaria del Pleno 24 de octubre de 2018 (disponible en <http://www.>

ces.es/documents/10180/5598063/Dic052018.pdf, consulta: 13 de junio de 2019). Según se resume en este Dictamen (pp. 21 y 22), el designio del Anteproyecto radica en el «reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, la provisión de acceso para dichas personas al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, y la garantía de que las medidas relativas al ejercicio de dicha capacidad respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, 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».

²⁴ Sobre la utilidad de los poderes preventivos, *Vid.* PARRA LUCÁN, M.^a Á. (2019). La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de protección de las personas con discapacidad (Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, el 21 de febrero de 2019). *El Notario del siglo XXI*, núm. 85, mayo-junio de 2019, 159. En opinión de esta magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo (y catedrática de Derecho Civil), estos poderes resultan muy provechosos, especialmente, si el sujeto goza de un entorno personal y familiar positivo, que le atienda en su ámbito personal a través de una guarda de hecho. Sin embargo, en la práctica, los Tribunales abordan escenarios patológicos, donde se evidencian supuestos de ejercicio abusivo de un poder tras la aparición de la discapacidad, pues el interesado carece desde ese momento de las condiciones adecuadas para controlar el ejercicio de dicho poder y reclamar la rendición de cuentas. En tales hipótesis, se pone de relieve «que un control *a posteriori* puede ser insuficiente y llegar demasiado tarde, dejando a la persona con discapacidad sin la debida protección que precisa». En el estado actual de nuestro ordenamiento, PARRA hace recaer en los notarios la valiosa tarea de asesorar en relación con el contenido de dichos poderes. A su modo de ver, nuestro legislador debería seguir la senda trazada por algunos ordenamientos de nuestro entorno, donde se requiere que se comunique al juez la situación de la discapacidad, con el propósito de que este aprecie si las medidas anticipadamente prevenidas por el interesado resultan suficientes, o, por el contrario, acuerde el sistema de apoyos más oportuno. Una perspectiva similar la hallamos en SANCHEZ GARGALLO, I. (2018). Sentido de la intervención judicial y del proceso civil en la determinación de la capacidad y de los apoyos necesarios para su ejercicio. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 18, 24 y 25. Es interesante la opinión de MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 200. Entiende este autor que la preferencia por las medidas preventivas es excesiva, y probablemente se deba al temor o poca confianza en la efectividad de la actuación de los Tribunales de manera compatible con las máximas de la Convención de Nueva York. Especialmente crítico con los poderes preventivos —que califica como un «falso santo» y un retroceso en la Historia— se muestra BOENTE, W. (2018). ¿Por qué resiste el Derecho? Pensamientos sobre el artículo 12 CRPD. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 44 y 45.

²⁵ Los partidarios de los postulados del Comité entienden que el legislador español debería optar por nuevas figuras, de tal manera que quedara más patente la ruptura con el modelo anterior. En este sentido, CUENCA (2018). Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2018, 92.

²⁶ MAGARIÑOS (2018, 201). Según este autor (2018, 203), la curatela siempre se verá afectada por la rigidez de los procedimientos judiciales, así como por problemas interpretativos en torno a su contenido, al no haberse previsto en el Anteproyecto las

distintas modalidades posibles de la misma. Por este motivo, propone la regulación de la figura de la «asistencia», a imagen de lo acontecido en Cataluña o en el *Codice* italiano. Ello evitaría verse forzado a acudir al instituto del defensor judicial, cuyo ámbito se amplía de modo excesivo y poco riguroso en el proyectado artículo 293 del Código civil (2018, 204 y 205).

²⁷ Sobre esta materia, *Vid.* PALLARÉS (2018). La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 153-171. A su juicio (2018, 169), el plazo de tres años resulta excesivamente corto.

²⁸ Es la solución intermedia que manifestaba CHIMENO CANO, M. (2013). Problemas que suscita la designación y el seguimiento del guardador legal. En: S. de Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Madrid: Ed. Dykinson, 118. También la contempla CAMPO IZQUIERDO, Á.L. (2014). Los procesos judiciales de capacidad a la luz de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad. *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, abril de 2014, núm. 2, 5.

²⁹ Denuncia el CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (2018, 28) que en la modificación prevista en el Anteproyecto en relación con los artículos 46 a 51 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, se siguen empleando locuciones como «suficiente madurez», «suficiente juicio» y otros similares. A su modo de ver, habrían de eliminarse tales expresiones, y adoptarse como criterio general el que exige la búsqueda de la voluntad de la persona con discapacidad; únicamente cuando «esto resultase imposible», debería tomarse la decisión procedente de manera razonada, y en ella se habrá de procurar alcanzar siempre «la mejor interpretación posible de la voluntad de la persona con discapacidad en los términos del artículo 12 de la Convención».

³⁰ Por ejemplo, en el artículo 283 del Código civil, según la modificación propuesta en el Anteproyecto, se establece el deber del curador de hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo, cuando aquel ostenta «*facultades representativas*». Por otra parte, se insiste en la posibilidad de conferir «*funciones de representación*» al curador en el artículo 285 del Código civil según el mismo texto, en el que se indica que, en tales hipótesis, el curador precisaría autorización judicial para llevar a cabo los actos que señale la propia resolución judicial, además de ofrecer un listado de actuaciones para las que, «*en todo caso*», requerirá tal autorización; en contraposición, en el artículo 287 del Código civil se excluiría la necesidad de recabar la autorización judicial cuando la partición hereditaria o la división de la cosa común la efectúe «*el curador representativo*» (aunque una vez practicadas, si se necesitará la aprobación judicial); en el mismo sentido se expresa el proyectado artículo 1060 del Código civil, aunque circunscrito a la partición hereditaria, donde se alude explícitamente al «*curador con facultades de representación*». En el ámbito sucesorio, en el propuesto artículo 753 del Código civil se contempla la falta de efecto de la disposición testamentaria que se haya hecho a favor del tutor o «*curador representativo*» del testador, si dicha disposición no se ha hecho tras la extinción de la tutela o curatela (por consiguiente, parece que cuando el curador carece de facultades representativas no se halla afectado por esta causa de incapacidad relativa para suceder, ya que estas restricciones son de interpretación estricta). En el ámbito contractual, en la rescisión por lesión, nuevamente se hace mención a los «*curadores con facultades de representación*» en el proyectado artículo 1291.1.º del Código civil (también, en relación con el cómputo del plazo de caducidad de la acción rescisoria, se hablaría de «*personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo que establezcan facultades de representación*» en el art. 1299 CC). En el marco del régimen de gananciales, se hace referencia al eventual nombramiento del cónyuge de la persona con discapacidad como curador con «*facultades de representación plena*» en el propuesto artículo 1387 del Código civil; en el artículo 1393 del Código civil, entre las causas que facultan a un cónyuge para solicitar al juez la extinción de la sociedad de gananciales, se encontraría que se hayan dispuesto

