

ANÁLISIS DE LA ADAPTACIÓN AL DERECHO CIVIL
ESPAÑOL DEL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS
DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

*ANALYSIS OF THE ADAPTATION TO THE SPANISH CIVIL LAW OF
THE ART. 12 OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS
WITH DISABILITIES*

Rev. Boliv. de Derecho N° 34, julio 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 684-715



Margarita
SÁNCHEZ
GONZÁLEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de junio de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2022

RESUMEN: Este artículo pretende llevar a cabo un análisis de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la filosofía que la envuelve y de la interpretación que de la misma lleva a cabo el Comité de Naciones Unidas, con el objetivo de poner de manifiesto las dificultades a las que ha debido enfrentarse el legislador español en el proceso de adaptación del Código civil al citado texto internacional.

PALABRAS CLAVE: Convención de Nueva York; discapacidad; voluntad; deseos y preferencias; autonomía.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to conduct an analysis of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, its philosophical framework and the interpretation carried out by the United Nations Committee, with the objective of highlighting the difficulties that the Spanish legislator has had to face in the process of adapting the Civil Code to the aforementioned international text.*

KEY WORDS: *New York Convention; disability; will; desires and preferences; autonomy.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. FILOSOFÍA DE LA CONVENCION Y SU INTERPRETACION POR EL COMITÉ.- I. La capacidad jurídica a la luz de la Convención.- 2. La Observación General n° I del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su controvertido valor normativo.- A) Igualdad y representación.- B) Dignidad, autonomía e interés superior de la persona con discapacidad.- C) El derecho a no recibir apoyos.- III. PANORÁMICA DE LA REFORMA.- 1. Antecedentes.- 2. La Ley 8/2021.- 3. Filosofía de la reforma.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ha supuesto un cambio de perspectiva desde la cual debe abordarse el tratamiento jurídico de la discapacidad. En particular, su art. 12, calificado por algunos autores como el *alma mater* de la Convención, constituye el máximo exponente del cambio de paradigma que consagra el texto internacional¹.

El citado artículo, que ha suscitado un intenso debate en la doctrina, supone una reconceptualización para el Derecho español de la capacidad jurídica. De ello se deriva la necesidad de adaptar las instituciones dirigidas a la protección de adultos, que pasan a ser entendidas como medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Es por ello que, tras la entrada en vigor de la Convención en nuestro país, se procedió a reformar numerosas normas². Sin embargo, el ánimo reformador encontró importantes escollos en el ámbito civil, que quedó sin adaptar tanto en su vertiente sustantiva como procedimental.

Sólo recientemente, el pasado 3 de septiembre de 2021, entró en vigor la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021). Esta Ley pretende adecuar nuestro ordenamiento jurídico civil a los postulados que se derivan de la Convención y que, como veremos, parten de unos principios muy diferentes a los que tradicionalmente han guiado nuestra legislación en la materia.

De entre las normas afectadas, destaca la reforma del Código civil que lleva a cabo el art. 2 de la Ley 8/2021, que es la más extensa y de mayor alcance. Esta

1 TORRES COSTAS, M. E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 25-26.

2 Pudiendo destacar, entre otras, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público o la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

• **Margarita Sánchez González**

Doctoranda en Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: margarita.sanchez@estudiante.uam.es.

pretende vehicular el profundo cambio en el tratamiento de la discapacidad que se desprende de la Convención y que entró en vigor en nuestro país hace más de una década³. En palabras de García Rubio, este “nuevo modelo constituye un auténtico «tsunami» que afecta a todo el ordenamiento jurídico, de suerte que prácticamente ninguna norma que implique el ejercicio de derechos por parte de sujetos privados va a quedar inmune a la necesidad de adaptación”⁴.

Como tendremos oportunidad de abordar, la adecuación de la legislación española a los postulados de la Convención no ha sido una tarea sencilla. El texto internacional se asienta sobre unos principios que han generado un profundo debate en la doctrina, que, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, aún continúa abierto. A ello debemos sumarle una Observación General del Comité de Naciones Unidas, relativa a la interpretación del art. 12, que ha dificultado aún más esta adaptación⁵.

En este contexto, el presente artículo, pretende llevar a cabo un análisis de la filosofía de la Convención, analizando los principios que se desprenden de ella y el modo en el que el legislador español los ha integrado en la nueva regulación, tratando de otorgar relevancia a las cuestiones que, a nuestro juicio, han resultado más problemáticas.

II. FILOSOFÍA DE LA CONVENCION Y SU INTERPRETACION POR EL COMITÉ.

Como hemos adelantado, la Ley 8/2021 pretende adecuar el sistema español a los postulados de la Convención, por lo que bebe directamente de su filosofía. Así, para una mejor comprensión de los principios que han guiado la actuación del legislador, consideramos necesario llevar a cabo un pequeño análisis de las cuestiones más relevantes contenidas en el art. 12 CDPD, así como de la interpretación que de ella lleva a cabo el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

I. La capacidad jurídica a la luz de la Convención.

El estudio que se llevará a cabo en las próximas páginas tiene como punto de partida el art. 12 CDPD, que, por su importancia, pasamos a transcribir:

- 3 Firmada el 30 de marzo de 2007 y ratificada el 23 de noviembre del mismo año. Publicada en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.
- 4 GARCÍA RUBIO, M. P.: “Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, p. 174.
- 5 Observación General nº 1 de 19 de marzo de 2014 del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, disponible en: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf> (fecha de consulta: 25/05/2022).

“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”.

Si analizamos la Convención desde el punto de vista de los derechos que reconoce, cabría afirmar que el art. 12.1 no añade ninguna novedad, ya que no otorga ningún derecho que no estuviera previsto ya para todos los seres humanos, incluyendo, indudablemente, a las personas con discapacidad⁶. No obstante, la interpretación de los puntos segundo y tercero ha generado enormes dudas y una gran controversia en la doctrina española, que continúa sin ponerse de acuerdo sobre la respuesta a las siguientes preguntas: ¿distingue la Convención entre capacidad jurídica y capacidad de obrar? ¿Cabe el establecimiento de mecanismos de sustitución en la toma de decisiones de las personas con discapacidad?

Un primer sector doctrinal entiende que el concepto de capacidad jurídica utilizado por la Convención comprende tanto la titularidad de derechos como la facultad de ejercitarlos, eliminando la distinción de lo que en el lenguaje jurídico español se conoce como “capacidad de obrar”⁷. De acuerdo con ello, la situación

6 El reconocimiento de la personalidad jurídica ya había sido proclamado por el art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y por el art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.

7 MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L.: “A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2020, núm. 42, p. 245. En este mismo sentido, CUENCA GÓMEZ, P.: “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*, 2018, núm. 38, p. 86.

de discapacidad de la persona no puede justificar ni la privación o restricción de la capacidad jurídica, ni la denegación de su aptitud para tomar sus propias decisiones. Para estos autores, la Convención prohíbe completamente la sustitución, en cuanto resulta contraria a las exigencias derivadas del art. 12.

Otro sector defiende que la Convención no elimina esta distinción, entendiendo que el art. 12 diferencia entre la titularidad de los derechos (obligando a su pleno reconocimiento en su apartado segundo) y el ejercicio de estos, para el que el apartado tercero exige adoptar las “medidas pertinentes”⁸. Según esta concepción, el mecanismo de la sustitución puede ser autorizado y ser incluso necesario en determinados casos y cumpliendo ciertas condiciones.

Posicionarse respecto de esta problemática es una tarea compleja. Sin embargo, a la luz de los trabajos preparatorios de la Convención, y en especial del séptimo periodo de sesiones⁹, en el que se debatió el significado de este concepto, debemos afirmar que la Convención no establece distinción alguna entre la titularidad de los derechos y la facultad de ejercitarlos, quedando estas dos manifestaciones comprendidas dentro de un único concepto de “capacidad jurídica”. Por consiguiente, del texto convencional se desprende que el hecho de sufrir una discapacidad no puede justificar, en ningún caso, la limitación de la capacidad de obrar, pues ello constituiría un supuesto de discriminación por discapacidad¹⁰. No obstante, como iremos desgranando a lo largo de este trabajo, consideramos que la Convención incurre en numerosas contradicciones e incongruencias a lo largo de todo su planteamiento y, lo que es peor, al reconocer una capacidad de ejercicio plena a sujetos que pueden tener afectada su competencia natural de entender y de querer, pone en riesgo los derechos de los que los mismos son titulares y que el propio texto declara proteger.

2. La Observación General n° I del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su controvertido valor normativo.

A lo expuesto en el apartado anterior debe sumarse la interpretación que del art. 12 realiza el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas

8 SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I.: “Reflexión acerca de una posible compatibilidad entre los mecanismos sustitutivos de la capacidad de obrar y el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en AA.VV.: *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos* (coord. por E. ALCÁIN MARTÍNEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 595; ALEMANY, M.: “Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General n.º 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, pp. 201-222; y DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, núm. 10021, 2022, pp. 3-4.

9 Realiza un profundo estudio sobre el nacimiento del art. 12 de la CDPD y su significado TORRES COSTAS, M.E.: *La capacidad*, cit. A este respecto, resultan especialmente interesantes las pp. 46-77.

