

La cultura de les minories en el procés judicial

•

La reforma del contracte fix discontinu

•

Qüestions actuals de dret civil

*(dret de família, successions, persones
amb discapacitat, dret interregional)*

Los derechos de las personas con discapacidad en el Derecho Civil del siglo XXI*

Pedro A. Munar Bernat

Catedrático de Derecho Civil
Universitat de les Illes Balears

RESUMEN

Este artículo explica las nuevas líneas básicas de la contemplación que hace el Derecho Civil del s. XXI de las personas con discapacidad a partir de la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Con este fin, analiza algunos de los principales aspectos de la Ley 8/2021 mediante la que el ordenamiento jurídico español pretende adecuarse a los principios de la Convención.

Palabras clave: discapacidad, Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ley 8/2021, capacidad jurídica, voluntad, deseos y preferencias, autotutela.

RESUM

Aquest article explica les noves línies bàsiques de la contemplació que fa el dret civil del s. XXI de les persones amb discapacitat a partir de la Convenció internacional sobre els drets de les persones amb discapacitat. A aquest efecte, analitza alguns dels principals aspectes de la Llei 8/2021 mitjançant la qual l'ordenament jurídic espanyol pretén adequar-se als principis de la Convenció.

Paraules clau: discapacitat, Convenció internacional sobre els drets de les persones amb discapacitat, Llei 8/2021, capacitat jurídica, voluntat, desitjos i preferències, autotutela.

ABSTRACT

This article explains the new basic lines of the contemplation of the civil law of the 21st century concerning persons with disabilities based on the International Convention on the Rights

* Artículo sometido a evaluación ciega: 20.05.2022. Aceptación final: 07.06.2022.

of Persons with Disabilities. To this end, it analyses some of the main aspects of Law 8/2021 by means of which the Spanish legal system aims to adapt to the principles of the Convention.

Key words: disability, International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Law 8/2021, legal capacity, will, wishes and preferences, self-cure.

SUMARIO

I. Premisa. II. Algunos aspectos de la nueva regulación de la Ley 8/2021, de 2 de junio. 1. No se da un concepto de discapacidad. 2. Desaparece la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad. 3. Los deseos y preferencia de la persona con discapacidad como criterio preferente. 4. La desaparición de la figura de la tutela. 5. Reconocimiento de un ámbito, lo más amplio posible, a la autorregulación de la discapacidad. **III. Bibliografía.**

I. Premisa

Mi maestro, el Dr. Miguel Coca, me ha invitado a participar en este número que la *Revista Jurídica de les Illes Balears* dedica a algunos temas relevantes del Derecho Civil que son una novedad o en los que se ha producido alguna modificación sustancial en los últimos años.

El tema que me ocupa es el de las personas con discapacidad y su tratamiento en el Derecho Civil del s. XXI. Sin duda la elección dentro de esta sección monográfica resulta justificada si se tiene en cuenta que el 13 de diciembre de 2006 se aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), que ha supuesto un cambio de paradigma en el tratamiento de la cuestión, partiendo de la base que, como señala en su Preámbulo, «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la aptitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás».

A lo largo de la Historia y hasta tiempos muy recientes, la situación de las personas con alteraciones intelectuales era contemplada por el Derecho como un problema que afectaba a la sociedad y que había que resolver drásticamente:

sacándolas fuera de ella, y para ello se planteaba su incapacitación, acto judicial por el que una persona física era declarada incapaz, no capaz o carente de la plena capacidad de obrar. La perspectiva que adoptaban los ordenamientos jurídicos era lo que se ha venido en conocer como el modelo médico o rehabilitador.

La CDPD opta por el modelo integrador o social,¹ que promueve y protege los derechos de las personas con discapacidad en todos los órdenes, fomentando su participación e integración social en igualdad de condiciones con los demás, plena accesibilidad y no discriminación, reconociendo paralelamente la importancia que para dichas personas reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.

Esto significa que no se trata ya de que los sistemas jurídicos establezcan mecanismos para su protección y tutela en razón de su condición de personas con discapacidad, sino que, como para cualquier otro titular de derechos, se parta también para ellas de principios básicos, como el respeto a la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual —incluida la libertad para tomar las propias decisiones—, la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana.