judicialmente «medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena» en relación con el otro consorte. También en las prohibiciones de adquirir del artículo 1459 del Código civil, en su número 1.º se haría mención a los curadores «que representen» a otras personas. En relación con los arrendamientos, en el proyectado artículo 1548 del Código civil se menciona al «curador de la persona con discapacidad con facultades de representación». Entre los modos de extinguirse la sociedad, en el artículo 1700.4.º del Código civil se contemplaría el hecho de que en relación con alguno de los socios se hayan establecido medidas de apoyo «que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial»; en este mismo sentido, en el artículo 1732.2.º del Código civil se incluiría, como causa de extinción del mandato, el hecho de haberse establecido judicialmente sobre el mandatario «medidas de apoyo que impliquen representación plena». En el artículo 1811 del Código civil, por su parte, se exigiría autorización judicial al «curador con facultades de representación», para que pueda transigir sobre cuestiones referidas a los intereses de la persona «cuya representación ostentan». Por cuanto se refiere a la responsabilidad civil, en el proyectado artículo 1903 del Código civil se indica que los «curadores con facultades de representación plena» responderán de los daños y perjuicios generados por la persona a quien presten apoyo, cuando convivan con ella.

³¹ PAU PEDRÓN, A. (2018). De la incapacidad al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 22.

³² Aunque CUENCA (2018, 92 y 93) entiende que la regulación prevista en el Anteproyecto español resulta acorde, en principio, con la Convención, señala que el mantenimiento de la curatela con facultades representativas de «alcance general», para los «casos más graves de discapacidad», vulnera el artículo 12 de la Convención, que fuerza a prescindir de las medidas de sustitución en todos los casos. Por este motivo, dicha autora considera indispensable despejar ciertas dudas, añadir determinadas previsiones y alterar algunos aspectos del Anteproyecto, con el propósito de alcanzar su plena adecuación al modelo de apoyo y de impedir contradicciones internas. En su opinión (2018, 96), si se adaptaría a la Convención la configuración de la curatela como un apoyo permanente judicialmente establecido, en consideración a las circunstancias del sujeto, personalizado, siempre que se concreten con precisión los actos que exigen la intervención del curador. Sin embargo, se muestra crítica y preocupada (2018, 97) por la alusión explícita al «curador representativo» en el artículo 287 del Código civil propuesto en el Anteproyecto, donde se le confiere a aquel un poder de representación de alcance general, más propio del modelo de sustitución. Aunque este sistema ha sido acogido en otros países, el Comité ha manifestado que no se ajusta a la Convención. En conclusión, CUENCA (2018, 99) juzga insuficiente el texto del Anteproyecto, al entender que no satisface todas las exigencias del modelo de apoyo previsto en la Convención.

³³ Cfr. <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>, consulta: 14 de junio de 2019.

³⁴ Según el artículo 35.1 y 2 de la Convención de Nueva York, el primer informe debe presentarse en el plazo de dos años desde la entrada en vigor dicha Convención en el Estado Parte, y, posteriormente, los Estados deben presentar nuevos informes —al menos, cada cuatro años—, así como cuando el Comité se lo requiera.

³⁵ Vid. SILLERO CROVETTO, B. (2015). ¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial. *RCDI*, núm. 747, enero 2015, 389. En su opinión, no obstante haber sido ratificada hace varios años la Convención por nuestro país, la jurisprudencia española puede ser calificada como «tradicional y nada evolutiva». Esta misma locución es utilizada por VARELA AUTRÁN, B. (2013). Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Comentario a la STS (Sala Primera) 617/2012, de 11 de octubre, Rec.

262/2012. *Diario La Ley*, núm. 8006, 22 de enero de 2013 (recurso electrónico accesible en «laleydigital»); LA LEY 19518/2012).

³⁶ Especialmente atinada nos parece la opinión vertida por ATIENZA (2016, 264), al denunciar que esta sentencia contenida en el punto 16 de la *Observación* de 2013 constituiría un «oxímoron», pues supondría que en algunos sujetos se darían unas circunstancias contradictorias: tendrían y no tendrían, al mismo tiempo, capacidad. Este autor recurre a la máxima lógica *ex falsu quasitur* (de lo falso deriva cualquier cosa), y señala que la aseveración del Comité conduce a entender que la incapacitación y la tutela resultan esencialmente ilegítimas, y que violentan la dignidad humana.

³⁷ Punto 25.b) *Observación* de 2013: «Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica (incluidas las formas de apoyo más intenso) deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo».

³⁸ Vid. SERRANO GARCÍA, I. (2015). ¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones? Bettencourt, Sordi, di Stefano. *RCDI*, núm. 751, septiembre 2015, 2589 y 2590. En opinión de este autor, la cuestión no radica en excluir el derecho a ser diferente, sino en ayudar y apoyar a quienes se hallan afectados por una «discapacidad incapacitante»; este apoyo, según su criterio, ha de englobar el eventual sometimiento a tutela. En esta misma línea, Vid. MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (2014). La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2173, diciembre de 2014, 17 y 18. Según esta autora, aunque la modificación judicial de la capacidad propicie que el sujeto con discapacidad reciba un trato distinto al que se otorga a las demás personas mayores de edad, se le confiere el mismo trato que a aquellas personas que presentan su misma capacidad. Como explica esta autora, dado que en la capacidad natural de los sujetos influyen tanto la edad como determinadas discapacidades, se estaría tratando de igual modo a las personas que presentan las mismas condiciones, de tal forma que no cabría aducir desigualdad o discriminación. Parecidas reflexiones desarrolla MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 29 y 30).