10 LOPEZ BARBA, E.: *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 16.

con Discapacidad, órgano que considera que existe un “malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes” y que no se ha comprendido “que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas”¹¹. Antes de entrar a analizar la interpretación del Comité, debemos preguntarnos no obstante si la Observación General es vinculante para cada uno de los Estados que ratifiquen la Convención, cuestión que ha generado una gran controversia y sobre la que no parece que haya una solución clara.

Al respecto, MARTÍNEZ-PUJALTE considera que las resoluciones de los órganos especializados de Naciones Unidas tienen valor jurídico en nuestro Derecho, y se remite en su argumentación a la doctrina del Tribunal Constitucional¹². Concretamente, esta considera que “las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales”¹³.

En sentido contrario se manifiesta DE SALAS MURILLO, quien afirma que existen argumentos para entender que no cabe hablar de obligación en términos jurídicos¹⁴. Apunta que el deber que se desprende para los Estados del art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 2 de mayo de 1972¹⁵ implica la imposibilidad de ignorar los informes, recomendaciones y observaciones generales, pero ello no quiere decir que estos sean jurídicamente vinculantes. La autora cita el informe del *Essex Autonomy Project*, que manifiesta que, aunque el estatuto jurídico de las interpretaciones de los Comités no está del todo claro, no hay controversia acerca de que las citadas interpretaciones son *authoritative*, pero no jurídicamente vinculantes¹⁶. En palabras de la autora, ello quiere decir que “un Estado parte debe comprometerse con la interpretación y reconocerle el correspondiente valor, pero tiene el derecho a rechazar tales conclusiones si encuentra la base argumental necesaria”¹⁷.

11 Punto 3 de la Observación General.

12 MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L.: “A propósito”, cit., pp. 249-250.

13 STC 116/2006, de 24 de abril (RTC 2006/116), fundamento jurídico 5°.

14 DE SALAS MURILLO, S.: “¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 780, p. 4.

15 “Un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de éstos teniendo en cuenta su objeto y fin”.

16 MARTIN, W., MICHALOWSKI, S., STAVERT, J., WARD, A., RUCK KEENE, A., HEMPSEY, A., CAUGHEY, C., MCGREGOR, R.: “The Essex Autonomy Project Three Jurisdictions Report: Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK”, 2016, pp. 55-57, disponible en <https://autonomy.essex.ac.uk/resources/eap-three-jurisdictions-report/>. (fecha de consulta 24/05/22)

17 DE SALAS MURILLO, S.: “¿Existe un derecho”, cit., p. 4.

Una vez expuesto el debate sobre su vinculatoriedad, pasemos a analizar el contenido sustantivo de la citada Observación General (en adelante, Observación). El Comité parte de una interpretación del art. 12 que se fundamenta, entre otros, en el respeto a la dignidad inherente a todo ser humano, la autonomía e independencia individuales (dentro de las que debe incluirse la libertad de tomar decisiones propias), la no discriminación y la participación e inclusión plenas en la sociedad. Sobre esta base, la Observación General asume completamente el modelo social de discapacidad¹⁸.

En su párrafo 8, el Comité destaca que la capacidad jurídica ha sido denegada de forma discriminatoria a diversos colectivos y en el párrafo siguiente destaca que actualmente esta exclusión afecta de forma desproporcionada a las personas con discapacidad, reafirmando que el hecho de que una persona padezca una discapacidad “no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12”. De este modo, concibe la capacidad jurídica como un “atributo universal” inherente a la propia condición humana e indisolublemente ligado a su dignidad.

En desarrollo de esta afirmación, el Comité defiende en el párrafo 12 de la Observación que, cuando en el art. 12.2 CDPD se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, esta incluye tanto la titularidad de los derechos como la facultad de actuar en derecho. De este modo, se reconoce a la persona con discapacidad como “actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas y ponerles fin”. Se concluye que ambas facetas de la capacidad jurídica son inseparables y que, además, esta última es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. A juicio del Comité, todas aquellas instituciones de carácter representativo son, por su propia esencia, discriminatorias, infringiendo el art. 12 CDPD.

Asimismo, el Comité rechaza los tres modelos tradicionales de atribución de incapacidad manejados en las legislaciones nacionales¹⁹; estos son, el criterio basado en la condición (en el que la privación de la capacidad de obrar deriva

18 Un interesante estudio sobre los modelos médico y social de la discapacidad puede consultarse en PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Madrid, 2008. Mostrándose muy crítico con este modelo, ALEMANY sostiene que “en el surgimiento y desarrollo del denominado “modelo social de la discapacidad”, que ha hecho suyo el Comité es fundamental el “movimiento de vida independiente”, cuya matriz ideológica es la cultura dominante estadounidense, en la que (...) privar a los ciudadanos del derecho a llevar armas también es visto por muchos como un atentado a la dignidad”. Así, el autor pone de manifiesto que la “recepción acrítica” de este tipo de ideas nos lleva a olvidar que las realidades sociales estadounidenses no son siempre perfectamente extrapolables a las nuestras. (ALEMANY, M.: “Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad”, en AA.VV., *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política* (dir. por P.A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 25).

19 CUENCA GÓMEZ, P.: “Reflexiones sobre”, cit., p. 87.

del diagnóstico de una deficiencia), el criterio basado en los resultados (que se fundamenta en la consideración de que la decisión tomada es perjudicial para la propia persona) y, el criterio funcional (que relaciona la limitación con la aptitud deficiente de la persona para tomar decisiones). Así, considera que la negación de la capacidad jurídica sobre la base de cualquiera de estos criterios constituye una discriminación por motivos de discapacidad, añadiendo que lo que deben hacer los Estados parte es proporcionar a estas personas el acceso al apoyo que necesiten para tomar sus propias decisiones. Este apoyo nunca deberá consistir en decidir “por” las personas, sino en ayudarlas en su propio proceso de toma de decisiones. El Comité maneja un concepto amplio de apoyos, señalando que estos deben ser diversos en cuanto a su tipo e intensidad y que deben estar disponibles para todas las personas que los necesiten, reiterando que su existencia nunca puede justificar la restricción de derechos fundamentales.

Por otro lado, en el párrafo 21, se establece que cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad de la persona con discapacidad, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”. De este modo, se elimina cualquier interpretación basada en el mejor interés, que, a juicio del Comité, no es una salvaguardia que cumpla con lo proyectado en el art. 12 en relación a los adultos.

Por último, en la Observación se destaca que se deben establecer mecanismos que impidan que las personas con discapacidad puedan ser objeto de influencia indebida, pero se recuerda que esta protección debe respetar la voluntad de la persona, “incluido el derecho a asumir riesgos y cometer errores”. Así, incluso “en situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones”, hasta el punto de que estas deben tener derecho a rechazar el apoyo, a ponerle fin o a modificarlo en cualquier momento.

Como hemos podido observar, el Comité lleva a cabo una interpretación radical del art. 12 CDPD, proscribiendo los sistemas de representación legal basados tanto en la sustitución como en el mejor interés. A nuestro juicio, de ello derivan las cuestiones que, a continuación, analizaremos y que podrían resultar problemáticas.

A) Igualdad y representación.

En primer lugar, se formula el principio de la plena igualdad de todo ser humano, que, como ya hemos adelantado, proscribe los regímenes basados en la

representación en la toma de decisiones de las personas con discapacidad²⁰. No obstante, muchos son los autores que consideran que se trata de una igualdad mal entendida, ya que obvia las diferencias de aptitud natural existentes en el amplio abanico de la discapacidad. Las personas con discapacidad no son un grupo uniforme del que se pueda predicar una homogeneidad siquiera superficial, y esta afirmación tan categórica, a nuestro juicio, colisiona con otro de los principios de la propia Convención, el de proporcionalidad, siendo las personas afectadas con deficiencias más graves las grandes perjudicadas²¹.

Como defiende Serrano García, proclamar la igualdad de derechos no equivale a sostener que todas las personas gozan de la misma capacidad y, en el caso de personas con afecciones (intelectuales o cognitivas) severas que les impidan tomar sus propias decisiones aun contando con apoyos, la verdadera igualdad solo podrá lograrse mediante un sistema que permita su representación en el ejercicio de los derechos que como ser humano les pertenecen²². Suscribimos en este punto la opinión de ALEMANY de que “la verdadera discriminación se produciría cuando, en una situación determinada, se trata por igual a dos personas adultas, cuando ambas deben tomar decisiones para las que solo una de ellas muestra serios déficits de capacidad”²³. En este sentido, consideramos acertada la propuesta de ATIENZA de que el art. 12 debería ser reinterpretado del siguiente modo: “Los Estados Parte reconocen que las personas con discapacidad tienen, «en la mayor medida posible», capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”²⁴ (las comillas son del autor).

20 Así lo establece la Observación general en su punto 7, cuando considera que las prácticas de naturaleza representativa “deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás”.