Su artículo 1, en el párrafo 2.º, describe a las personas con discapacidad como «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo

¹ «Este modelo entiende que la discapacidad está originada no tanto por las limitaciones personales ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia —como sostiene el modelo médico— sino por las limitaciones de una sociedad que no tiene presente en su diseño la situación de las personas con discapacidad generando barreras que las excluyen y discriminan. De este modo, no son las personas con discapacidad las que tienen que adaptarse y rehabilitarse para poder participar plenamente en la vida social, sino que es la sociedad la que debe re-diseñarse para garantizar su inclusión en igualdad de condiciones», en PALACIOS RIZZO, A. *El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Colección CERMI. Madrid: CINCA, 2008. Lo explica CUENCA GÓMEZ, P. «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española». *REDUR*, núm. 10 (2012), p. 71.

plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Sin duda, uno de los preceptos claves de la Convención por lo que al Derecho Civil se refiere es su artículo 12 que, bajo la rúbrica «Igual reconocimiento como persona ante la ley», establece:

- «1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».

La CDPD fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y, a partir de ese momento, se fueron adoptando decisiones en aras a la adecuación de nuestro ordenamiento a sus postulados:

- El Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010 aprobó un informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación

española a la Convención, encomendando a distintos Ministerios el impulso de las reformas que fueran pertinentes en el ámbito de sus competencias.

- El primer fruto de esa labor fue la Ley 26/2011, de 1 de agosto, que modificó diversos cuerpos legales. Haciendo referencia a los que tienen algún contenido propio de Derecho Civil, hay que señalar la Ley sobre extracción y trasplante de órganos, la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, la Ley de Contrato de Seguro o la Ley sobre Propiedad Horizontal.
- Ese mismo año 2011, el Comité de los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas mostró su preocupación por el retraso en aplicar una nueva legislación que regule el alcance e interpretación del artículo 12 y recomendó que España revisara las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomara medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona.
- En diciembre de 2012 se aprobó una proposición no de ley que instaba al Gobierno a presentar en el plazo de 3 meses un proyecto de ley para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida.
- La Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que reforma el artículo 56.2 del Código Civil y el artículo 58.5 de la Ley del Registro Civil para resolver los problemas interpretativos que habían surgido con la redacción dada a ese precepto en la Ley de 2015: «Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código.

El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda

impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

- La Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de modificación del artículo 3.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad: «Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera».
- Hay que recordar, además, que actualmente existe una propuesta de modificación del artículo 49 CE, publicada en el BOCG de 21 de mayo de 2021:
 - «1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.
 2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.
 3. Se regulará la especial protección de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.
 4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos».

En ese marco, el Ministerio de Justicia encargó el 5 de noviembre de 2015 a la Sección Primera de la Comisión General de Codificación la elaboración de una propuesta para la reforma del Código Civil y la LEC en materia de discapacidad, que fue presentada a la consideración del Ministro de Justicia el 20 de febrero de 2018 y que, con algunas modificaciones aunque no de gran calado, se ha convertido en 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 el momento de afrontar la tarea encomendada se partió de un borrador inicial elaborado en su día y del documento aportado por el Presidente donde se recogían

«Los principios que han de presidir la reforma del CC en materia de discapacidad», y que tenía en cuenta:

- «La propuesta de esquema básico del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) para instaurar un nuevo procedimiento de provisión de apoyos para la toma de decisiones de acuerdo con la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», cuyo presidente, Luis Cayo Pérez Bueno, compareció en una sesión plenaria de la Comisión.
- «La propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención» de la Comisión de Legislación del Real Patronato sobre Discapacidad.
- Las «Notas a la reforma legislativa pendiente en la implementación de la CDPD a nuestro Derecho interno» de D. Carlos Ganzenmüller Roig, Fiscal del Tribunal Supremo, quien también compareció en una sesión plenaria de la Comisión.
- Además, cobró una especial relevancia a la hora de decidir sobre algunas cuestiones en que existía controversia la Observación general núm. 1 (2014), de 19 de mayo de 2014, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que tiene por objeto el análisis del artículo 12 antes transcrito.