³⁹ Vid. PEREÑA (2016, 150 y 151).

⁴⁰ Vid. ATIENZA (2016, 265 y 266).

⁴¹ Vid. PARRA (2019, 158).

⁴² Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 22 a 24).

⁴³ En este mismo sentido, Vid. DE PABLO CONTRERAS, P. (2010). La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad En: M. Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 3.º (2009). Madrid: Ed. Dykinson, 562. MUNAR BERNAT, P.A. (2018). La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 2018, Estudios, 123. Incluso PAU (2018, 6) admite que el ejercicio de la capacidad jurídica coincide con «lo que tradicionalmente se ha llamado capacidad de obrar». Sobre la necesidad de interpretación y adaptación del artículo 12 de la Convención a las categorías europeas de la dogmática civil, Vid. GARCÍA CANTERO, G. (2013). Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad. En: S. de Salas Murillo (coord.), *Los mecanismos de guarda-privada de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Madrid: Ed. Dykinson (48 y 49). Defiende el mantenimiento de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, asimismo, CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.^a C. (2014). La figura de la incapacitación a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Comentario a la sentencia núm. 282/2009 del TS, Sala Primera, de 29 de abril. *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, abril de 2014, núm. 2, 118.

⁴⁴ Vid. PEREÑA (2016, 152).

⁴⁵ Tal y como indica PEREÑA (2016, 165 y 166), no puede admitirse el presupuesto del que parte el Comité, en cuya virtud la autonomía de todos los sujetos con discapa-

cidad carece de límites, y, al mismo tiempo, asumir la compatibilidad de tal aseveración con lo preceptuado en el artículo 12 de la Convención, dado que en este se establece que dichas personas requieren «medidas pertinentes» y «salvaguardias» que eviten abusos, y que han de eliminarse las privaciones arbitrarias de sus bienes.

⁴⁶ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 29).

⁴⁷ Vid. también ALVENTOSA (2019, 237); NUÑEZ ZORRILLA (2014, 51).

⁴⁸ En su versión original: «Take a word of advice, even from three foot nothing. Try not to associate bodily defects with mental, my good friend, except for a solid reason»; «Trust me no more, but trust me no less, than you would trust a full-sized woman».

⁴⁹ En este punto 15, el Comité ofrece una visión descriptiva de estos eventuales apoyos: «Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica para determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como la ayuda mutua, la promoción (incluido el apoyo a la autopromoción) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales (por ejemplo, una medida que exija a entidades privadas y públicas como los bancos y las instituciones financieras que ofrezcan información comprensible), a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. (El apoyo también puede constituir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias.)».

⁵⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2019). Demencia. Publicado el 14 de mayo de 2019 (disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/dementia>, consulta: 18 de junio de 2019). Según expone la OMS, los síntomas en esta fase tardía de la demencia incluyen: a) una creciente desubicación en el tiempo y en el espacio; b) dificultades para reconocer a familiares y amigos; c) una necesidad cada vez mayor de ayuda para el cuidado personal; d) dificultades para caminar; y e) alteraciones del comportamiento que pueden exacerbarse y desembocar en agresiones.

⁵¹ Sobre este particular, Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 25).

⁵² Como explica SERRANO GARCÍA (2015, 2603), el apoyo que requieren quienes carecen de la posibilidad de entender y de querer consiste, justamente, en su sustitución o representación. Vid. también MONDEJAR PEÑA, M.^a I. (2015). La guarda de las personas con discapacidad intelectual a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *RJUAM*, núm. 31, 2015-I, 396. A su modo de ver, la modificación de la capacidad no puede ser calificada como alienante o discriminatoria, y conviene insistir en que su relevancia radica en constituir el apoyo adecuado a las personas con discapacidad, para impedir perjuicios en su patrimonio y en su persona.

⁵³ En relación con esta sentencia, Vid., v.gr., DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. (2018). El curador del mayor: Un apoyo a la persona con modificación parcial de la capacidad. *RCDI*, núm. 765, enero 2018, 450. Esta resolución ha sido posteriormente respaldada, por ejemplo, por las SSTs de 11 de octubre de 2012, de 15 de julio de 2015, de 16 de mayo de 2017, de 27 de septiembre de 2017 y de 8 de noviembre de 2017.

⁵⁴ Cfr., en este mismo sentido, GARCÍA CANTERO (2013, 50).

⁵⁵ Según se expresa en esta sentencia, nuestro Código civil —en referencia a la posibilidad de establecer una sustitución o representación— no transgrede los valores de la Convención de Nueva York, ya que la realidad que rodea a las personas que carecen de toda capacidad natural de entender y de querer justifica la adopción de tales medidas, como consecuencia de la necesidad de salvaguardia de sus intereses personales y patrimoniales.

⁵⁶ Vid. SERRANO GARCÍA (2015, 2593).

⁵⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 35 y 36) considera que el sistema todavía vigente en nuestro ordenamiento resulta compatible con la Convención de Nueva York,

pese a que su aplicación práctica ha evidenciado que no se trata del mejor régimen que cabría configurar, dada la inadmisble reiteración de «soluciones estereotipadas». A nuestro modo de ver, como expusimos con anterioridad, si bien nuestra regulación ha sido tradicionalmente aplicada con una inaceptable desidia e incorrección por parte de nuestros jueces y tribunales, se ha observado una brusca corrección en la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal en los últimos años, que no ha hecho sino aplicar con acierto los preceptos ya presentes en el seno de nuestro ordenamiento interno, ubicar la tutela en un lugar realmente residual, y conferir un papel preponderante a la curatela.