21 Al respecto, hay autores que entienden que los redactores de la Convención lo hicieron pensando en personas con discapacidad física, situación que no se puede extender a sujetos con discapacidades mentales o cognitivas. Así, Alemany lleva a cabo dos interesantes afirmaciones: en primer lugar, señala “la paradoja de la representación en la que incurre el Comité constituido en su mayoría por personas discapacitadas, todas ellas físicas o sensoriales, que hablan en nombre de los discapacitados mentales quienes, a su juicio, deberían hablar en nombre propio” (ALEMANY, M.: “Igualdad y diferencia”, cit., p. 214). En segundo lugar, afirma que “el movimiento de vida independiente, el modelo social libertario, la Convención, el Comité etc., están promovidos y protagonizados por discapacitados capaces, personas con deficiencias físicas y sensoriales, que han extendido sus conclusiones a los discapacitados incapaces, personas con deficiencias graves mentales, desconsiderando la especificidad de estos últimos y, a mi juicio, promoviendo un marco jurídico en el que el respeto por su dignidad e igualdad están menos asegurados” (ALEMANY, M.: “Igualdad y diferencia”, cit., p. 219).

En contra de esta opinión se manifiesta Torres Costas, que considera que el nuevo paradigma “es fruto de una reivindicación unánime y contundente de todo el diverso colectivo de la discapacidad” y que la Convención responde a las negociaciones “en las que llegaron a participar más de setenta asociaciones pertenecientes a la sociedad civil en defensa y representación de los derechos e intereses de las personas con todo tipo de discapacidad” (TORRES COSTAS, M. E.: *La capacidad*, cit., pp. 233-234).

22 SERRANO GARCÍA, I.: “¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones? Bettencout, Sordi, di Stéfano”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751, 2015, p. 2590.

23 ALEMANY, M.: “Una crítica”, cit., p. 35.

24 ATIENZA, M.: “Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Ius et Veritas*, núm. 53, 2016, pp. 265-266.

No debemos olvidar que el art. 12.4 CDPD impone a los Estados la obligación de configurar medidas idóneas que permitan a todas las personas ejercer su capacidad jurídica plenamente, lo que a nuestro juicio implica la admisión, aunque sea velada, de que no todas las personas gozan de la misma capacidad de ejercicio, pues solo algunas necesitan de un apoyo para su desenvolvimiento pleno. Así, el Comité cae en una contradicción, como acertadamente pone de manifiesto Cuadrado Pérez, al proclamar como valor absoluto la igualdad entre personas con y sin discapacidad y, al mismo tiempo, conminar a los Estados a que desarrollen un sistema de apoyos en la toma de decisiones de las primeras, evidenciando la incongruencia que para su planteamiento supone admitir que ciertas personas necesitan apoyo en el ejercicio de sus derechos²⁵.

Asimismo, esta concepción de la igualdad pone en jaque otro de los principios que consagra la Convención y al que anteriormente hemos hecho referencia: el criterio de proporcionalidad. El art. 12.4 CDPD establece que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben ser “proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona”. A nuestro juicio, ello implica que los apoyos deben configurarse de tal forma que se adecuen a las necesidades de asistencia de quien requiere de ellos, cualquiera que sea su magnitud. Es por ello por lo que se pretende configurar las instituciones de apoyo como figuras flexibles y hasta cierto punto indeterminadas, para que se amolden a la persona y constituyan el famoso “traje a medida” del que viene hablando nuestra jurisprudencia y al que posteriormente nos referiremos²⁶. De acuerdo con ello, la autoridad judicial debe tratar de establecer el apoyo solo en aquellos ámbitos en los que resulte imprescindible. Así, como de nuevo apunta CUADRADO PÉREZ, cada persona con discapacidad deberá recibir el trato “adecuado a su realidad” y si, en los casos más graves, la respuesta que mejor se adapta a sus circunstancias es la representación o sustitución, esta debe permitirse, en tanto en cuanto se manifiesta como la medida más proporcionada²⁷.

B) Dignidad, autonomía e interés superior de la persona con discapacidad.

En segundo lugar, se consagra la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad como el eje central sobre el que debe pivotar, no solo la actuación de los apoyos, sino todo el sistema en su conjunto. De hecho, en la Convención no existe referencia alguna al “mejor interés”, que, tal y como establece el Comité, no es un criterio que cumpla con lo preceptuado en el art. 12 con relación a los adultos²⁸. De este modo, se rechaza cualquier tipo de paternalismo en lo que respecta a las

25 CUADRADO PÉREZ, C.: “Modernas perspectivas en torno a la discapacidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 2020, p. 36.

26 *Vid infra* apartado III.1.

27 CUADRADO PÉREZ, C.: “Modernas perspectivas”, cit., p. 39.

28 Sí se hace referencia en la Convención al interés superior del niño con discapacidad (arts. 7.2, 23.2 y 23.4).

personas con discapacidad. Sin embargo, como veremos más adelante, en este punto defenderemos que la completa superación del paternalismo jurídico no es ni posible ni deseable y que el Comité ha forzado una interpretación que dista mucho de ser razonable²⁹.

El cambio de paradigma que propugna la Observación General entronca con el respeto a la dignidad de todo ser humano, afirmando así que los procedimientos de incapacitación, figuras representativas como la tutela, el internamiento forzoso o las limitaciones generales a la libertad de decidir, son todas ellas atentados a la dignidad de la persona en la medida en que entorpecen su autonomía individual³⁰.

El concepto de dignidad aquí utilizado, que se solapa con el de autonomía, tiene su raíz en la ideología libertaria, que se sitúa radicalmente en contra de cualquier tipo de paternalismo³¹. JOHN S. MILL, en su célebre ensayo "Sobre la libertad", analiza los límites del poder que puede ejercer legítimamente la sociedad sobre los individuos, afirmando que "la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente (...) Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y su propia mente, el individuo es soberano"³². Así, MILL delimita la esfera de soberanía individual sobre la cual los ciudadanos no deberían sufrir injerencias de la sociedad, realizando una distinción entre los actos que repercuten sobre terceros y los que únicamente conciernen a uno mismo. A su juicio, el poder está legitimado para intervenir sobre los primeros con la finalidad de impedir daños a terceros, pero no podrá interferir sobre aquellos actos que solo conllevan consecuencias para el propio individuo³³.

Desde esta visión de la libertad, construida desde el principio de la no injerencia de los demás en nuestra esfera personal, no habría cabida para ningún tipo de paternalismo, pues este supondría una violación de la libertad individual y, por tanto,

29 En palabras de Garzón Valdés, "el paternalismo jurídico sostiene que siempre hay una buena razón en favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esta medida". A modo de ejemplo, el autor hace referencia, entre otras, a la obligación de usar casco en las motos o a la prohibición de vender ciertos medicamentos sin receta. (GARZÓN VALDÉS, E.: ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, p. 156).

30 Punto 7 de la Observación General.

31 ALEMANY, M.: "Una crítica", cit., p. 25.

32 MILL, J.S.: *Sobre la libertad*, Ediciones Akal, Madrid, 2017, p.45. En esta misma línea, Nozick considera que "que se nos trate con respeto, respetando nuestros derechos, nos permite, individualmente o con quien nosotros escojamos decidir nuestra vida y alcanzar nuestros fines y nuestra concepción de nosotros mismos, tanto como podamos, ayudados por la cooperación voluntaria de otros que posean la misma dignidad" (NOZICK, R.: *Anarquía, Estado y utopía*, INNISFREE, 1º ed. 1974, 2014, p. 284).

33 ALEMANY, M.: *El paternalismo jurídico*, Lustel, Madrid, 2006, pp. 97-98.

de la dignidad humana³⁴. Esta es la idea que parece subyacer en la Observación General, que se aparta del tradicional paternalismo jurídico para basar su filosofía en un principio de autonomía absoluto que obliga a respetar las voluntades, deseos y preferencias sin tener en cuenta la capacidad natural de entender y de querer o el modo en el que se ha formado esa voluntad, consagrando el derecho de la persona a asumir riesgos y cometer errores³⁵. Sin embargo, no compartimos esta concepción y, como posteriormente abordaremos, parece que nuestro Derecho tampoco. Nosotros entendemos la libertad desde su vertiente positiva, esto es, desde la creación de las condiciones necesarias para que las personas tomen sus decisiones libremente, de acuerdo con su plan de vida y permitiendo el libre desarrollo de su personalidad. En palabras de PEREÑA VICENTE, “la libertad individual es el derecho fundamental que está en juego cuando hablamos del respeto de la voluntad y, por ello, es esencial construir un sistema que, además de consagrar el derecho, lo garantice”³⁶.

Autores como GERALD DWORKIN han cuestionado la filosofía anti-paternalista y se han mostrado partidarios de aceptar casos de paternalismo jurídico justificado. Este autor afirma que: 1) Es razonable suponer la existencia de determinados bienes (como la salud) que cualquier persona querría proteger para perseguir su propio bien; y 2) La consecución de esos bienes debe ser promovida incluso cuando no estén reconocidos como tales, en ese momento, por los sujetos implicados³⁷. DWORKIN sostiene la legitimidad de una intervención paternalista (en contra de la voluntad de los individuos) cuando, dado el carácter competitivo de los bienes entre sí, se ha atribuido a alguno de ellos un peso irracional³⁸. Asimismo, considera que el concepto de autonomía es más amplio que el de libertad, siendo esta última la capacidad de una persona para convertir sus decisiones en acciones³⁹. En definitiva, DWORKIN sostiene que no todas las interferencias en la libertad son interferencias en la autonomía y viceversa. “No se interfiere con la libertad de una persona, pero sí con su autonomía, cuando, por ejemplo, se le engaña o se

34 Podemos decir que, según la concepción neoliberal, “un estado paternalista expande sus atribuciones de manera ilegítima ya que trata a los individuos como si no supieran lo que quieren” (DIETERLEN, P.: “La filosofía política de Robert Nozick”, *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, vol. 37, núm. 150, 1992, p. 134).