Hay que subrayar la importancia que ha tenido el apoyo del CERMI al texto preparado por la Comisión de Codificación, y que ha trabajado intensamente con los distintos grupos parlamentarios para conseguir su apoyo, cosa que se ha obtenido, puesto que el texto definitivo fue aprobado por una inmensa mayoría del Congreso, contando solo con la abstención del grupo parlamentario de Vox.

Creo que se puede afirmar que se trata de la reforma del Código Civil más intensa de la historia, desde el punto de vista humano. Como dijo el Presidente de la Comisión de Codificación cuando recibió el Premio del Foro Justicia y Discapacidad del CGPJ, en 2019: «En la elaboración de esta propuesta se ha producido una situación curiosa: normalmente el derecho pretende mejorar la sociedad mediante la introducción de valores en las normas, en este supuesto ha sido la realidad la que ha transmitido valores al legislador, porque la realidad de la discapacidad es más valiosa que la realidad del derecho que la regula. Las personas con discapacidad tienen unos valores que hasta ahora el Derecho limita o coarta con la incapacitación».

II. Algunos aspectos de la nueva regulación de la Ley 8/2021, de 2 de junio

Tomando en consideración el principio inspirador de esta aportación, que pretende subrayar los grandes cambios operados en la contemplación de la discapacidad en este siglo, me detendré en algunas de las modificaciones fundamentales que comporta la reforma del Código Civil español.

La reforma nace con la esperanza de que el Derecho Civil sea consciente de que las personas con discapacidad son sujetos directos (activos y pasivos) de todas las normas e instituciones que lo componen y que, para ello, les dota de los apoyos y recursos necesarios que les permitan acceder y participar de forma real y efectiva en la vida jurídica.²

1. No se da un concepto de discapacidad

Como he señalado al comienzo, el concepto de discapacidad está en permanente evolución y se manejan un número tan variado de definiciones que la realidad acredita que, por ejemplo, países como los escandinavos presenten un porcentaje de un 20 % de su población de personas con discapacidad, mientras que en otros países como México solo un 2 % de personas tienen esa consideración.³

Ahora bien, la reforma operada en el ordenamiento merced a la Ley 8/2021 está dirigida a las personas que se pueden ver necesitadas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Dentro de este colectivo se pueden incluir:⁴

- Las personas que al final de la vida sufren un deterioro progresivo que les lleva a esa situación.
- Las personas afectadas por una patología, muchas veces congénita, que cursa con discapacidad intelectual, que tiene un diagnóstico claro y de la que se conoce el pronóstico.

² ALCAÍN MARTÍNEZ, E. «Hacia la actualización del Derecho Civil conforme a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Apuntes para su reforma». COBACHO GÓMEZ, J. A.; LEGAZ CERVANTES, F. (dir.); ANDREU MARTÍNEZ, M.^a B.; LECIÑEÑA IBARRA, A. (coord.). *Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en España*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters, 2018, p. 174.

³ GARCÍA RUBIO, M.^a P. «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad». *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 136 (2021), p. 48.

⁴ CUSI, V. «La familia». *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas. Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, núm. 39 (2016), pp. 108 y 109.

- Las personas que en los primeros años de su vida han presentado un desarrollo físico y funciones cognitivas totalmente normales y que, a partir de un episodio accidental que les produzca un daño cerebral, o quizás sin causa aparente, lenta pero progresivamente se pone de manifiesto un deterioro de su capacidad de asumir responsabilidades en asuntos propios o ajenos.

Ello no impide que ciertas reglas concretas se dirijan también a otros tipos de discapacidad física o sensorial, como sucede con algunos artículos en sede de testamentos (arts. 708 o 709 CC) o con la Disposición Adicional Cuarta del CC, según redacción dada por el artículo 2, punto sesenta y siete, de la Ley 8/2021.⁵

2. Desaparece la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad

Ya desde la aprobación de la CDPD⁶ se ha venido discutiendo sobre el sentido y alcance de su artículo 12, existiendo dos tesis enfrentadas.⁷

Al margen de ese debate, lo que sí puede afirmarse sin ninguna duda es que la Ley 8/2021 opta por entender que la noción de capacidad jurídica abarca tanto la

⁵ GARCÍA RUBIO, M.^a P. «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal...», cit., p. 49.