⁵⁸ En esta misma senda, SALAS MURILLO, S. (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*, núm. 5/2018, parte Doctrina (recurso electrónico accesible en Aranzadi Instituciones, <http://aranzadi.aranzadidigital.es; BIB 2018\8655>). Esta autora entiende que, en estas circunstancias, no es viable aludir a una «voluntad presunta».

⁵⁹ *Vid.* SERRANO GARCÍA (2015, 2602).

⁶⁰ Señala GARCÍA CANTERO (2013, 55) que no cabe impedir que el juez declare la plena incapacidad de obrar del sujeto, en atención a las circunstancias reales inherentes a su discapacidad, ya que en nuestra sociedad se presentan hipótesis de discapacidades incapacitantes en grado severo. No obstante, aclara que la máxima que debe guiar siempre la decisión del juzgador no es otra que el beneficio de la persona con discapacidad (*Vid.* vigente art. 216 CC), «lo que está de acuerdo con el *respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona* (art. 12.4 Convención)». Tal previsión, en la práctica, conmina al juez a tomar en consideración la voluntad del sujeto afectado por la discapacidad tanto al declarar judicialmente el grado de modificación de su capacidad, como anteriormente (a través de la denominada autotutela y los mandatos preventivos) e, incluso, con posterioridad a la constitución de la tutela o curatela, «en cualquiera de sus fases». *Vid.* también la STS de 13 de mayo de 2015.

⁶¹ Indica SERRANO GARCÍA (2015, 2601) que los «convencionalistas» anhelan erradicar de nuestro ordenamiento la representación legal del pupilo, ya que hay «sustitución de la personalidad» de este por su tutor, «como si el tutor en su deber representativo prescindiera en absoluto de la voluntad y deseos del tutelado, para imponer los suyos propios frente a los del sometido a tutela».

⁶² Pese a que PAU (2018, 9) insiste en la preeminencia de la voluntad sobre el interés, reconoce que si dicha voluntad no puede expresarse ni reconstruirse, habrá de decidirse conforme al interés. Aunque este autor parece asumir fielmente los postulados del Comité, hemos de observar que, en este punto, sostiene una opinión incompatible con la de dicho organismo.

⁶³ PEREÑA (2018). La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 121-123.

⁶⁴ *Vid.* PEREÑA (2018, 127).

⁶⁵ *Vid.* PEREÑA (2018, 130 y 131).

⁶⁶ *Vid.* PEREÑA (2018, 138 a 140).

⁶⁷ Sobre la nulidad o anulabilidad de los actos celebrados por la persona con discapacidad, y la exclusión de su posible rescisión, *Vid.* ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M. (2018). La eficacia de los contratos celebrados por las personas protegidas. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 384.

⁶⁸ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A. (2018). La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*.

Madrid: Ed. Dykinson, 502 y 503. Aunque excede del objeto de este trabajo, entendemos que resulta interesante hacer una mera remisión al análisis crítico y a la propuesta que efectúa MESSÍA DE LA CERDA (2018, 505 a 509), en relación con las soluciones ofrecidas por dichas asociaciones en torno a la facultad de rescindir los actos llevados a cabo por los sujetos con discapacidad, cuando no hayan actuado con los apoyos que se hayan establecido como obligatorios, y se haya verificado un perjuicio superior a la cuarta parte del valor de los bienes entregados a cambio y el perjuicio provenga de la discapacidad.

⁶⁹ PEREÑA (2018, 139 y 140) confiere otra función al criterio del interés superior, al configurarlo como «moderador o límite de la voluntad claramente manifestada». En este sentido, dicho interés superior permitirá matizar o neutralizar tal voluntad en los casos en los que esta irroque un grave daño a la persona. A modo de ejemplo, esta autora considera que cabría localizar el límite de la atención a la voluntad del sujeto en una decisión que le podría generar un perjuicio que le impediría, en lo sucesivo, «vivir conforme a lo que es su estilo de vida y preferencias y que no habría tomado, de acuerdo con sus parámetros, si hubiese tenido plenas facultades mentales». Asimismo, entiende que el «derecho a equivocarse» proclamado por el Comité —no por la Convención de Nueva York— podría dar lugar a una situación en la que se verían comprometidos dos principios que sí son consagrados en el texto supranacional: la autonomía y la dignidad. Por este motivo, en un magnífico ejercicio de interpretación sistemática, entiende que tales principios podrían operar como un palmario límite de la voluntad del sujeto con discapacidad: «por ejemplo, si una persona arriesga perder su única vivienda y con ello compromete sus posibilidades de tener una vivienda digna, que le permita vivir de forma autónoma e independiente». *Vid.* también la interesante exposición de WARD, A.D. (2018). Rights, empowerment and medical consent. The impact of article 12 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 372 y 373.

⁷⁰ STEDH (Sección 1.ª) de 23 de marzo de 2017: «In the light of the above mentioned findings, the Court is satisfied that the impugned decision was taken in the context of a mentor arrangement that had been based on, and tailored to, the specific individual circumstances of the applicant, and that the impugned decision was reached on the basis of a concrete and careful consideration of all the relevant aspects of the particular situation. In essence, the decision was not based on a qualification of the applicant as a person with a disability. Instead, the decision was based on the finding that, in this particular case, the disability was of a kind that, in terms of its effects on the applicant's cognitive skills, rendered the applicant unable to adequately understand the significance and the implications of the specific decision he wished to take, and that therefore, the applicant's well-being and interests required that the mentor arrangement be maintained».

