

TORRES COSTAS, María Eugenia: *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, 497 pp.

La discapacidad es uno de los temas de actualidad en el ámbito jurídico-civil. La elaboración de un Anteproyecto de Ley en 2018 para adaptar la legislación civil española a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (CDPD) –que no pudo ver la luz por la disolución del Parlamento a comienzos de 2019–, así como la presentación de un nuevo Anteproyecto en esta legislatura evidencian la importancia y actualidad de esta materia; no solo desde el punto de vista teórico o dogmático, sino, sobre todo, para la vida diaria de decenas de miles de personas. Como han puesto de manifiesto las distintas reformas legales llevadas a cabo, una adecuada legislación les permite disfrutar de una vida más acorde a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Pues nada menos que el examen de la capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la CDPD es lo que efectúa la obra que ahora se recensiona.

El libro, de cuidada factura por parte de la editorial del Boletín Oficial del Estado, tiene su origen en la Tesis Doctoral defendida en febrero de 2020 en la Universidad de Santiago de Compostela, bajo la dirección de doña María Paz García Rubio; a la sazón, Vocal de la Sección Primera de la Comisión de Codificación, que fue la que impulsó los Anteproyectos anteriormente mencionados. Así pues, en esta obra se aúna el conocimiento de la materia de la profesora García Rubio con la experiencia práctica de la autora que, según se lee en la obra, ha trabajado durante varias décadas con –y asesorando a– personas con discapacidad.

En lo que hace a las cuestiones formales, la obra está correctamente redactada lo que, si ordinariamente es algo meritorio, de manera especial en este caso por la exhaustiva documentación que contiene. Está dividida en tres partes que responden a una distribución totalmente lógica: la génesis de la Convención y en especial del artículo 12 –capítulo I–; la situación de España respecto de la aplicación de la Convención, así como los avances legislativos producidos para la adaptación del ordenamiento jurídico a ella –capítulo II–; y finalmente, la tarea que resta por hacer para culminar la referida adaptación –capítulo III–.

Por lo que se refiere a la primera parte –dedicada a la génesis de la Convención–, llama la atención que la autora «hace fácil lo difícil». Con ello quiero aludir a que, a pesar de manejar abundante documentación fruto de los distintos períodos de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, las diversas resoluciones emanadas por dicho órgano, las reuniones e informes elaborados por el Grupo de Trabajo o por el Comité Especial, etc., se consigue sintetizar su contenido y llevar al lector de manera ordenada hacia lo fundamental: el *iter* de la Convención, y en especial de su artículo 12. Se advierte que la doctora Torres Costas está perfectamente situada en lo que de entrada se presenta como un *laberinto documental*; y, además, tiene la virtud de transmitirlo de manera clara, trayendo oportunamente a colación los documentos pertinentes, de modo que en ningún momento el lector se «encuentra perdido», pudiendo así llegar al puerto deseado. Tal tarea no resulta fácil, y mucho menos, cuando tras la lectura se comprueba que la autora cubre holgadamente todos los pasos que se han dado para la aprobación de la Convención: desde los impulsos *catalizadores* de México, hasta la propuesta

de Canadá que supuso un punto de inflexión en la concepción del actual artículo 12 CDPD, pasando por el papel de las personas con discapacidad en la elaboración de la Convención (pp. 33 y ss.). Como digo, la exposición de esta primera parte cubre todos los hitos relevantes: los orígenes, la propuesta canadiense, las discrepancias de los distintos Estados –como se adivina, de manera especial, sobre la capacidad jurídica y de obrar y su significado (pp. 46 y ss.)– y las posteriores negociaciones, el informe aportado por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos mostrando una visión general de cómo se entendía, entre otros, el término «capacidad jurídica» en los tratados de derechos humanos y en algunos ordenamientos jurídicos, el texto aprobado y los distintos tipos de reservas efectuados por los Estados firmantes –modelo restringido, moderado y de efectos indirectos (pp. 78-79)–, o, en fin, los criterios interpretativos de la CDPD elaborados por el Comité de seguimiento de la Convención (Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad) tras su entrada en vigor, por medio de Observaciones y Recomendaciones al hilo de los Informes presentados por los diferentes Estados (*cf.* art. 35 CDPD).