35 ALEMANY, M.: “Una crítica”, cit., p. 25.

36 PEREÑA VICENTE, M.: “El régimen de los poderes preventivos en la Reforma del Código Civil”, en AA.VV., *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política* (dir. por P.A. MUNAR BERNAT) Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 199.

37 DWORKIN, G.: “Paternalism”, *The Monist*, vol. 56, issue 1, 1972, p. 78.

38 DWORKIN, G.: “Paternalism”, cit., p. 79. Alemany ejemplifica los dos tipos de situaciones a las que hace alusión Dworking cuando se evalúan de forma irracional los bienes en competencia: “I. Errores valorativos: Cuando la gente asigna incorrectamente peso a uno de sus valores (por ejemplo: los que – aparentemente – valoran la molestia de ponerse el cinturón de seguridad por encima de su salud, o de su propia vida incluso), y 2. La debilidad de la voluntad: Se trata de casos en los que la gente no actúa conforme a sus propias preferencias y deseos (por ejemplo, los que reconocen su interés en llevar el cinturón de seguridad, pero en la práctica lo ignoran)”. (ALEMANY, M.: *El paternalismo jurídico*, cit., pp. 137-138).

39 DWORKIN, G.: *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 105.

le oculta información. No se interfiere con la autonomía, pero sí con la libertad, cuando, como en el caso de Ulises y las Sirenas, al mantenerlo atado al mástil de su barco, a la vez que interferimos con su deseo de desatarse estamos promoviendo su autonomía, estamos apoyando sus esfuerzos por dirigir su vida⁴⁰.

Desde esta perspectiva, sí tiene cabida el paternalismo, aunque suponga una cierta restricción a la autonomía, siempre y cuando esté justificado. En contra de lo que defendería el pensamiento libertario, como hemos expuesto anteriormente, el principio de paternalismo justificado, según la definición dada por ALEMANY, "legítima el ejercicio del poder sobre un sujeto con el fin de evitarle daños (o el aumento de riesgo de daños) de tipo físico, psíquico y/o económico, cuando la tendencia a que dichos daños (o aumento de riesgo de daños) se produzcan está causada, directa o indirectamente por acciones del sujeto"⁴¹. Nosotros añadiríamos que este paternalismo se encuentra justificado cuando además, siempre que sea posible, se atienda a las voluntades de la persona sobre quien se ejerce, velando, entre otros intereses, también por la autodeterminación del sujeto.

No obstante, merece la pena subrayar que, para justificar el paternalismo, no tenemos que referirnos (o no únicamente) a la idea de libertad o autonomía, ya que habrá casos en los que no solo no podremos conocer la voluntad actual del sujeto, sino en los que ni siquiera seremos capaces de reconstruirla atendiendo a su trayectoria vital (como puede suceder en los supuestos en los que la persona se encuentra aquejada de una grave discapacidad desde su infancia). Al respecto, CUENCA GÓMEZ defiende que un juicio de proporcionalidad correcto permitiría no solo dejar de lado la voluntad del sujeto, sino actuar en su contra, ante la existencia de situaciones en las que se ponga en riesgo otros derechos humanos igualmente importantes (habiendo descartado previamente otras medidas menos gravosas, como ofrecer mayor apoyo)⁴². No obstante, parece que ni la Convención ni la Observación General contemplan mecanismos que permitan atender a las necesidades de las personas con discapacidades más extremas, generándose una suerte de vacío normativo que deja desprotegidos otros derechos, cuestión que analizaremos con mayor profundidad cuando abordemos la filosofía de la reforma.

40 ALEMANY, M.: *El paternalismo jurídico*, cit., p. 150, citando a Dworkin en su obra *The Theory*, cit., p. 106. Esta misma idea es la que subyace en la famosa cita de John Locke: "No merece el calificativo de restricción lo que no hace otra cosa que servir de protección contra los tremedales y los precipicios. Por eso afirmo, cualesquiera que sean los errores que se cometan sobre este punto, que la finalidad de la ley no es suprimir o restringir la libertad, sino lo contrario: protegerla y ampliarla" (LOCKE, J.: *Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, (trad. por P. LÓPEZ ÁLVAREZ), Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, 1º ed. 1689, p. 79.

41 ALEMANY, M.: "Una crítica", cit., p. 29.

42 CUENCA GÓMEZ, P.: "De objetos a sujetos de derechos. Reflexiones filosóficas sobre el Art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en AA.VV.: *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política* (dir. por P.A. MUNIAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021, p.62.

En aplicación de la concepción que hemos defendido (libertad en su vertiente positiva), las medidas paternalistas dirigidas a la protección de otros intereses distintos de la autonomía no supondrían un atentado contra la dignidad⁴³. A nuestro juicio, poner tanto énfasis en la autonomía de las personas con discapacidad no es intrínsecamente negativo, sino que el error subyace en la desatención a otros valores. Son estos los que deberían jugar un papel más importante que el que les otorga la Convención, si se quiere proteger a las personas que podríamos considerar más vulnerables, que son precisamente quienes no pueden construir ni expresar de ningún modo su voluntad, cayendo en la homogeneización antes mencionada de las personas con discapacidad.

C) *El derecho a no recibir apoyos.*

Uno de los grandes problemas que se derivan de esta primacía de la voluntad sobre cualquier otro valor reside en la posibilidad de que la persona necesitada de apoyos, en ejercicio de su autonomía, rechace esta asistencia. Partiendo del texto de la Convención, la relevancia que su art. 3 otorga a la autonomía individual y la libertad de tomar las propias decisiones nos podría llevar a considerar la existencia de este derecho, a pesar de que no lo proclame expresamente. En este mismo sentido, la Observación General, en su ya comentada interpretación radical de la Convención, da un paso más, estableciendo que “en todo momento, incluso en situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad a adoptar decisiones”, explicitando en su punto 19 que “algunas personas con discapacidad (...) pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 13, párrafo 3”.

Con todo, el concepto de dignidad que maneja la Convención (y que parece ser el mismo que, *a priori*, emplea la reforma), puede justificar esta posibilidad, atendiendo a la primacía de la voluntad de la persona con discapacidad. Esta, llevada al extremo, supone que cualquier medida contraria a la misma constituya un atentado contra la dignidad humana, lo que se traduciría en que la persona pueda rechazar el apoyo. No obstante, esta conclusión plantea los mismos problemas que ya comentábamos en el apartado anterior y que se derivan de la reducción de la noción de dignidad al ejercicio efectivo de la autonomía individual. A nuestro juicio, el Comité desatiende otros valores que se encuentran íntimamente relacionados con la dignidad y que la Convención consagra, como pueden ser el derecho a la vida (art.10 CDPD) o a la integridad física y moral (art. 17 CDPD).

43 Consideramos que, en aplicación de este concepto de dignidad, podríamos llegar a conclusiones tan indeseables como considerar que una persona que no goza de la autonomía necesaria para guiar su proyecto vital no puede llevar una vida digna.

III. PANORÁMICA DE LA REFORMA.

Una vez expuestos los principios que se desprenden del art. 12 de la Convención y la interpretación que de los mismos realiza el Comité de Naciones Unidas, corresponde ahora analizar cómo y en qué medida el legislador español los ha introducido en la reforma.

I. Antecedentes.

La Convención fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. Desde ese momento, el Tribunal Supremo llevó a cabo una importante labor interpretativa, dictando el 29 de abril de 2009 la Sentencia que fijaría los criterios que permitirían ajustar nuestra legislación interna a los postulados de la Convención⁴⁴. Así, el Tribunal consideraba que el sistema de protección contenido en el Código civil era compatible con el citado texto internacional, recordando que “la incapacidad total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable”. Asimismo, consideraba que la incapacidad era solo una forma de protección de la persona con discapacidad y que no se trataba de una medida discriminatoria, pues debía atender a las características específicas de cada caso.

En lo concerniente a las concretas medidas de protección, el Ministerio Fiscal apuntaba que la curatela ofrecía un marco graduable y flexible que le permitía adaptarse a las concretas necesidades de la persona que la requiriera. En este sentido “ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta”. Con base en esta argumentación, el Tribunal estableció que las personas incapacitadas debían estar sujetas a tutela, mientras que las sometidas a curatela eran aquellas que simplemente requerían un complemento de capacidad. A partir de la mencionada resolución, las menciones a este supuesto “traje a medida” se multiplicaron en la jurisprudencia del Tribunal⁴⁵.

La interpretación plasmada en esta Sentencia se manifiesta, entre otras, en las sentencias de 24 de junio de 2013⁴⁶ y de 20 de octubre de 2015⁴⁷. En la primera, el Tribunal entendió que existía una necesidad de supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en los personales, pero no una plena incapacidad. Así, consideró procedente la aplicación de la curatela reinterpretada a la luz de la

44 STS 282/2009 de 29 de abril (RJ 2009, 2901).

45 Podemos citar, entre otras, las SSTs 341/2014, de 1 de julio (RJ 2014, 4518) y 244/2015 de 13 de mayo (RJ 2015, 2023).