⁶ Resultan de mayor interés las consideraciones relativas al iter formativo de la Convención, sus principios y contenido de: GARCÍA PONS, A. *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Ed. Ramón Areces, 2008; PALACIOS RIZZO, A. *El modelo social de la discapacidad...*, op. cit.; CUENCA GÓMEZ, P. «El sistema de apoyo en la toma de decisiones...», cit., y TORRES COSTA, E. *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Editorial Boletín Oficial del Estado, 2020.

⁷ ALEMANY, M. «Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad» y 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», son dos de los principales referentes de cada una de las líneas de pensamiento, y ofrecen sus puntos de vista en MUNAR BERNAT, P. A. (dir.). *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*. Madrid: Marcial Pons, 2021, pp. 21-45 y 47-75, respectivamente.

titularidad de los derechos, como la legitimación para ejercitarlos, tal como se señala en la Exposición de Motivos).⁸

Es decir, que a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 resulta fuera de lugar cualquier declaración judicial de modificación de la capacidad, si bien, como ha señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 589/2021, de 8 de septiembre, primera donde aplica la Ley: «[c]uestión distinta es que la provisión de apoyos, en cuanto que debe tener en cuenta la necesidad de la persona con discapacidad y acomodarse a ella, entrañe necesariamente un juicio o valoración de los efectos de la discapacidad en el ejercicio de sus derechos y, en general, de su capacidad jurídica».⁹

3. Los deseos y preferencia de la persona con discapacidad como criterio preferente

Es un lugar común afirmar que la toma en consideración de los deseos y preferencias de la persona con discapacidad ha sido uno de los principales logros de la CPCD y, siguiendo su estela, es una de las principales novedades que presenta la reforma, como ya he tenido ocasión de poner de relieve.¹⁰

La nueva regulación de la asistencia a la discapacidad tiene como principal finalidad adecuar con la mayor precisión esa asistencia o apoyo a las necesidades de la persona con discapacidad, de manera que exista una correlación lo más exacta posible:

- entre protección y necesidad de protección,
- entre ayuda y necesidad de ayuda, y

⁸ «[...] el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones».

⁹ ECLI:ES:TS:2021:3276.

¹⁰ 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 (julio-septiembre 2018) [monográfico dedicado al Anteproyecto] (2018), pp. 168 y 169.

- entre grado de discapacidad y grado de asistencia, y con ello se respeten, al máximo posible, la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

Es decir, la protección o el apoyo no se han de ejercitar de un modo objetivo —«en interés de las personas con discapacidad»—, sino de un modo subjetivo —«atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona».

Este es un punto de gran relevancia, en torno al cual gira el cambio profundo que se lleva a cabo en materia de discapacidad: el «interés de la persona con discapacidad» hay que situarlo detrás de «la voluntad, deseos y preferencias de la persona». El «interés de la persona con discapacidad» no aparece nombrado en ningún momento a lo largo de la Ley, a diferencia del concepto de «interés del menor», que aparece nueve veces citado en el Código Civil.

Y, es más, cuando esas «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad no están plenamente formadas, es necesario contribuir a esa formación. Hay que procurar que la persona con discapacidad tenga, efectivamente, una determinada «voluntad, deseos y preferencias». Por eso dice el artículo 249, párrafo 2.º, que «[l]as personas que presten apoyo [...] procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias».

Y más aún, cuando la persona con discapacidad tenga menoscabadas sus facultades intelectuales en tal grado que requiera un curador representativo, este «deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación» (art. 249, párrafo 3.º, CC). Me parece muy acertada la idea de que «la filosofía que debe inspirar la organización y el sistema de trabajo no ha de basarse en “hacer para o por otro”, sino en “hacer como el otro (la persona necesitada de apoyos) hubiera actuado de mantener intactas sus capacidades”».¹¹

Desde este punto de vista, creo del mayor interés hacer una referencia a un párrafo de la EM de la Ley 8/2021, que se incorporó en la fase final de elaboración del

¹¹ RUEDA ESTRADA, J. D.; ZURRO MUÑOZ, J. J.; FERNÁNDEZ SANCHIDRIÁN, J. C. «El modelo de apoyo a las personas con capacidades modificadas judicialmente según Naciones Unidas». *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 21 (2014), p. 111.