En tal sentido, resulta extraordinario que, en lo que podía ser un maremágnum de datos, se lleva con facilidad al lector a los elementos nucleares, que en lo que hace a la Convención, a mi juicio se recogen, en parte, en la página 77: «la CDPD se convirtió así en el primer tratado de Derechos Humanos del siglo XXI de cuya negociación cabe destacar su rapidez (se necesitaron solo cinco años para la negociación y entrada en vigor); la participación de la sociedad civil en su elaboración (fue la primera vez que se permitió la presencia de las organizaciones de personas afectadas por el tratado y de personas con discapacidad) y la unanimidad sobre su contenido (no solo entre los Estados, sino también entre las organizaciones defensoras de los derechos de las personas con discapacidades absolutamente diversas y diferentes entre sí)».

Además de lo ya mencionado, de esta primera parte, sobresalen, en mi opinión, tres cuestiones relevantes y, en buena medida, novedosas. La primera es el análisis detenido del papel de las personas con discapacidad en la redacción de la Convención. Con el impulso del Presidente del Comité Especial, se dio cauce a todas las entidades en que se agrupan las personas con discapacidad para poder tomar parte en los debates, hasta el punto de la creación del llamado «Caucus Internacional sobre Discapacidad». Como consecuencia de este modo de proceder, cabe decir, se acuñó la expresión de «nada para nosotras (las personas con discapacidad) sin nosotras»; lo que, sin duda es aplicación práctica del artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pues bien, a lo largo del capítulo primero, la autora da cuenta de las aportaciones y reclamaciones de las principales de tales entidades (*People with Disabilities Australia, Inclusion international, Save the Children, Unión mundial de Ciegos, etc.*), pero, sobre todo, de su relevante papel para el cambio de paradigma que supuso la CDPD; en particular en el séptimo período de sesiones (16 de enero a 3 de febrero de 2006). En efecto, tras las intervenciones «matutinas» de los Estados Parte, el Presidente del Comité dio paso a la sociedad civil en las «sesiones de la tarde», en donde hasta 70 entidades distintas manifestaron la diversa perspectiva latente en su discurso: frente al énfasis en la discapacidad y la incompetencia, las diversas agrupaciones acentuaron decididamente las capacidades y competencias de las personas con discapacidad (p. 66).

La segunda cuestión que destaca en el capítulo I es que, tras la síntesis de las ideas contenidas en la conocida Observación General n.º 1 –cuyo resu-

men no es procedente reproducir aquí–, la autora resume las principales críticas vertidas por destacados especialistas sobre dicha Observación (pp. 90 y ss.; en especial, la p. 97). Y, acto seguido –lo que a mi juicio es de las partes más interesantes– va ofreciendo su visión respecto de las citadas críticas, lo que muestra un amplio conocimiento de la materia, así como que tiene un *firme convencimiento* en esta cuestión (pp. 97 a 106). Con delicadeza pero sin fisuras, va *desmontando* las diversas objeciones realizadas tanto a distintos elementos de la Observación como al cambio de paradigma que dicho texto pretende: desarticula el argumento del «pensamiento único» aludiendo a la multiplicidad de entidades intervinientes –cada una con su propia identidad y reclamaciones–; desactiva la crítica de que la CDPD engloba un grupo muy heterogéneo de tipos de discapacidad; frente a la posible *infantilización* de tales personas muestra el carácter diferente de la minoridad y la discapacidad, etc. Y así, con todos y cada uno de los argumentos expuestos por los citados autores: en ocasiones rebatiéndolos de frente, en ocasiones matizando sus objeciones. Muy atinada resulta a mi juicio la consideración de que la Convención permite, en último término, el mecanismo la «representación» pero no el de la «sustitución» –tal y como luego se verá en el análisis del Anteproyecto de ley (pp. 103-104 y 223 y ss.)–. Así, distingue la toma de decisiones «en nombre de otro» y «por otro», lo que conecta con la idea ya conocida de que no se ha de actuar conforme a un teórico «interés superior» de la persona con discapacidad, sino dando cauce a sus preferencias; esto es, al «interés preferido» por ella, o, en caso de no existir herramientas para su determinación, con la mejor interpretación posible de su voluntad y preferencias, para lo que es preciso una reconstrucción de aquellas. Como digo, me parece una de las partes más sobresalientes de este primer capítulo pues, tras la explicación del *iter* de la CDPD, supone un contraste de argumentaciones muy enriquecedor.