46 STS 421/2013 de 24 de junio (RJ 2013, 3948).

47 STS 557/2015 de 20 de octubre (RJ 2015, 4900).

Convención, “desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad”.

Por su parte, en la segunda de las sentencias citadas, el Tribunal Supremo estableció una curatela para una persona que previamente había sido declarada incapaz. Aunque entendió que no existía motivo para modificar la capacidad, consideró que el sujeto sí precisaba de supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en los relativos a su persona.

Desde entonces, la Sala Primera reiteró que el sistema de apoyos que se deriva de la Convención estaba integrado en nuestro Derecho por la tutela, la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial, medidas que consideraba eficaces para cubrir las diversas necesidades que pudieran presentarse. Asimismo, recordaba que todas ellas debían interpretarse conforme a los principios de la Convención⁴⁸.

Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2017 llevó a cabo una síntesis de la jurisprudencia dictada hasta el momento, destacando que “la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituye (art. 760.I LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias”⁴⁹.

Como podemos observar, existe un esfuerzo por parte del Tribunal Supremo de no mecanizar los expedientes de incapacitación, tratando de evitar que en cualquier procedimiento se declarara la plena incapacitación de la persona sin atender a sus concretas circunstancias⁵⁰. Así, tal y como apunta la sentencia de 11 de octubre de 2017, “el juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación”⁵¹.

Sin embargo, para algunos autores, la Observación General del Comité ponía de manifiesto la necesidad de reformar el sistema jurídico vigente, no siendo suficiente su mera adaptación. Así, en septiembre de 2018 se aprueba el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia

48 Un mayor análisis de esta jurisprudencia se encuentra en PARRA LUCÁN, M. Á.: “Hacia una reforma del régimen de la discapacidad: la doctrina del Tribunal Supremo y la Convención de Nueva York”, en AA.VV., *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (coord. por M.C. GETE-ALONSO Y CALERA) Marcial Pons, Barcelona, 2020, p. 122.

49 STS 298/2017, de 16 de mayo (RJ 2017, 2207).

50 DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa”, en AA.VV., *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, (dir. por E. MUÑIZ ESPADA), Wolters Kluwer, Madrid, 2020, p. 148.

51 STS 522/2017, de 11 de octubre (RJ 2017, 4870).

de discapacidad, que parte de la propuesta de las Secciones Primera y Quinta de la Comisión General de Codificación⁵². En diciembre del mismo año el nombre del Anteproyecto se sustituye (pasando a denominarse Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica)⁵³ y el Consejo de Estado emite en enero de 2019 un dictamen en general favorable sobre el mismo, con algunas sugerencias. Debido a los avatares políticos, la tramitación se retrasa y el Consejo de Ministros no lo aprueba hasta el 3 de julio de 2020.

Posteriormente, el 17 de julio de 2020 se publica en el BOCG con la denominación de “Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”⁵⁴.

La nueva Ley se aprobó definitivamente en mayo de 2021 y fue publicada en el BOE el 3 de junio del mismo año, tras un complicado proceso parlamentario en el que se presentaron cerca de seiscientas enmiendas en el Congreso de los Diputados y casi trescientas en el Senado⁵⁵. Su Disposición Final Tercera contempla su entrada en vigor a los tres meses de su publicación, esto es, el 3 de septiembre de 2021.

2. La Ley 8/2021.

En virtud de la propia Exposición de Motivos, esta ley 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”. Así, a pesar de su larga trayectoria en nuestro sistema jurídico, la reforma, en consonancia con el art. 12 de la Convención, rompe con la tradicional dicotomía capacidad jurídica/capacidad de obrar, pasando a entender que el concepto es unívoco y queda englobado dentro de la terminología de “capacidad jurídica”, que incluye ambas manifestaciones. Se proscribe así la

52 RODRIGUEZ GUTIÁN, A. M.: “La responsabilidad civil de las personas mayores”, en AA.VV, *El derecho de las sociedades envejecidas* (dir. por B. GREGORACI FERNÁNDEZ y F. VELASCO CABALLERO) AFDUAM, núm. 25, UAM-BOE, 2021, p. 34. Asimismo, cabe destacar la existencia de dos propuestas más: la del Real Patronato sobre Discapacidad (disponible en: [https://biblioteca.fundaciononce.es/publicaciones/ colecciones-propias/ fuera-de-coleccion/propuesta-articulada-de-reforma-del-codigo](https://biblioteca.fundaciononce.es/publicaciones/colecciones-propias/ fuera-de-coleccion/propuesta-articulada-de-reforma-del-codigo)) y la de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.)

53 TORRES COSTAS, M. E.: *La capacidad*, cit., p. 227 (nota al pie 494).

54 Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF (fecha de consulta 24/05/2022).

55 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, Editorial Jurídica Sepin, SP/DOCT/114070, 2021, p. 2.

incapacitación y la modificación de la capacidad, que de por sí es plena y no puede verse impedida por la mera existencia de una discapacidad⁵⁶.

Nos encontramos ante lo que pretende ser, en palabras de muchos autores, un cambio de paradigma, mediante el que se sustituye el tradicional modelo médico por el modelo social de discapacidad, huyendo de visiones tuitivas paternalistas que “hoy resultan periclitadas”⁵⁷. Así, se parte de una concepción según la cual la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las diversas barreras provocadas por el entorno social, acogiendo plenamente la interpretación del Comité. Como consecuencia, la discapacidad ha dejado de ser un estado civil⁵⁸.

De la mencionada Exposición de Motivos se desprende la necesidad de llevar a cabo un cambio en nuestro sistema, caracterizado por el predominio de la sustitución en la toma de decisiones hacia un modelo que ponga en el centro la voluntad de la persona con discapacidad⁵⁹. De este modo, siguiendo el espíritu de la Convención, pueden propugnarse como valores inspiradores de la reforma la dignidad del sujeto, el respeto a su autonomía y libertad, la tutela de sus derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad, necesidad y subsidiariedad en relación con las medidas de apoyo que se establezcan.

Esta primacía de la voluntad se pone de relieve desde una doble perspectiva: por un lado, mediante el establecimiento de las medidas de apoyo de carácter voluntario como absolutamente prioritarias, ostentando las medidas acordadas judicialmente carácter subsidiario; por otro lado, al establecer la necesidad de que quien actúe como prestador de apoyo lo haga atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona a quien asiste.

Siguiendo a la Convención, la nueva legislación se separa de la concepción típica de los Códigos civiles decimonónicos, que abordaban la discapacidad desde un prisma fundamentalmente patrimonial, con el objetivo de atender en la misma

56 Es interesante destacar que la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil mantiene la modificación de la capacidad, estableciendo en su Exposición de Motivos que “la persona que no pueda actuar por sí solo necesita un apoyo específico. La modificación de la capacidad se produce, pues, a través de la provisión de apoyos estables”.

57 Entre otros, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 83-84, 2011, p. 120.

58 PAU, A.: “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, p. 10.

59 Con el sistema anterior, un 95% de las sentencias declaraban la incapacitación total con designación de tutor, sin establecer graduación alguna para adecuarse a las características concretas de la persona (Comité de Ética y Legislación, Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN): “Sobre la reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad”, 2016, disponible en: <https://amsmblog.files.wordpress.com/2016/06/03-aen-reforma-legislaciocc81n.pdf>) (fecha de consulta: 24/05/2022).

medida los aspectos personales de los sujetos (cuestiones sobre su salud, dónde o en compañía de quién desean vivir e, incluso, sobre sus voluntades digitales)⁶⁰.

La reforma implica la abolición de los procedimientos de incapacitación para pasar a hablar ahora de sistemas de provisión de apoyos, destinados a proporcionar asistencia a las personas con discapacidad que los necesiten. Como apunta GARCÍA RUBIO, la reforma no da una definición del concepto de discapacidad, pero se asume que sus normas están dirigidas a “personas con dificultades cognitivas, intelectuales o psicosociales, que son las que van a estar, en su caso, necesitadas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica”⁶¹. Sin embargo, consideramos que determinar esta necesidad puede ser difícil si no contamos con un elenco de causas que puedan desencadenar el procedimiento de provisión de apoyos, similar a lo que establecía el Código en su redacción anterior del art. 200. Al respecto, PEREÑA VICENTE considera que “resulta complicado construir un sistema coherente si se parte de la negación del supuesto de hecho que desencadena la aplicación de la consecuencia jurídica que la propia norma prevé”⁶². Nos sumamos a esta opinión, pues es ciertamente complicado justificar la puesta en marcha de unas medidas de apoyo bajo el planteamiento de que todas las personas son plenamente capaces en todos los aspectos de la vida.