Anteproyecto: «El valor del cuidado, en alza en las sociedades democráticas actuales, tiene particular aplicación en el ejercicio de la curatela. Todas las personas, y en especial las personas con discapacidad, requieren ser tratadas por las demás personas y por los poderes públicos con cuidado, es decir, con la atención que requiera su situación concreta».¹² Precisamente, la atención que requiera su situación concreta es la que puede exigir que quien preste el apoyo actúe orientado por el que él entiende que es el interés de esa concreta persona con discapacidad de quien no es posible, ni lo ha sido antes, descubrir su voluntad o sus deseos.¹³

Seguramente esta es la justificación última del pronunciamiento de la primera Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de septiembre de 2021, que ha aplicado la nueva Ley.¹⁴ Se trata de una persona con síndrome de Diógenes, patología que condiciona el cuidado de su salud y su higiene, así como la higiene del inmueble en el que habita, que se opone de forma clara y terminante a la adopción de medidas de

¹² Explica PAU, A. «El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad». *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1 (enero-marzo 2020), p. 22, nota 50, que la inspiración fundamental del mismo ha sido Victoria Camps.

¹³ GARCÍA RUBIO, M.^a P. «Notas sobre el propósito y el significado del anteproyecto 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», en GETE-ALONSO Y CALERA, C. (coord.). *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2020, parece aceptar esa posibilidad.

¹⁴ Ha sido ya objeto de varios comentarios: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Comentario a la STS 589/2021, de 8 de septiembre (RJ 2021, 4002). 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); DE VERDA Y BEAMONDE, J. R. «Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad». *Diario La Ley*, núm. 10021, Sección Dossier (3 de marzo de 2022); LÓPEZ SUÁREZ, C. «Personas con discapacidad. Algunas reflexiones al hilo de la STS de 8 de septiembre de 2021». *Diario La Ley*, núm. 10014, Sección Tribuna (21 de febrero de 2022); SEGARRA CRESPO, M.^a J.; ALÍA ROBLES, A. «Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela, a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala 1.^a TS de 8 de septiembre de 2021». *Actualidad Civil*, núm. 10 (2021), y SERRANO CHAMORRO, M.^a E. «Consideraciones sobre la capacidad jurídica versus capacidad de ejercicio tras los nuevos cambios legislativos: criterios jurisprudenciales». *Actualidad Civil*, núm. 2 (febrero 2022).

apoyo. En efecto, se ve en la necesidad de interpretar el sentido de la expresión «atender en todo caso la voluntad, deseos y preferencias», explicando que, si bien ordinariamente atender el querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a ello, en algún caso puede que no sea así si existe causa que lo justifique. Explica el Tribunal que la voluntad contraria del interesado a recibir el apoyo es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de la enfermedad. No puede ser más contundente el Tribunal cuando afirma: «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 personal 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 psicológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal».

4. La desaparición de la figura de la tutela

Una de las reformas más relevantes que plantea es la desaparición de la figura de la tutela en el ámbito de la discapacidad.¹⁵ Ya expliqué en su momento la justificación de esta opción.¹⁶

Algunos la han cuestionado al considerar que, en aquellos casos de personas que sufren una afectación severa que les priva de cualquier capacidad para manifestar su voluntad o sus deseos,¹⁷ se precisa una institución que permitiera la

¹⁵ Lo explica PAU, A. «El principio de igualdad y el principio de cuidado...», cit., p. 20: «Y se ha dejado fuera del ámbito de la discapacidad la figura del tutor, que es siempre una persona que actúa por sí misma, representando a otra, y además actuando en interés de ella, como si ella misma no pudiera, en la inmensa mayoría de los casos, expresar sus propios intereses».

¹⁶ 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 (julio-septiembre 2018) [monográfico dedicado al Anteproyecto].