⁷¹ MONDEJAR (2015, 378 y 380) llega a la siguiente conclusión (2015, 396): la guarda de hecho, realmente, ha de ser una «institución transitoria», aunque es posible que resulte suficiente para la protección de un anciano con discapacidad mental bajo ciertas condiciones personales. En relación con la guarda de hecho, PARRA (2019, 159) asevera que la insuficiencia de su regulación todavía vigente ha derivado en la «tramitación de procedimientos judiciales de modificación de la capacidad de obrar de personas que gozaban de suficiente apoyo familiar y que estaban atendidas en lo personal». El único propósito del planteamiento de estos procedimientos radica en alcanzar la posibilidad de llevar a cabo un acto de disposición patrimonial; se trata, con frecuencia, de obtener la facultad de enajenar un inmueble, para poder sufragar el coste inherente al cuidado de la persona con discapacidad. Una crítica similar se percibía en SANTOS URBANEJA (2004, 13 y 14). A esta realidad parece obedecer la redacción conferida a la segunda frase del artículo 303.1 del Código civil en virtud de la Ley de Jurisdicción Voluntaria del año 2015, que autoriza al juez a atribuir «*facultades tutelares a los guardadores*», sin que resulte imprescindible abordar un procedimiento judicial referido a la capacidad de la

persona. Sin embargo, y pese a la escasa litigiosidad planteada en relación con la guarda de hecho, PARRA sostiene que no cabe prescindir de su control y supervisión, con el designio de erradicar los posibles abusos que puedan producirse (y que son rechazados por la Convención de Nueva York); en este sentido, la autora afirma que, pese a ser poco frecuentes, nuestro Alto Tribunal ha tenido ocasión de dictar resoluciones referidas a la invalidez de actos realizados por los guardadores de hecho. SANTOS URBANEJA (2004, 8) entendía que, en ocasiones, si bien habría «causa» para la incapacitación (v.gr., enfermo de Alzheimer en su última fase), podría no haber «motivo» para ella, al estar perfectamente atendido por su familia, de tal modo que la incapacitación se convertiría en un «mal innecesario». En su opinión, vertida antes de la elaboración de la Convención de Nueva York, para poder incapacitar a una persona, deberían concurrir tanto una causa como un motivo, de tal forma que dicha medida constituye un beneficio efectivo para ella que no quepa alcanzar a través de otros medios.

⁷² Vid. CUENCA (2012, 72).

⁷³ Vid. ALEMANY (2018, 218 y 219).

⁷⁴ También ATIENZA (2016, 265 y 266). Indica SANCHO GARGALLO (2018, 17) que la protección jurídica de todo ser humano —que es titular de derechos fundamentales— se funda, precisamente, en el reconocimiento de su dignidad (*ex art. 10 CE*).

⁷⁵ Vid. MAYOR DEL HOYO (2014, 17).

⁷⁶ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 24, 25 y 29).

⁷⁷ Vid. MAYOR DEL HOYO (2014, 9 y 10).

⁷⁸ En definitiva, según MAYOR DEL HOYO (2014, 12 a 14), las regulaciones que protegen a los menores y a las personas con discapacidad «comparten cimientos e instituciones», de tal modo que resulta inevitable que las alteraciones introducidas en las normas referidas a uno de estos colectivos repercutan en el otro. En este sentido, según señala esta autora, la abolición de las instituciones tutelares desestabilizaría e, incluso, destruiría el sistema tuitivo del menor, pues dicho régimen experimentaría una mutilación que vedaría la posibilidad de ofrecer a los menores una solución cuando no pueda haber patria potestad. Por consiguiente, la autora solicita una mayor calma y reflexión en el caso de decidir abordar, definitivamente, la reforma de la regulación de la discapacidad: la visión conjunta aportaría «luces ocultas tras una perspectiva parcial», impediría disfunciones e injusticias, y propiciaría el «trasvase bidireccional y la interrelación de medidas entre ambos sistemas, enriqueciéndolos y perfeccionándolos».

⁷⁹ SALAS MURILLO (2018) se hace eco de las dudas suscitadas en torno a la eventual admisibilidad de decisiones sustitutivas y su inclusión en el sistema de apoyos. En este sentido, la autora también indica que no resulta casual que todavía no se haya llevado a efecto la reforma de nuestro Código civil, a pesar de los apremiantes términos en los que se ha expresado el (en nuestra opinión, polémico y cuestionable) Comité. Según expone, la realidad ha colisionado con la complejidad jurídica y práctica de tal reforma, afectada por la falta de acuerdo de la comunidad científica y por considerables dificultades técnicas, «como la interrelación entre las regulaciones de la discapacidad y la minoridad». Como hemos señalado, no nos hallamos frente a una cuestión incontrovertible.

⁸⁰ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018). *Propuesta de Código civil*. Madrid: Ed. Tecnos, 106.

⁸¹ Vid. BOTELLO HERMOSA, P. (2015). El refuerzo de la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención ONU sobre derechos de personas con discapacidad al Ordenamiento jurídico español. *RCDI*, núm. 749, mayo 2015, 1364. Al hacer referencia al artículo 23.2, pone de relieve que la Convención no exige a los Estados la eliminación de la tutela, sino que la respeta y admite.

⁸² Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 21 y 22).

⁸³ Según arguye SALAS MURILLO (2018), la realidad con la que nos topamos en la práctica dicta que las medidas de sustitución sean imprescindibles en ciertas hipótesis, aunque admite que no debe recurrirse a ellas con la acostumbrada frecuencia con la que

se venía haciendo en décadas anteriores. No obstante, la fuerza que ejerce la Convención de Nueva York deber forzar a desarrollar un control de las características que han de satisfacer tales medidas sustitutivas para estar completamente justificadas, así como a contemplar tanto supervisiones *a posteriori* que sancionen lo mal hecho como «toda una línea de formación previa y continuada para quienes están llamados a aplicar esas medidas».

⁸⁴ Vid. ALEMANY (2018, 218).

⁸⁵ En relación con esta cuestión, Vid. ATIENZA (2016, 263 y 264), quien se decanta por el concepto kantiano de la dignidad, opuesto a las concepciones totalitaria, religiosa y neoliberal de dicho término. La postura asumida por ATIENZA concibe a las personas como un fin en sí mismas, sin que quepa admitir su pertenencia a nadie; ni siquiera a «su portador».