Las medidas de apoyo de las que venimos hablando pueden ser divididas en dos grandes grupos: en primer lugar, las medidas voluntarias, dentro de las que destacan los poderes y mandatos preventivos y la autocuratela; en segundo lugar, las medidas legales, en las que se incluyen la guarda de hecho, el defensor judicial y la curatela, siendo esta última la figura que cuenta con una regulación más extensa y detallada, especialmente dirigida a las personas que requieran un apoyo continuado⁶³. Como consecuencia, se han eliminado dos de los tradicionales mecanismos de protección de las personas con discapacidad: la tutela y la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

En lo que respecta a la primera de ellas, según el actual art. 199 CC, queda limitada su función a los menores en situación de desamparo o que no se encuentran sujetos a la patria potestad. Con ello, se cumple plenamente la obligación derivada de la Observación General de reemplazar para las personas con discapacidad los regímenes basados en la sustitución por otros que se basen en el apoyo en la adopción de decisiones. Así, el legislador español ha tratado de desvincular el

60 CUADRADO PÉREZ, C.: “Modernas perspectivas”, cit., p. 26.

61 GARCÍA RUBIO, M.P.: “Contenido y significado”, cit., p. 4.

62 PEREÑA VICENTE, M.: “El régimen”, cit., p. 207.

63 Al respecto, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil regula asimismo la “asistencia”. Se trata de una medida adoptada en expediente de jurisdicción voluntaria y solicitada por la propia persona afectada de una “disminución de facultades físicas o psíquicas o por hallarse en situaciones intermitentes de falta de capacidad” (art. 177-I), sin que en estos casos se produzca una modificación de la capacidad.

apoyo que pueda prestarse a las personas con discapacidad de las connotaciones representativas que indudablemente tenía la tutela, institución que en la actualidad se considera demasiado rígida como para adaptarse adecuadamente a las necesidades de las personas a las que sirva⁶⁴.

No obstante, algunos autores se han manifestado en contra de esta decisión, sobre la base de que existen personas afectadas por deficiencias muy severas que no les permiten la expresión de su voluntad y que precisan de una institución que contemple la sustitución en la toma de decisiones, proponiendo el mantenimiento de la tutela para estos casos límite⁶⁵. Sin embargo, si prestamos atención al proceso de creación de la Convención, resulta más sencillo entender que se haya optado por la eliminación total de la tutela. Concretamente, durante el séptimo periodo de sesiones, el *Caucus*⁶⁶ defendía que la diferencia entre un sistema que promueve la toma de decisiones con apoyo y uno basado en la sustitución es que, en el primero, la persona con discapacidad está en el centro, así “la premisa de la toma de decisiones con soporte es que este varía de cero a cien y es un concepto dinámico”, elasticidad que no permite la tutela⁶⁷.

Por todo ello, la institución escogida por el legislador para los casos en los que una persona necesite un apoyo de carácter continuado ha sido la curatela. Nos encontramos ante una medida con un largo recorrido en nuestro ordenamiento jurídico, si bien la reforma introduce cambios en su contenido. Anteriormente, la curatela se configuraba como una situación de guarda estable, que debía ejercerse en beneficio de la persona con discapacidad. Esta ostentaba una función asistencial (por lo que no se preveía ningún tipo de facultades representativas) y, a pesar de su estabilidad, estaba prevista para operar solo con respecto a actos concretos y determinados⁶⁸. Con la entrada en vigor de la reforma, la curatela

64 En este sentido, debemos destacar que la elección de la curatela no es únicamente material, sino también terminológica, pues, como recoge la propia Exposición de Motivos, “el propio significado de la palabra curatela -cuidado- revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda”. Ello ha llevado al legislador a preferir el término “curatela”, incluso cuando se le asignan facultades representativas.

65 Esta es la opción contemplada por la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, cuya Exposición de Motivos establece que, “si bien se contempla la tutela como una medida subsidiaria de la curatela, se ha considerado preferible conservar esa denominación para los supuestos en los que sea necesario representar a la persona de manera estable”. En esta misma línea, autores como Arnau Moya consideran que debería haberse mantenido la figura de la tutela para aquellos casos extremos en los que no exista voluntad alguna que complementar y en los que la necesidad de representación de la persona se extienda a la práctica totalidad de sus actos (ARNAU MOYA, F.: “Aspectos polémicos de la Ley 8/2021, de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, p. 565).

66 *International Disability Caucus*. Hace un análisis sobre su composición y función en la Convención TORRES COSTAS, M. E.: *La capacidad*, cit., p. 36.

67 TORRES COSTAS, M. E.: *La capacidad*, cit., p. 68. Al respecto, consideramos que la tutela sí permitía una cierta flexibilidad. Sin embargo, como hemos tenido oportunidad de comentar (vid. supra nota 60), existía un problema en su aplicación, pues en la inmensa mayoría de casos se declaraba la incapacitación total con designación de un tutor. A nuestro juicio, la eliminación de la tutela de nuestro sistema está más relacionada con la intención de desvincular el apoyo de las nociones representativas que indudablemente ostenta.

68 ÁLVAREZ LATA, N.: “Comentario a los artículos 286-306”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, (dir. por R. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO), 4ª ed. Aranzadi, Navarra, 2013, p. 449.

seguirá prestando un apoyo asistencial, si bien se contempla la posibilidad de atribuir al curador funciones representativas, siempre con carácter excepcional y estableciendo expresamente los actos a los que se aplica (art. 269 CC). Se tratará, asimismo, de evitar que la representación tenga carácter general. No obstante, hay que recordar que lo que antes se perfilaba como una actuación sustitutiva, en nombre de la persona con discapacidad y atendiendo a su mejor interés, en la actualidad debe configurarse como un mecanismo que atienda a las voluntades, deseos y preferencias del asistido. Así, el curador deberá tomar la decisión que previsiblemente habría tomado la persona con discapacidad, reconstruyendo su voluntad a través de su trayectoria vital y experiencias pasadas. Sin embargo, como veremos, hay autores que ven en la curatela representativa la pervivencia de la institución de la tutela, hasta el punto de afirmar que esta no ha desaparecido, sino que se ha transformado⁶⁹.

En segundo lugar, destaca como decíamos la desaparición de la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, medidas que hasta ahora habían servido para atender a aquellos menores de edad con discapacidad que alcanzaban la mayoría de edad o para los adultos que aun convivieran en el hogar familiar y que sufrieran de alguna alteración que obligara a la prestación de medidas de apoyo⁷⁰. A nuestro juicio, es una decisión acertada, pues este tipo de instituciones contribuyen a la infantilización de las personas con discapacidad y dificultan su desarrollo en igualdad de condiciones, manifestándose como figuras poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía que se trata de imponer. Al respecto, el legislador apunta en la Exposición de Motivos que “las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los padres sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y que se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus padres que, en la mayor parte de los casos, morirán antes que él; a lo que se añade que cuando los padres se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa”.

3. Filosofía de la reforma.

Por último, resulta de interés analizar cómo ha adaptado nuestra legislación las cuestiones controvertidas que se derivan de la Convención y de la Observación General. En este sentido, parece que la interpretación del Comité ha calado en el legislador español, que mayoritariamente la acoge en la reforma. No obstante, a pesar de que la Exposición de Motivos realiza constantes referencias a lo dispuesto

69 PEREÑA VICENTE, M.: “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, p. 63.

70 MUNAR BERNAT, P. A.: “La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pp. 121-152, p. 131.

por la citada Observación, parece que el articulado de la Ley 8/2021 no lleva estas consideraciones hasta sus últimas consecuencias. Veamos.

En primer lugar, la Observación General proscribe los regímenes basados en la representación, consagrando la plena igualdad de todo ser humano. Sin embargo, como hemos tenido oportunidad de apuntar, nuestra legislación sí contempla la representación, aunque remarcando su absoluta excepcionalidad. Así, se prevé la posibilidad de que la autoridad judicial determine aquellos actos en los que el curador y el guardador de hecho deberán asumir funciones representativas, siempre y cuando resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad (arts. 264 y 269 CC⁷¹). Esta solución nos parece adecuada, pues consideramos que cumple con el mandato de proporcionalidad que se deriva de la Convención, otorgando a las personas el apoyo que se adecue a sus necesidades, sean estas más o menos intensas.

En segundo lugar, hemos tenido ocasión de analizar el papel central que la Convención otorga a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, asegurando que su prevalencia se encuentra íntimamente relacionada con el respeto a la dignidad humana. Como ya hemos argumentado, consideramos que la concepción de dignidad que maneja el Comité impide el recurso al criterio del mejor interés y deja desprotegidos otros intereses relevantes. Al respecto, sin embargo, el primer problema que se presenta consiste en determinar el régimen de actuación para los casos en los que desconozcamos la voluntad de la persona con discapacidad. Para estos supuestos, nuestra legislación prevé, en la nueva redacción del art. 249 CC, que cuando la persona tenga gravemente afectadas sus capacidades, hasta el punto de requerir la asistencia de un curador representativo, este deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tenido en consideración. Sin embargo, aún podemos encontrarnos con casos más extremos. Pensemos, por ejemplo, en un sujeto afectado por una grave discapacidad desde su nacimiento, que no pueda expresar su voluntad ni siquiera a través del apoyo más intenso. En estos casos, no podremos acudir a la voluntad de la persona para prestar el apoyo y tampoco podremos reconstruirla, por lo que tendremos que atender a otros valores. Es en estos momentos en los que, tal y como apunta Pau, entraría en juego el criterio del mejor interés⁷². Ahora bien, como ya hemos adelantado, la Convención no

71 Del segundo de los artículos se desprende que la autoridad judicial deberá fijar, por un lado, los actos en los que el curador tendrá funciones asistenciales y, por otro lado, aquellos en los que puede actuar en representación de la persona con discapacidad. A nuestro juicio, el legislador español trata de restringir al máximo posible el mecanismo representativo, quizá más de lo que podríamos considerar idóneo.