Y en tercer lugar, resulta de particular interés el análisis sobre el valor de los informes y Observaciones del Comité, donde nuevamente utiliza una batería de argumentos –en este caso, también apoyado por la STS de 17 de julio de 2018– para reconocerles valor hermenéutico, vinculante y carácter ejecutivo. Y ello «con independencia de que en el Estado Parte que hubiera firmado el Tratado y, en su caso, el Protocolo facultativo, exista o no un procedimiento autónomo y específico para reclamar la ejecución de los Dictámenes que, a su favor, hubiese dictado el Comité. Además, los Dictámenes emitidos por estos órganos que declaren la vulneración de derechos fundamentales pueden constituir el presupuesto necesario para apoyar e interponer una demanda de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia» (p. 117).

Expuesto el origen de la CDPD y, en particular, del artículo 12, así como el significado propio de este en la interpretación realizada por el Comité –remarcado por el valor que la autora defiende de sus Informes y Observaciones– la obra en el capítulo II se adentra en la situación española. Y, respecto de ella, nuevamente sigue un camino lógico: en primer lugar explica el contenido de las Recomendaciones y Observaciones realizadas por el Comité tras la presentación por España de los preceptivos informes que el artículo 35 CDPD exige sobre las medidas adoptadas para cumplir las obligaciones derivadas de la Convención y sobre los progresos alcanzados al respecto (pp. 119-145), para analizar a continuación los avances legislativos que, como causa o consecuencia de tales Informes, se han llevado a cabo en nuestro país (pp. 145-219).

Por lo que hace a los Informes, de manera coherente con el resto de la obra, la presentación que se hace de ellos es muy completo. En efecto, se desmenuza tanto lo expuesto por España en el primer, segundo y tercer informe (presentados el 3 de mayo de 2010 y los dos últimos de manera combinada en 2018) como las Recomendaciones efectuadas por el Comité. A pesar de que ha habido notables avances en todo este tiempo, el pormenorizado análisis que se hace de las Recomendaciones muestra que aun falta por adaptar el Código civil a la CDPD pues los documentos e intentos legislativos presentados hasta ahora no han visto la luz ni han cristalizado en una modificación legislativa. Por tal motivo, el ordenamiento jurídico civil sigue anclado, en lo que a Derecho escrito se refiere, en esquemas que no han sido pertinentemente adaptados a la Convención. Ello hace que, en la actualidad, la aplicación *de facto* de la Convención aun siga siendo de corte jurisprudencial; interpretación evolutiva iniciada por el Tribunal Supremo en una conocida resolución del año 2009. A juicio de la doctora Torres Costas, con ser un avance tal modo de proceder respecto de la situación previa, resulta insuficiente. Las razones que justifican tal opinión son, fundamentalmente, que sigue vigente el procedimiento de incapacidad y se mantiene la institución de la tutela; que legislativamente se sigue partiendo de la aceptación del principio de «interés superior» que, según el Comité, ha de ser expulsado del ordenamiento jurídico instaurándose en su lugar el del respeto a la voluntad, gustos y preferencias de la persona (p. 132); o, finalmente, en que mantiene la institución de la curatela –que asumiría un papel central en el nuevo contexto– que, según se apunta, «igualmente supone una limitación, siquiera parcial, de la capacidad jurídica de la persona» (p. 133). Así las cosas, en la actualidad está en tramitación un Anteproyecto de Ley que pretender llevar a término la insistente demanda de actualización del ordenamiento jurídico civil reclamada por el Comité. Esperemos que antes del 3 de diciembre de 2023 –fecha del próximo Informe que ha de presentar España– tal modificación haya visto la luz.