⁸⁶ En contra de esta visión de las medidas sustitutivas, MONDEJAR (2015, 396) señala que no son mecanismos discriminatorios ni atentatorios contra la libertad de los individuos, e invita a hacer un esfuerzo de difusión y publicidad sobre su verdadero significado, que no es otro que proporcionar a los afectados el pertinente apoyo que les evite perjuicios patrimoniales y personales.

⁸⁷ ALEMANY (2018, 218 y 219).

⁸⁸ En esta misma línea, Vid. WARD (2014). Abolition of all guardianship and mental health laws? *The Journal of the Law Society of Scotland*, 14 de abril de 2014 (<http://www.journalonline.co.uk/Magazine/59-4/1013832.aspx>, consulta: 21 de junio de 2019): «The UN Committee proposes to demand the abolition of all guardianship and mental health laws. That is not a requirement of the UN Convention. (...) That aspect is however likely to become prominent in due course with latest indications that the UN Committee remains disconnected from reality in its enthusiasm for what it sees as its own revolutionary ideas. One trusts that democratic accountability, including the requirements for open consultation and debate, will prevail. One fears that the aberrant conduct of this committee, pursuing its own line without obvious connection to the terms of the Convention under which it was established, and without any meaningful process of engagement and consultation such as would be normal at national level, will ultimately detract from the good which has been done, and the further potential to achieve more, of the human rights movement at international level (of which this author is a committed supporter)».

⁸⁹ Vid. CARRASCO (2018, 1).

⁹⁰ Afirma IMAZ (2018, 202 y 203) que el problema radica en el recurso abusivo a la institución de la tutela que se ha verificado durante décadas, no en la figura misma de la tutela. De hecho, entiende que las opciones ofrecidas por esta figura no son prescindibles.

⁹¹ Vid. WARD (2014).

⁹² En este mismo sentido, Vid. MUNAR (2018, 124), quien señala que «el apoyo» es la finalidad que se persigue, no la medida en sí misma.

⁹³ MOISDON-CHATAIGNER, S. (2018). De la volonté de la personne bénéficiant d'une mesure de protection: du paradoxe à la mise sous tension. En: M. Pereña Vicente (dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Ed. Dykinson, 117. En opinión de esta autora, la revisión del sistema no debe conducir a la destrucción total de los modos de protección, porque la intervención de un tercero tiene un sentido real cuando las personas se hallan afectadas por una incapacidad total de comunicar su voluntad.

⁹⁴ Vid. PEREÑA (2016, 141).

⁹⁵ GARCÍA PONS (2013, 67 a 69).

⁹⁶ PEREÑA (2016, 151 y 152).

⁹⁷ V.gr., RECOVER BALBOA, T. (2014). Hacia la reforma del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad. En: M.^a C. García Garnica (dir.) y R. Rojo Álvarez-Manzaneda (coord.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Madrid: Ed. Dykinson, 27 a 29. Asimismo, en su condición de Abogada del Estado-Jefe en el Ministerio de Sanidad, BUEYO DÍEZ JALÓN, M.

El impacto de la Convención Internacional de las personas con discapacidad (recurso electrónico en el que no figura la fecha de publicación, disponible en <https://www.dis-capnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/otros-temas/el-impacto-de-la-convencion>, consulta: 14 de julio de 2019).

⁹⁸ V.gr., con carácter general —no ceñido al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad—, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (2009). La ejecución de sentencias y decisiones de Tribunales y Comités, 12 (recurso electrónico accesible en <https://eciencia.urjc.es/bitstream/handle/10115/12685/Conferencia%20Escuela%20Diplom%C3%A1tica.doc?sequence=1&isAllowed=y>, consulta: 15 de julio de 2019). Vid., también, CUENCA (2012). La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española. *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12/2012, Universidad de Jaén, 21-24.

⁹⁹ En relación con el valor jurídico y la relevancia de las recomendaciones contenidas en las *Observaciones* del Comité, Vid. GARCÍA PONS (2013, 119 y 120); GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.^a (2008). ¿Son vinculantes los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas? Posición de los Tribunales españoles a propósito de un controvertido caso (sobre el derecho a la revisión de la condena penal por una instancia superior). En: E. Ferrer Mac-Gregor y A. Zaldivar Lelo de Larrea (coord.), *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. IX. México: Ed. Marcial Pons, 113-119, y 130-133.

¹⁰⁰ Vid., v.gr., RAMS ALBESA, J. (2011). Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes) (1). *RCDI*, enero-febrero de 2011, núm. 723, 254.

¹⁰¹ PEREÑA (2016, 145 y 146).

¹⁰² CARRASCO (2018, 2 y 3) denuncia esta misma circunstancia en el Anteproyecto de Ley español. BLANCK (2018, 30 y 31) ofrece algún ejemplo interesante extraído de la experiencia jurisprudencial norteamericana, donde una mujer logra que se le reconozca su derecho a tomar sus propias decisiones a través del mecanismo del *supported decision-making*; sin embargo, entendemos que con la exposición de este caso no se desmiente la referida crítica, pues, pese a lo acertado de la resolución judicial, es obligado advertir que nos hallamos frente a una persona capaz de vivir independientemente, mantener relaciones de amistad e, incluso, trabajar. En estas circunstancias, evidentemente, la solución más atinada no reside en la incapacitación y la representación, sino en un sistema de medidas de apoyo. Otra respuesta merecen, en nuestra opinión, las hipótesis donde se presenta una ausencia plena de capacidad natural o de autogobierno.

¹⁰³ ALEMANY (2018, 219 a 221).

¹⁰⁴ Cfr., asimismo, ATIENZA (2016, 264 y 265). De hecho, RAMS (2011, 283) mantiene la tesis de que la Convención de Nueva York, en realidad, ciñe su ámbito objetivo exclusivamente a las discapacidades que requieren curatela como regla general, adaptada a la persona; en cambio, según este autor (2011, 251 a 256, 287 y 288), el citado texto supranacional no trataría de la «incapacidad», en la que sería pertinente mantener la incapacitación y la tutela (2011, 290): esta figura, «discernida con sumo cuidado y con respeto pleno a las leyes y a la dignidad debida a las personas y más para aquellas que no pueden defenderse por sí mismas, tiene y debe tener el valor propio de un acto de defensa del incapaz». En esta misma senda, SERRANO GARCÍA (2015, 2590 y 2591).