¹⁷ Se piensa en personas con discapacidad en grado extremo, «grandes discapacitados», cuyo número, lejos de reducirse, va en aumento en la sociedad actual. DÍAZ ALABART, S. «Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar: el derecho a su libertad personal». PEREÑA VICENTE, M. (dir.). *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Dykinson, 2019, pp. 167 y 168.

sustitución en la toma de decisiones, es decir, se propone el mantenimiento de la tutela para estos casos.¹⁸

En los últimos tiempos he tenido ocasión de intervenir en diferentes foros para presentar la reforma en que participaban también familiares de personas con discapacidad, siendo estas en muchas ocasiones personas que no gozan ni lo han hecho nunca de capacidad natural para entender y querer. Es cierto que con frecuencia manifiestan su temor ante el hecho de que la reforma pueda comportar una menor protección para su familiar, al desaparecer la incapacitación.¹⁹ El mensaje que siempre he intentado transmitir es que la eliminación de la tutela no implica dejar menos amparada o protegida a la persona con discapacidad, puesto que la curatela con facultades representativas que plantea la reforma da respuesta a aquellas situaciones.²⁰ Naturalmente que antes de adoptar esa medida de apoyo el juez deberá

¹⁸ Esta es la opción escogida por la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, secundada por DÍAZ ALABART, S. «Actuación de las personas con discapacidad...», cit., p. 168; CUADRADO PÉREZ, C. «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777 (2020), pp. 34 y ss., y SÁNCHEZ GÓMEZ, A. «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad: reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018 por la que se reforma la legislación civil y procesal en esta materia». *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre 2020).

¹⁹ La preocupación de esos familiares queda patente en la opinión de una madre: «Creo que en los casos en que las deficiencias de una persona ponen en peligro su posibilidad de vivir una vida digna, para protegerla no solo está justificado, sino que es imprescindible limitar su autonomía en algunos campos y en la mayoría de estos casos esto pasa por una incapacitación. De lo contrario, y como ejemplo, puede haber una dilapidación del patrimonio que pueda ayudarlo a llevar esa vida digna que todos deseamos o caer en manos de personas que quieran utilizarlo en beneficio propio. Estoy convencida que al expresar esta opinión expreso también la de la inmensa mayoría de familias que viven una situación similar». CUSI, V. «La familia», cit., p. 114.

²⁰ RIBOT IGUALADA, J. «La nueva curatela: diferencia con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento». DE SALAS MURILLO, S.; MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (dir.). *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones en materia de discapacidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 247, sugiere que esa curatela representativa no solo se establecerá para los casos de coma o discapacidad cognitiva muy grave, sino que «puede suponerse que —en un entorno muy marcado por una visión médico-legal de la discapacidad psíquica o intelectual— podrían incluirse muchos otros

realizar una evaluación de la capacidad real de la persona,²¹ pero no alcanzo a comprender cuál es el problema que ello plantea, puesto que hemos de partir de la premisa, como ya desde la Sentencia de 29 de abril de 2009 ha venido insistiendo el Tribunal Supremo, que la sentencia que establezca esa medida de apoyo deberá ajustarse como un traje a medida a las circunstancias concretas de la persona precisada de apoyo.

Puedo compartir la idea de que el cambio de la tutela por la curatela representativa de ámbito general, a primera vista, puede parecer más terminológico que sustancial,²² si pensamos únicamente en el contenido de las herramientas que se ponen en manos del curador, pero no se puede aceptar si comprendemos que el mensaje que se quiere transmitir es que el punto crucial es que la persona, con independencia de sus necesidades, siempre se encuentra en el centro y participa siempre hasta el límite de sus posibilidades en la toma de decisiones que le afecten, mientras que para los defensores de la tutela el punto de partida es la propia incapacidad de la persona para expresar o manifestar cualquier tipo de decisión y, por ello, deben ser otros quienes deciden por ellos.²³

5. Reconocimiento de un ámbito, lo más amplio posible, a la autorregulación de la discapacidad

Cuando en páginas anteriores referíamos los tres grandes grupos de personas que podríamos encuadrar dentro de la noción de discapacidad a los efectos de la reforma

casos menos graves. Al menos en los primeros años de aplicación de la nueva legislación, es posible que una interpretación amplia de la excepcionalidad que predica el texto del Anteproyecto de ley sea la tónica general».

²¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote». DE SALAS MURILLO, S.; MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (dir.). *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 265.

²² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote». DE SALAS MURILLO, S.; MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (dir.). *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 14

²³ Así explica TORRES COSTA, E. *La capacidad jurídica...*, *op. cit.*, p. 68, la disyuntiva que se planteó en el proceso de elaboración de la CDPD y que concluyó con la desaparición de cualquier referencia a la tutela.

de 2021, aludíamos a aquellas personas que sufren un trastorno neurodegenerativo, vinculado en un buen número de ocasiones a la edad, o que puede aparecer en etapas más tempranas y que hasta ese momento podían actuar sin necesidad de apoyos. Para este colectivo, la Recomendación CM/Rec (2009)11, de 9 de diciembre de 2009, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios relativos a las autorizaciones permanentes y las directivas anticipadas relacionadas con la incapacidad, recomienda a los gobiernos de los Estados miembros que promueva la autonomía de la voluntad de los adultos a través de instrumentos otorgados en previsión de una eventual futura incapacidad, enfatizando además la exigencia de que tales instrumentos tengan prioridad sobre cualesquiera otras medidas de protección.²⁴

La autorregulación de la discapacidad puede hacerse efectiva a través de tres medios: la escritura de previsión de medidas de apoyo sobre la propia persona o los propios bienes, los poderes preventivos y la autotutela.

El poder preventivo puede configurarse de dos modos diferentes:

- a) El poder de eficacia actual con cláusula de subsistencia para el caso de discapacidad (art. 256).
- b) El poder de eficacia futura para caso de discapacidad (art. 257).

Solo el segundo tiene un momento concreto (futuro e incierto) en que empieza su vigencia, y ese momento no lo determina una declaración oficial (como sucedía con la antigua incapacitación), sino que se estará, para determinar la situación de necesidad de apoyo, a las previsiones del poderdante. Y para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se prevé la posibilidad de que la discapacidad de hecho se constate a través de un acta notarial que incorpore el juicio del notario y un informe pericial (art. 255).

En 2003 se había introducido en el Código Civil la posibilidad de la autotutela, que ahora pasa a convertirse en autotutela y que se regula en los artículos 271 a 274. La reforma ha procurado distinguir terminológicamente la actuación del particular y la actuación del juez. En efecto, así como el particular interesado «podrá proponer» autotutela; el juez « nombra » curador al propuesto, salvo si «si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas

²⁴ GARCÍA RUBIO, M.^a P. «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LVIII (2018), p. 176.

expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones» (art. 272, párrafo 2.º).

Respecto de este principio hay que subrayar otro detalle que resulta importante, que es la preferencia de la autorregulación sobre la regulación normativa, que se pone explícitamente de manifiesto en el primero de los preceptos del título dedicado a la discapacidad (art. 249, párrafo 1.º), cuando señala que «solo [...] en defecto o insuficiencia» de las medidas de apoyo voluntarias procederán las medidas legales o judiciales. Esta preferencia de la autorregulación sobre la heterorregulación se pone también de manifiesto en el caso de que, aun existiendo poder preventivo, este no abarque toda la necesidad de apoyo y el juez nombre un curador; en ese caso, el curador no solo no puede revocar el poder, sino que solo puede solicitar judicialmente su revocación y solo «si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador» (art. 258, párrafo 4.º).

Hasta aquí las ideas que quería plasmar para dar una idea de la «nueva» contemplación que el Derecho Civil propone para las personas con discapacidad para este siglo XXI. No descubro nada si afirmo que esa reforma está generando vivos debates y dificultades para su puesta en marcha, derivadas, entre otros motivos, del cambio de paradigma que la reforma supone y que exige de todos los operadores jurídicos un esfuerzo importante. Como afirma la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, «la reforma normativa impulsada por esta Ley debe ir unida [...] a una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de aquellos profesionales del Derecho —jueces y magistrados, personal al servicio de la Administración de Justicia, notarios, registradores— que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad».

III. Bibliografía

ALCAÍN MARTÍNEZ, E. «Hacia la actualización del Derecho Civil conforme a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Apuntes para su reforma». COBACHO GÓMEZ, J. A.; LEGAZ CERVANTES, F. (dir.); ANDREU MARTÍNEZ, M.^a B.; LECIÑEÑA IBARRA, A. (coord.). *Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en España*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters, 2018, pp. 166-196.