En relación a la segunda parte de este capítulo II sorprende, nuevamente, el nivel de detalle a que se llega, pues: incluye adaptaciones en materia de discapacidad implementadas por las comunidades autónomas –p. ej. analiza críticamente la Ley Foral 21/2019 de Navarra, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho civil de Navarra–, recoge las propuestas legislativas que se han elaborado en España y, finalmente, incluye legislación ciertamente actualizada. En tal sentido, basta con señalar que se alude a la última modificación de la *vacatio legis* de la Ley 20/2011 de Registro civil, operada por el Real Decreto Ley 6/2020, de 28 de abril de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia; a pesar de que no se incluya tal modificación en todas la referencias que en la obra se hacen a dicha ley.

Asimismo se ha de destacar que el elenco normativo que contiene es ciertamente variado: desde materias como el Estatuto de la Víctima, a la Jurisdicción Voluntaria, pasando por el Régimen Electoral o el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en situación de igualdad. Pero, sobre todo, tal elenco constituye una ocasión para mostrar el conocimiento que de tales materias posee la autora. En efecto, no se limita a dar cuenta de los avances normativos sino que, sobre algunos de ellos, ofrece su fundamentada opinión. En este contexto destaca, por ejemplo, la crítica que –en línea con lo manifestado por el Comité– realiza a la modificación del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Entre otras consideraciones que se apuntan, y a pesar de los avances que supone tal modificación

y que alinean un texto legislativo más con la CDPD, es considerada por la doctora Torres Costas como una oportunidad desaprovechada para, por ejemplo, derogar el artículo 156 CP y eliminar la figura de la esterilización forzosa; o también muestra su desacuerdo porque supone la introducción de una definición de discapacidad más restringida que la contenida en el artículo 1 CDPD (pp. 155 y ss.). Destaca asimismo el análisis crítico realizado al hilo del derecho al voto de las personas con discapacidad, desmenuzando las diversas resoluciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que se pronunciaron sobre la cuestión, o la influencia para la modificación operada por España de las Recomendaciones del Comité, tras el análisis de la situación húngara y de los informes del Proyecto sobre la Discapacidad de la Facultad de Derecho de Harvard (pp. 183-202). O, en fin, también sobresalen las últimas propuestas de modificación legislativa que se han realizado en esta materia: la modificación del artículo 49 de la Constitución Española (pp. 203-208) o las que se realizaron al hilo de una consulta pública del Ministerio de Justicia del 9 de abril de 2018, y que se sistematizan, comentan y analizan en detalle (pp. 210-221).