72 PAU, A.: "De la incapacitación", cit., p. 9. Asimismo, Sánchez Hernández sostiene que la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad conforman un "criterio preferente", pero que en los casos en los que la voluntad nunca ha podido ser manifestada, la persona que preste el apoyo deberá actuar

permite la aplicación de este criterio y parece que la reforma tampoco, pues en su Exposición de Motivos sitúa la inspiración de la nueva regulación en el art. 10 CE, obviando cualquier mención al mandato que para los poderes públicos se desprende del art. 49 del mismo texto⁷³.

Se confirma de este modo la equiparación del concepto de dignidad con el de autonomía, ignorando otros valores que, por nuestra parte, consideramos que también deben incluirse en la noción de dignidad o están íntimamente relacionados con ella (como pueden ser la vida, la seguridad o la integridad física y moral), que son derechos fundamentales por los que parece velar precisamente el artículo omitido. De todo lo expuesto se desprende, por tanto, que el legislador español consagra la atención a la voluntad del interesado como único criterio de actuación, proscribiendo cualquier tipo de paternalismo y permitiendo que las personas con discapacidad puedan cometer sus propios errores.

Sin embargo, si no se establecen instrumentos que verdaderamente garanticen que el sujeto que desempeña las medidas de apoyo dirigirá su actuación conforme a este, la reforma se quedará en una mera declaración de intenciones. No somos capaces de ver en el articulado un solo mecanismo que permita asegurar que el desempeño de las medidas de apoyo se haga atendiendo a la voluntad, y ello es así porque en realidad no lo hay. Lo único que podemos hacer en este punto es confiar en la buena voluntad de las personas llamadas a ejercer las instituciones de apoyo y esperar a que llegue un cambio de mentalidad, que, a nuestro juicio, aún no se ha producido. Desde nuestra perspectiva, resulta difícilmente imaginable que un hijo que desempeña cualquiera de las medidas que contempla la ley permita que su padre, aquejado de un grave Alzheimer, decida, por ejemplo, seguir viviendo solo y sin ningún tipo de cuidado, por mucho que esta sea su voluntad y por más que se haya consagrado legalmente su derecho a equivocarse. Y en la medida en que no hay norma de control de esta actuación de apoyo por su parte, en la práctica, se verá contradicho el espíritu de la reforma.

El segundo de los problemas derivados de la primacía de la voluntad, deseos y preferencias es el derecho a rechazar el apoyo. Esta posibilidad queda recogida en el punto 19 de la Observación General y, a pesar de que la Exposición de Motivos no

orientada por el interés de la persona con discapacidad (SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: "Aspectos generales de la reforma del Código civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, p. 41). Por su parte, DE VERDA Y BEAMONTE propone la aplicación de un parámetro objetivo que, a nuestro juicio, puede tener un mejor encaje en la filosofía de la Convención: "el principio constitucional, de alcance general, de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) (de toda persona), que trasciende a su pura voluntad" (DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Primeras resoluciones", cit., p. 16).

73 DE SALAS MURILLO, S.: "¿Existe un derecho", cit., p. 8. Al respecto, García Rubio reconoce que, en estos casos extremos, cuando no sea posible reconstruir la voluntad del sujeto, la representación heterónoma o sustitutiva de la voluntad, es "la única solución viable para que estas personas no resulten totalmente expulsadas del ordenamiento jurídico" (GARCÍA RUBIO, M. P.: "Contenido y significado", cit., p. 7).

la consagra expresamente, puede derivarse del concepto de dignidad que maneja y que tanta controversia ha suscitado. De hecho, en lo que a nuestra legislación respecta, García Rubio considera que existen argumentos a favor de la facultad de la persona con discapacidad para rechazar los apoyos⁷⁴. Alude a la posibilidad que tiene esta de contratar prescindiendo del apoyo que tiene asignado. En estos casos, la persona que presta asistencia solo podrá instar la anulabilidad del contrato, ex art. 1302 CC, cuando el tercero conociera la existencia (y, por tanto, la ausencia en el contrato) de la medida de apoyo o hubiera obrado de mala fe, aprovechándose de la situación de discapacidad, lo que podría indicar que el fundamento de la anulación no se encuentra en el hecho de que se haya prescindiendo del apoyo. No obstante, a nuestro juicio, esta posibilidad no debería ser usada como argumento a favor de este pretendido derecho, sino que simplemente supone una forma de proteger la seguridad del tráfico jurídico⁷⁵.

Por otro lado, en nuestra legislación podemos encontrar algunos argumentos en contra, que, sin ánimo de exhaustividad, trataremos de reflejar a continuación. En primer lugar, como expone de Salas Murillo, el hecho de que el sistema de la reforma contemple la posibilidad de que la autoridad judicial adopte las denominadas “instituciones legales de apoyo” en defecto o insuficiencia de medidas voluntarias (art. 255 CC *in fine*) nos lleva a pensar que la persona con discapacidad no puede rechazar ser asistida⁷⁶.

Otro de los argumentos lo plantea la misma GARCÍA RUBIO cuando reconoce que el procedimiento de provisión de apoyos llevado a cabo mediante un expediente de jurisdicción voluntaria contempla que se presente oposición, en cuyo caso pasará a ser un procedimiento contencioso⁷⁷. Nada parece impedir que sea el propio interesado el que se oponga y que, aun así, se acaben estableciendo judicialmente las medidas de apoyo necesarias. De este modo, se establece la posibilidad de imponer a la persona con discapacidad el establecimiento de un apoyo al que expresamente se ha opuesto.

74 GARCÍA RUBIO, M. P.: “Contenido y significado”, cit., p. 5.

75 Al respecto, GÓMEZ CALLE realiza un interesante análisis de las numerosas cuestiones que plantea la nueva regulación de la anulabilidad de los contratos celebrados por personas con discapacidad. Defiende que los dos supuestos contemplados en el art. 1302 CC poseen una entidad propia (por un lado, que el cocontratante conozca la existencia de una figura de apoyo de la que se está prescindiendo a la hora de celebrar el contrato y; por otro lado, que el cocontratante se aproveche de la situación de discapacidad para obtener una ventaja injusta), lo que implica que uno de los objetivos de este artículo es precisamente evitar que quien vaya a contratar con personas con discapacidad que cuentan con medidas de apoyo, “no actúe como si estas medidas no existieran y trate al menos de que ese apoyo se preste”. GÓMEZ CALLE, E.: “En torno a la anulabilidad de los contratos de las personas con discapacidad”, entrada de blog de 3 de diciembre de 2021 en *Almacén de Derecho*, disponible en: <https://almacenederecho.org/en-torno-a-la-anulabilidad-de-los-contratos-de-las-personas-con-discapacidad> (fecha de consulta: 25/05/2022).

76 DE SALAS MURILLO, S.: “¿Existe un derecho”, cit., p. 13.

77 GARCÍA RUBIO, M. P.: “Contenido y significado”, cit., p. 5.

Por último, consideramos que el art. 253 CC nos brinda otro argumento en contra del supuesto derecho a rechazar la asistencia, al establecer que, cuando una persona se encuentre en una situación que exija apoyo y carezca de este (nada se dice sobre la posibilidad de que no cuente con él, precisamente porque no lo ha querido), la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función será la encargada de asistirlo. Ello demuestra que, ante la existencia de una situación de necesidad de apoyo, es imperativo que la persona con discapacidad cuente con él y que, en caso contrario, la ley le impone una asistencia temporal que llevará a cabo la entidad pública correspondiente.

En definitiva, consideramos que del articulado de la reforma se desprenden más argumentos en contra que a favor de la posibilidad de rechazar el apoyo, aunque esta conclusión pueda entrar en contradicción con la máxima relevancia que se otorga a la voluntad, deseos y preferencias de la persona en la Exposición de Motivos⁷⁸.

78 En esta misma línea se ha manifestado el Tribunal Supremo en su STS 589/2021, de 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021\4002). En ella, nos encontramos con un sujeto que sufre Síndrome de Diógenes, un trastorno del comportamiento que se caracteriza por el total abandono personal y social, así como por la acumulación en el hogar de grandes cantidades de basura. En los antecedentes de esta resolución podemos ver cómo, tras la exploración forense, se determinó que esta persona se mostraba precisa y coherente en su razonamiento, que el trastorno padecido no había generado situaciones de urgencia que hubieran supuesto riesgos efectivos e inmediatos para el propio demandado o para terceros y que se negaba a recibir ningún tipo de asistencia. Con todo, el Tribunal Supremo considera necesario el establecimiento de un curador que autorice, con la periodicidad que considere necesaria, la limpieza del domicilio, entendiéndose que “no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal”.