¹⁰⁵ En consonancia con este pensamiento, Vid. CANIMAS BRUGUÉ, J. (2016). Decidir por el otro a veces es necesario. En: La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas. *Cuadernos de la Fundació Víctor Grifols i Lucas*, núm. 39, 22. Explica este autor que las restricciones de la libertad de actuación de las personas «en aras a su propio bien», por fortuna, se han reducido de manera progresiva. No obstante —señala—, incluso «los liberales más radicales» consideran irresponsable la absoluta erradicación de dichas limitaciones a la libertad. Por su parte, SALÁS MURILLO (2018), en colisión con

el ideario neoliberal extremo, rechaza que pueda reducirse la discapacidad a la imposición de barreras por la sociedad. En su opinión, vedar las figuras representativas supondría que un considerable segmento de los sujetos con discapacidad, que en la actualidad disfrutan de «una vida digna gracias a ellas», quedara desprotegido.

¹⁰⁶ WARD (2014).

¹⁰⁷ MAYOR DEL HOYO (2014, 19), pese a entender que el legislador debe respetar la autonomía del sujeto con discapacidad, estima que patrocinar ilimitadamente tal autonomía en determinados casos puede acarrear «un efecto distinto o contrario al legítimamente pretendido». Por su parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 28), pone de relieve que la concesión de plena capacidad de obrar a quienes sufren una discapacidad psíquica severa, «como si no padecieran esa discapacidad», resultaría pernicioso para ellos, pues no adoptarían las decisiones necesarias, o sus determinaciones podrían ser claramente perjudiciales para sus propios intereses. Parecida postura sostiene WARD (2014). Es interesante la opinión de GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2018). Algunas consideraciones sobre el consentimiento de las personas con discapacidad mental e intelectual. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2018, parte Legislación, Comentarios (recurso electrónico accesible en Aranzadi Instituciones, BIB 2018\13987). Esta autora distingue la respuesta legislativa que ha de darse a la actuación de las personas con discapacidad en el tráfico patrimonial y en el resto de ámbitos. Por cuanto al primero de ellos se refiere, considera que no cabe obviar que el «consentimiento» constituye un requisito básico para la perfección del contrato. Como consecuencia de ello, entiende que debe reformarse nuestro ordenamiento para incluir en el artículo 1263 del Código civil —tal y como se ha efectuado para los menores, al contemplar su capacidad gradual— el reconocimiento de la capacidad conservada, de tal modo que, como regla general, para expresar el consentimiento de la persona con discapacidad, se exija la determinada en la sentencia y, en lo no contemplado en ella, se reconozca su capacidad para consentir. Así pues, la presunción de capacidad inherente a los mayores de edad únicamente quebraría «respecto de lo determinado en la sentencia de modificación de la capacidad».

¹⁰⁸ En este mismo sentido, SANCHO GARGALLO (2018, 17).

¹⁰⁹ WARD (2018). Enabling Citizens to Plan for Incapacity. En: 5th World Congress on Adult Guardianship, General Session II on Wednesday 24 th October 2018. Seúl (pp. 1 a 14) (<http://www.mentalcapacitylawandpolicy.org.uk/wp-content/uploads/2018/11/Enabling-Citizens-to-Plan-for-Incapacity.pdf>, consulta: 2 de julio de 2019). Se muestra partidario —a lo largo de dicho trabajo— de las «voluntary measures» («continuing power of attorney» y «advance directive»), si bien admite su coexistencia con las «involuntary measures», aunque propone (2018, 14) que los Estados revisen si estas satisfacen los requisitos internacionales de los Derechos Humanos y si reprimen la adopción de medidas voluntarias.

¹¹⁰ Como se afirma en la celeberrima STS de 29 de abril de 2009, «se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión». A juicio de CANIMAS (2016, 26), las limitaciones de la capacidad de obrar suponen medidas tuitivas para sus derechos, y no instrumentos de pérdida de estos. Según este autor, legitiman «decisiones sustitutivas objetivas que resuelven correctamente conflictos entre derechos fundamentales (interés superior), no decisiones sustitutivas subjetivas que se sitúan en el ámbito de la moral de máximos, de las distintas concepciones del bien que conforman la pluralidad y diversidad cultural y moral que debe respetarse o tolerarse». No obstante lo anterior, dichas medidas deben resultar personalizadas, y llevar consigo, únicamente, la limitación mínima e imprescindible: «debe identificarse tan concretamente como sea posible y razonable».

¹¹¹ CANIMAS (2016, 24 y 25).

¹¹² En esta línea, *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 26). Este autor (2013, 30) señala que tratar de erradicar los mecanismos judiciales de limitación de la capacidad de obrar resulta excesivo, y en muchas ocasiones obedece, exclusivamente, a las connotaciones peyorativas que afectan al vocablo «incapacitación».

¹¹³ En este mismo sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 32 a 34) pone de manifiesto que la modificación de la capacidad sería, en estos casos, la «proporcionada» con la carencia de capacidad natural de autogobierno del afectado: es el único mecanismo que posibilita, en estas hipótesis más graves, que se adopten las decisiones que han de ser tomadas. *Vid.*, entre otros, RAMS (2011, 254 y 290) y BOTELLO (2015, 1371). PEREÑA (2016, 144 y 145) rechaza una supuesta exégesis literal de la Convención donde, justamente, se obvia la letra de la norma, y que ha engendrado «un axioma simplista en el que se ha tomado la parte por el todo». La exclusión de las figuras de sustitución en las hipótesis de discapacidades incapacitantes más severas supondría una palmaria transgresión de los objetivos de la Convención, pues en estos supuestos la representación emerge como la única vía para hacer posible el ejercicio de su capacidad jurídica. PEREÑA plantea una incisiva y oportuna pregunta, como culminación de su argumentación: «¿De qué valdría tener capacidad jurídica si las circunstancias son tales que no es posible otro ejercicio de esa capacidad más que a través de una representación que resultaría prohibida si se sigue esa interpretación?».