El último estadio del análisis que se lleva a cabo en esta obra se dedica –tal y como se señaló– a marcar las tareas pendientes para culminar la adaptación del ordenamiento jurídico civil español a las exigencias de la CDPD –lo que constituye el extenso capítulo III–. A la luz de los datos sobre las sentencias judiciales de incapacitación que se incluyen en las páginas 223 a 227, se advierte la imperiosa necesidad de tal adaptación. Con tal preámbulo, en esta última parte se dedica toda la energía a analizar en detalle el contenido sustantivo del Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica presentado por la Comisión General de Codificación en marzo de 2018 y que inició su andadura legislativa en septiembre del mismo año; camino que, según se expuso, se vio truncado por la disolución del Parlamento a comienzos de 2019 y que nuevamente ha sido retomado: el Consejo de Ministros aprobó uno nuevo –elaborado sobre aquel– el 7 de julio de 2020 y lo remitió a las Cortes el 17 del mismo mes, donde se actualmente se encuentra. Si a la vista de lo hasta ahora mencionado sobre lo completo y concienzudo del análisis de la autora, se le une que la profesora García Rubio ha sido una de las principales artífices de dicho Anteproyecto, se advierte que el resultado es brillante. Uno a uno se van analizando los ámbitos que pretende reformar la normativa mencionada –las instituciones para prestar los apoyos, la guarda de hecho, la responsabilidad civil de las personas con discapacidad, la prodigalidad, etc.– destacando los puntos fuertes y débiles de la propuesta. Buena prueba de ello es que la autora incluye un segundo subapartado donde menciona los que, a su juicio, son aspectos que deberían mejorarse y cubrirse en el mencionado Anteproyecto que, según apunta, «pese al loable esfuerzo destacado, la lectura íntegra de ambos textos normativos redactados inicialmente –se refiere al propuesto por la Sección Primera y Quinta de la Comisión General de Codificación y a la segunda propuesta elaborada por la Sección Quinta en materia de internamientos que fue finalmente retirado–, no permiten afirmar, a nuestro juicio, que la reforma alcance al cien por cien el grado de adaptación de la CDPD en la versión pretendida o recomendada por el Comité, ni en sus observaciones y recomendaciones particulares al estado español ni en su Observación General Primera» (pp. 231-232). La crítica que se realiza no queda en una mera declaración genérica sino que luego se desciende a cuestiones concretas: la amplitud de la legitimación activa para solicitar los apoyos, la duda sobre la oportunidad de

mantener la nomenclatura tradicional de la «curatela» aun cuando se trate de una figura totalmente nueva y distinta, los pocos avances que supone la parte procesal del Anteproyecto, etc.

El estudio del Anteproyecto comienza con un análisis pormenorizado de los cambios que supondrá en la legislación notarial –sustituciones terminológicas, inexistencia de obligación legalmente recogida de que los Notarios cuenten con los medios necesarios para prestar apoyos, etc.– (pp. 245-249) y en el Código civil: cambios de terminología, modificaciones en materia de medidas tras la separación, filiación, prodigalidad, el derecho de testar, el depósito, el mandato, etc. (pp. 249-265 y 327-357). Incluido en el análisis de las consecuencias de la reforma del Código civil, se estudian las específicas figuras que contiene el Anteproyecto –las medidas de apoyo voluntario, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial–, a la vez que da cuenta del cambio de paradigma que se pretende: la desaparición de la incapacitación como estado civil; la supresión de la figura de la tutela; el tránsito de la «sustitución» a la «representación»; el reemplazo del criterio del «interés superior» de la persona con discapacidad al de su «interés preferido»; el respeto a la decisiones personales estableciendo el criterio de la «voluntad, deseos y preferencias» manifestados –lógicamente, arbitrando los medios necesarios para ello– o, en su defecto, la reconstrucción de la voluntad para averiguar lo que hubiera querido –la «mejor interpretación de su voluntad»–; la introducción del «derecho a rechazar el apoyo», etc. En definitiva una mejora en la promoción de la dignidad e igualdad de las personas con discapacidad.