ALEMANY, M. «Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad». MUNAR BERNAT, P. A. (dir.). *Principios y preceptos de la reforma*

legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política. Madrid: Marcial Pons, 2021, pp. 21-46.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Comentario a la STS 589/2021, de 8 de septiembre (RJ 2021, 4002). 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), pp. 315-326.

CUADRADO PÉREZ, C. «Modernas perspectivas en torno a la discapacidad». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777 (2020), pp. 13-90.

CUENCA GÓMEZ, P. «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española». *REDUR*, núm. 10 (2012), pp. 61-94.

- «De objetos a sujetos de derechos. Reflexiones filosóficas sobre el art. 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad». MUNAR BERNAT, P. A. (dir.). *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El derecho en el umbral de la política*. Madrid: Marcial Pons, 2021, pp. 47-77.

CUSI, V. «La familia». *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas. Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, núm. 39 (2016), pp. 108-114.

DE VERDA Y BEAMONDE, J. R. «Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad». *Diario La Ley*, núm. 10021, Sección Dossier (3 de marzo de 2022).

DÍAZ ALABART, S. «Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar: el derecho a su libertad personal». PEREÑA VICENTE, M. (dir.). *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*. Madrid: Dykinson, 2019, pp. 163-197.

GARCÍA PONS, A. *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Ed. Ramón Areces, 2008.

GARCÍA RUBIO, M.^a P. «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LVIII (2018), pp. 143-191.

- «Notas sobre el propósito y el significado del anteproyecto 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». GETE-ALONSO Y

CALERA, C. (coord.). *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2020, pp. 41-63.

- «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad». *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 136 (2021), pp. 45-62.

LÓPEZ SUÁREZ, C. «Personas con discapacidad. Algunas reflexiones al hilo de la STS de 8 de septiembre de 2021». *Diario La Ley*, núm. 10014, Sección Tribuna (21 de febrero de 2022).

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote». DE SALAS MURILLO, S.; MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (dir.). *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 253 y ss.

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 (julio-septiembre 2018) [monográfico dedicado al Anteproyecto], pp. 121-152.

- «Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto. Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad». MUNAR BERNAT, P. A. (dir.). *El derecho en el umbral de la política*. Madrid: Marcial Pons, 2021, pp. 175-193.

PALACIOS RIZZO, A. *El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Colección CERMI. Madrid: CINCA, 2008.

PAU, A. «El principio de igualdad y el principio de cuidado, con especial atención a la discapacidad». *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1 (enero-marzo 2020), pp. 3-29.

PEREÑA VICENTE, M. «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa». *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, (julio-agosto 2016), pp. 3-40.

PÉTIT SÁNCHEZ, M. «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés». *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre 2020), pp. 265-313.

RIBOT IGUALADA, J. «La nueva curatela: diferencia con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento». DE SALAS MURILLO, S.; MAYOR DEL HOYO, M.^a V. (dir.). *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la*

Convención de Naciones en materia de discapacidad. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 215-252.

RUEDA ESTRADA, J. D.; ZURRO MUÑOZ, J. J.; FERNÁNDEZ SANCHIDRIÁN, J. C. «El modelo de apoyo a las personas con capacidades modificadas judicialmente según Naciones Unidas». *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 21 (2014), pp. 81-118.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A. «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad: reflexiones a propósito del anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018 por la que se reforma la legislación civil y procesal en esta materia». *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre 2020), pp. 385-428.

SEGARRA CRESPO, M.^a J.; ALÍA ROBLES, A. «Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela, a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala 1.^a TS de 8 de septiembre de 2021». *Actualidad Civil*, núm. 10 (2021).

SERRANO CHAMORRO, M.^a E. «Consideraciones sobre la capacidad jurídica versus capacidad de ejercicio tras los nuevos cambios legislativos: criterios jurisprudenciales». *Actualidad Civil*, núm. 2 (febrero 2022).

TORRES COSTA, E. *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Editorial Boletín Oficial del Estado, 2020.