¹¹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 32 a 34).

¹¹⁵ *Vid.* también PEREÑA (2016, 146); MUNAR (2018, 124); BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014). La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas. *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, abril de 2014, núm. 2, 27; CAZORLA (2014, 118) pone el acento sobre los sujetos que se hallen en estado de coma o en estado vegetativo; especialmente luminosa nos parece la explicación ofrecida por PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2009). La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar. *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre de 2009, núm. 23, 349 y 350.

¹¹⁶ DE PABLO CONTRERAS (2010, 569 y 575).

¹¹⁷ Una actitud similar a la apreciada en el Ministerio Fiscal puede advertirse en VARELA (2009). La tutela, ante la Convención. *Revista Escritura Pública*, núm. 60, noviembre-diciembre de 2009, 69. Este autor considera que la Convención excluye, en principio, la incapacitación, si bien manifiesta su incertidumbre en torno a la forma en la que se solucionarán, en último término, las hipótesis en las que la severidad de la discapacidad impide al afectado manifestar su voluntad. Una opinión diferente —con la que coincidimos— es expresada por SERRANO GARCÍA (2015, 2603), cuando indica que el «papel lo resiste todo. [...] cosa distinta es que lo escrito sea cierto». A su modo de ver, en estos supuestos extremos, el «apoyo» debe consistir, precisamente, en la representación.

¹¹⁸ Sobre este particular, resulta interesante reproducir las palabras de WARD (2014): «The proposed shift towards a fiction that everyone is capable of acting and deciding validly, and so as to promote and safeguard their own rights, interests and welfare, when this simply does not accord with reality in many cases, is to revert to a world in which the disabilities of some people are disregarded, with the consequence that their rights, interests and welfare will not be adequately promoted and safeguarded. The proposals in the Draft Comment will inevitably result in breaches of human rights. They are regressive».

¹¹⁹ PARRA (2019, 159).

¹²⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, 37 y 38).

¹²¹ Es interesante, en parecidos términos, la opinión de CARRASCO (2018, 4 y 5).

¹²² CARRASCO (2018, 3 y 4).

¹²³ En parecidos términos, v.gr., MONDEJAR (2015, 373, 375 y 376); PÉREZ DE ONTIVEROS (2009, 362).

¹²⁴ La STS de 22 de junio de 1950 se remite a la «doctrina de tradición multisecular, que admite que se puede ir incluso contra el sentido claro e inequívoco de las palabras cuando las circunstancias especiales del caso llevan a estimar que no está comprendido en la mente y la intención del legislador».

¹²⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L. (1998). *Elementos de Derecho Civil*. T. I. Parte General. Vol. 1. Madrid: Ed. Dykinson, 235.

¹²⁶ Dentro de la jurisprudencia española, acude explícitamente a este brocardo latino, por ejemplo, la SAP de Madrid (Secc. 10.^a), de 30 de enero de 2012: «En todo caso, cuando se manejan estos conceptos [se refiere al caso fortuito y la fuerza mayor], hay que atender a lo que con ello quiere decirse, prescindiendo de los equívocos nominalistas de sus significantes (nomem) y atendiendo a su verdadero significado (caro), porque, *scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (Celso, D. 1, 3, 17)». Se reitera esta alusión en las SSAP de Madrid (Secc. 10.^a) de 21 de marzo de 2012 y de 15 de junio de 2012.

¹²⁷ GOETHE, J. W. (1842). Goethe's Nachgelassene Werke. Vol. 16. En: Goethe's Werke. Vollständige Ausgabe letzter Hand, vol. 56. Stuttgart y Tübingen: J. G. Cotta'schen Verlag, 136.

¹²⁸ Entre otros, cfr. 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. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, enero-diciembre de 2010, 62. GARCÍA PONS (2013, 127, 130, 131, 142 y 143). SANTOS URBANEJA (2009, 7 y 10). VIVAS TESÓN, I. (2012). *Más allá de la capacidad de entender y querer... Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tutivo español*. Badajoz: FUTUEX-Fundación para la promoción y apoyo a las personas con discapacidad, Observatorio estatal de la Discapacidad, 85 y 86. Una opinión equiparable a la de estos autores, aunque con reservas más acusadas, la podemos encontrar en DE ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.^a C., CUENCA GÓMEZ, P. y PALACIOS RIZZO, A. (2010). Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español. En: P. Cuenca Gómez (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*. Madrid: Ed. Dykinson, 31.

¹²⁹ CUENCA (2018, 89).

¹³⁰ IMAZ (2018, 202 y 166).

¹³¹ Cfr., v.gr., MINISTERIO DE JUSTICIA (2010). Documento de trabajo elaborado por el Ministerio de Justicia sobre la posible 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 (recurso electrónico disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Foro-Justicia-y-Discapacidad/Actividades/Actividades-destacables/Documento-de-trabajo-sobre-la-posible-reforma-del-Codigo-civil-del-Estatuto-Organico-del-Ministerio-Fiscal-y-de-la-Ley-1-2000-de-Enjuiciamiento-Civil-en-materia-de-modificacion-judicial-de-la-capacidad-y-de-las-medidas-de-proteccion-y-apoyo-de-menores-y-de-personas-con-capacidad-modificada-judicialmente-2010->, consulta: 4 de julio de 2019).

¹³² REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD (2012). Propuesta articulada de reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, 21 y 22 (recurso electrónico disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-PropuestaModificacionCCLEC.pdf>, consulta: 4 de julio de 2019).

¹³³ ATIENZA (2016, 226).

¹³⁴ Tal y como denuncia ALEMANY (2018, 220).

(Trabajo recibido el 2-8-2019 y aceptado
para su publicación el 7-11-2019)