Al respecto, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO apoya la interpretación que realiza el Tribunal Supremo, considerando que “en muchas ocasiones la medida de protección tendrá que adoptarse contra la voluntad de la persona discapacitada a la que se quiera proteger, o incluso prescindiendo totalmente de ella por no ser posible conocerla o conocerla con certeza, o en las condiciones adecuadas, anteponiendo siempre a todo lo demás el propósito de protección que se pretende” (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentario a la STS 589/2021 de 8 de septiembre. Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 118, 2022, p. 326).

En contra de los argumentos esgrimidos por esta resolución, se han manifestado García Rubio y Torres Costas, que consideran que la sentencia priva a la persona con discapacidad de su derecho a rechazar el apoyo. Entre otras interesantes consideraciones, las autoras defienden que la sentencia da por supuesto que el síndrome padecido es el que ha llevado a este sujeto a su degradación personal, “sin hacer siquiera el mínimo esfuerzo en averiguar si pudiera existir en cada caso otra causa o si, en realidad, la degradación de la persona ya existía antes de que el trastorno psíquico hubiese aparecido y simplemente se corresponde con su forma de vida (GARCÍA RUBIO, M. P. y TORRES COSTAS M. E.: “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Anuario de Derecho Civil*, 2022, fascículo I, pp. 313-314). En opinión de estas autoras, el Tribunal Supremo no solo no ha llevado los postulados de la nueva regulación hasta sus últimas consecuencias, sino que incluso en algunos puntos se aparta tanto de los principios que se desprenden de la reforma “como de las reglas que actúan como paradigma de tales principios” (GARCÍA RUBIO, M. P. y TORRES COSTAS M. E.: “Primeros pronunciamientos”, cit., p. 330).

A nuestro juicio, a pesar de que el pronunciamiento pueda parecernos conveniente (en el sentido de que protege adecuadamente a la persona con discapacidad y evita que se siga produciendo esa degradación personal a la que anteriormente se ha hecho referencia), no parece que se adecúe a los principios que se desprenden de la reforma, en la que la voluntad del interesado es el criterio más importante a tener en cuenta (por encima del mejor interés o la protección de la persona, aspectos que consideramos que han tenido mayor relevancia en esta sentencia).

IV. CONCLUSIONES.

La Ley 8/2021 da un importante paso hacia el respeto de los derechos de las personas con discapacidad, otorgando valor a su voluntad, deseos y preferencias. No obstante, la relevancia que se concede a este criterio, por encima de cualesquiera otras consideraciones, puede llevarnos a desproteger uno de los colectivos más vulnerables de nuestra sociedad.

Siguiendo a la Convención, la reforma consagra la univocidad del concepto “capacidad jurídica”, que incluye tanto la titularidad de los derechos como la facultad de ejercitarlos, afirmando que todas las personas tienen igual capacidad jurídica en todas las situaciones de la vida. Sin embargo, observamos ciertas incongruencias en este planteamiento, pues, si se sostiene que la capacidad jurídica es igual, inamovible e ilimitable para todos los sujetos, no habría justificación para el establecimiento de unas medidas de apoyo cuyo objetivo es, precisamente, asistir a las personas que lo necesiten en el ejercicio de su capacidad jurídica. A nuestro juicio, ello muestra que, si existen sujetos que requieren de estos apoyos, es porque existe algún obstáculo en su capacidad natural por más que la Convención o la reforma traten de negarlo.

En este mismo sentido, consideramos que la eliminación de todo tipo de paternalismo no es ni posible ni aconsejable, y una muestra de ello es que la reforma no ha conseguido evitar el establecimiento de normas que ostenten este carácter⁷⁹. Todas estas normas no solo tienen un marcado carácter paternalista, sino que, en el fondo, apelan al proscrito “mejor interés” de la persona con discapacidad, pues limitan su voluntad en pos de evitar situaciones que puedan considerarse desfavorables para ella. Al respecto, quizá habría sido más coherente entender, como hace algún autor, que la Convención no prohíbe la discriminación positiva, lo que posibilitaría la implantación de medidas que fomentaran la protección de las personas con discapacidad. Ello permitiría salvar algunas de las incongruencias presentes en el texto de la reforma⁸⁰.

79 Entre otras, podemos destacar las reglas imperativas para el nombramiento del curador, la imposibilidad de que las medidas de apoyo sean ejercitadas por personas que tengan una relación contractual con el sujeto necesitado de ellas, o las relativas a la asistencia temporal por una entidad pública cuando se carezca de apoyo.

80 PANTALEÓN PRIETO, F.: “¿Otra vez la consumación? *Perseverare diabolicum* (I)”, entrada de blog de 7 de abril de 2021 en *Almacén de Derecho*, disponible en: <https://almacenederecho.org/otra-vez-la-consumacion-perseverare-diabolicum-i> (fecha de consulta: 25/05/2022).

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY, M.:

- *El paternalismo jurídico*, Iustel, Madrid, 2006.
- "Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General n.º 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018.
- "Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad", en AA.VV., *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política* (dir. por P. A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021.

ÁLVAREZ LATA, N.: "Comentario a los artículos 286-306", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, (dir. por R. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO), 4ª ed. Aranzadi, Navarra, 2013.

ARNAU MOYA, F.: "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022.

ATIENZA, M.: "Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad", *Revista Ius et Veritas*, núm. 53, 2016.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario a la STS 589/2021 de 8 de septiembre. Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 118, 2022.

CUADRADO PÉREZ, C.: "Modernas perspectivas en torno a la discapacidad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 2020.

CUENCA GÓMEZ, P.: "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.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: "Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa", en AA.VV.: *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, (dir. por E. MUÑIZ ESPADA), Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

DE SALAS MURILLO, S.: "¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, 2020.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 10021, 2022.

DIETERLEN, P.: "La filosofía política de Robert Nozick", *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, vol. 37, núm. 150, 1992.

DWORKIN, G.: "Paternalism", *The Monist*, vol. 56, issue 1, 1972.

DWORKIN, G.: *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y proceso de incapacitación", *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 83-84, 2011.

GARCÍA RUBIO, M. P.:

- "Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018.
- "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", Editorial Jurídica Sepin, SP/DOCT/114070, 2021.

GARCÍA RUBIO, M. P. y TORRES COSTAS M. E.: "Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Anuario de Derecho Civil*, fascículo I, 2022.

GARZÓN VALDÉS, E.: ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988.

GÓMEZ CALLE, E.: "En torno a la anulabilidad de los contratos de las personas con discapacidad", entrada de blog de 3 de diciembre de 2021 en *Almacén de Derecho*, disponible en: <https://almacenederecho.org/en-torno-a-la-anulabilidad-de-los-contratos-de-las-personas-con-discapacidad>.

LOCKE, J.: *Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, (trad. por P. LÓPEZ ÁLVAREZ), Biblioteca Nueva, Madrid, 1999 (1º ed. 1689).

LOPEZ BARBA, E.: *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Dykinson, Madrid, 2020.

MARTIN, W., MICHALOWSKI, S., STAVERT, J., WARD, A., RUCK KEENE, A., HEMPSEY, A., CAUGHEY, C., MCGREGOR, R.: "The Essex Autonomy Project Three Jurisdictions Report: Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK", 2016.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L.: "A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 42, 2020.

MILL, J. S.: *Sobre la libertad*, Ediciones Akal, Madrid, 2017.

MUNAR BERNAT, P. A.: "La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018.

NOZICK, R.: *Anarquía, Estado y utopía*, INNISFREE, 2014 (1º ed. 1974).

PALACIOS, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Madrid, 2008.

PANTALEÓN PRIETO, F.: "¿Otra vez la consumación? *Perseverare diabolicum* (I)", entrada de blog de 7 de abril de 2021 en *Almacén de Derecho*, disponible en: <https://almacenederecho.org/otra-vez-la-consumacion-perseverare-diabolicum-i>.
PARRA LUCÁN, M. Á.: "Hacia una reforma del régimen de la discapacidad: la doctrina del Tribunal Supremo y la Convención de Nueva York", en AA.VV.: *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (coord. por M.C. GETE-ALONSO Y CALERA) Marcial Pons, Barcelona, 2020.

PAU, A.: "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018.

PEREÑA VICENTE, M.:

- "El régimen de los poderes preventivos en la Reforma del Código Civil", en AA.VV., *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política* (dir. por P.A. MUNAR BERNAT) Marcial Pons, Madrid, 2021.
- "La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley", *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: “La responsabilidad civil de las personas mayores”, en AA.VV, *El derecho de las sociedades envejecidas* (dir. por B. GREGORACI FERNÁNDEZ y F. VELASCO CABALLERO), AFDUAM, núm. 25, UAM-BOE, 2021.

SAMOUR, H.: “Aspectos ideológicos del paradigma neoliberal”, *Realidad: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, núm. 66, 1998.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: “Aspectos generales de la reforma del Código civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022.

SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I.: “Reflexión acerca de una posible compatibilidad entre los mecanismos sustitutivos de la capacidad de obrar y el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en AA.VV.: *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos* (coord. por E. ALICÁIN MARTÍNEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

SANDEL, M. J.: *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, Debolsillo, Barcelona, 2021 (1º ed. 2011).

SERRANO GARCÍA, I.: “¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones? Bettencout, Sordi, di Stéfano”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751, 2015.

TORRES COSTAS, M. E.: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