El examen del Anteproyecto culmina con un estudio de las modificaciones que supondrá en materia hipotecaria –requisitos para constituir hipoteca legal o el cambio terminológico en el «Libro de incapacidades», entre otros–; en la Ley de Enjuiciamiento Civil –la nueva redacción del artículo 749 o del 753 LEC, la comunicación de oficio de las resoluciones judiciales a los diversos Registros, la inclusión de la prodigalidad en el capítulo relativo a los apoyos, etc.–; en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad –básicamente cuestiones terminológicas sin que supongan un efectivo «cambio de enfoque»–; en la Ley del Registro civil –la modificación de los actos y hechos inscribibles de acuerdo con el nuevo paradigma, la supresión de referencias a la patria potestad prorrogada o rehabilitada, o la ampliación de la legitimación para el acceso a asientos con datos especialmente protegidos–; o, en fin, en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria: la incorporación del nuevo procedimiento para cuando no hay oposición a la provisión de apoyos, la obligada revisión periódica de las sentencias que contengan medidas de apoyo, la modificación del derecho a retribución del curador o, en fin, alteraciones en la legitimación activa en varios supuestos. Como el lector podrá imaginarse, la exposición de todas estas modificaciones proyectadas va acompañada por un análisis crítico y, en muchos casos, con propuestas de mejoras o modos de interpretar los preceptos de que se trate para alinearlos mejor con el contenido de la Convención.

Finalmente, y quizá por la experiencia práctica de la autora en el campo de los ingresos en centros gerontológicos, la obra culmina con un estudio –a mi juicio, de especial interés– sobre la reforma pendiente en materia de internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales. Como se ha apuntado, la citada materia constituía el contenido del segundo texto elaborado por la Sección Quinta de la Comisión General de Codificación –paralelo con el hasta ahora comentado– y que habría de ser tramitado con rango de ley orgánica, pero que finalmente fue retirado (pp. 422-472). De este aná-

lisis, dos cuestiones merece la pena destacar ahora: el estudio pormenorizado del actual artículo 763 LEC, respecto del que la doctora Torres Costas no duda en criticar y manifestar su oposición al paradigma establecido por la CDPD, salvo que –tal y como propone (p. 428)– tal procedimiento tenga por objeto averiguar –proveyéndose los apoyos que sean oportunos– la voluntad de la persona con discapacidad respecto del internamiento –o, en último caso, realizar la «mejor interpretación de su voluntad»–. Y es que la única opción posible para los internamientos es admitirlos cuando conste la voluntariedad de la persona. Hasta entonces, la regulación que sea no se alineará con los postulados introducidos en el ordenamiento jurídico por la CDPD.

La segunda cuestión a mencionar es el detallado análisis de los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional relativos a ingresos de personas mayores en centros gerontológicos en sus relevantes resoluciones del año 2016 (13/2016, 34/2016 y 132/2016) donde se pulen los elementos más controvertidos a fin de evitar que tales ingresos se conviertan en auténticas privaciones de libertad. A juicio de la autora, buena parte de los criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional están en línea con la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos efectuada por el TEDH. Y tanto el texto de dicho Convenio como la interpretación resultan contradictorios con la CDPD, motivo por el cual, sobre la base de los principios de especialidad, temporalidad y *pro homine* (p. 454) se propone su «actualización» para adaptarse al enfoque de derechos humanos implantado por aquella. Actualización que, por desgracia, no se ha incluido tampoco en el Proyecto de Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología que se tramita actualmente en el Consejo de Europa (pp. 459 y ss); texto que supone una continuación del paradigma médico-rehabilitador.

Como se puede observar de lo reseñado, la obra que se recensiona es un estudio exhaustivo del artículo 12 de la CDPD, de sus consecuencias prácticas, de los avances legislativos dados por España en esta materia, así como de las tareas pendientes para adecuar algunas regulaciones aún no acordes con el nuevo enfoque establecido por la Convención. Pero lo más interesante de todo es que el muy correcto análisis técnico realizado por la doctora Torres Costas con el apoyo de su directora de Tesis –motivos por los que se les ha de felicitar– deja traslucir lo que hay debajo –y que es lo verdaderamente importante–: una profunda consideración de la dignidad de todas y cada una de las personas con discapacidad y un vivo interés por mejorar sus condiciones reales de vida. Les dejo que lean la obra en primera persona y lo descubran.

Antonio LEGERÉN-MOLINA
Profesor Contratado Doctor
Universidad da Coruña

