

Consideraciones en torno al alcance y la interpretación de la nueva «capacidad jurídica» de las personas con discapacidad introducida por 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

M^a Teresa Duplá Marín¹

1. Universidad Ramón Lull, Barcelona.

Punto de partida: la necesidad de integrar el nuevo paradigma de la convención en el ADN del derecho de la persona²

La reciente publicación en España de la Ley 8/2021, del 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) culmina, sin duda, una de las reformas más importantes, controvertida pero, a la vez esperada, de los últimos tiempos en el ámbito del Derecho privado estatal, al adaptar nuestra normativa a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (a partir de este momento la Convención de 2006 o la Convención)³.

La Ley 8/2021 conlleva, más allá de la supresión de la incapacitación y de la evidente ruptura con la clásica configuración de las instituciones tutelares⁴, un cambio sustancial

2. El presente trabajo ha sido aceptado y publicado en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 788, pp 2-28 (2021-22).

3. Convención que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el 3 de mayo de 2008 tras la publicación en el BOE del Instrumento de Ratificación de la misma (número 96, 21 de abril de 2008), tal y como se dispone en el artículo 96 de la Constitución, prevaleciendo sobre el derecho interno, como reconoce la Ley 25/2014 de 27 de noviembre de Tratados y otros Acuerdos internacionales (art. 31: Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional) y considerándose norma de interpretación de los derechos fundamentales, tal y como se dispone en la Constitución (art. 10.2: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España). Dicho lo cual, la complejidad de los principios que establece y la amplitud de los efectos que conlleva han sido las principales causas del retraso en la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico, generándose en la última década múltiples y confrontadas reacciones de la doctrina, una vasta bibliografía en torno a ella, y siendo a día de hoy, una vez publicada la Ley 8/2021, uno de los temas que sin duda alguna va a seguir centrando la atención de la profesión jurídica y la academia.

4. En este sentido, la Ley 8/2021 responde en términos generales, como se indica en el Preámbulo, a la necesaria adecuación de nuestro Código civil a los principios de la Convención de 2006, cuyo artículo 12, esencial en el conjunto de la norma, como hemos indicado, proclama la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás y en todos los aspectos de la vida. En síntesis, el nuevo sistema creado debe sustanciarse sobre el respeto y la preferencia, siempre que sea posible, a la libre voluntad de la persona con discapacidad, antes que la sustitución en la toma de decisiones. Además, se parte de una nueva idea de capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. La idea central es la de apoyo a la persona en sentido amplio que abarca diferentes posibilidades, desde el acompañamiento amistoso a la representación en la toma de decisiones, y que podrá beneficiarse de medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de que su situación de discapacidad haya obtenido algún reconocimiento administrativo. La idea fundamental es que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones y, dicho derecho, debe ser respetado pues se trata de una cuestión de derechos humanos. Muchas barreras vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella sino de barreras cognitivas, actitudinales y jurídicas. Los agentes implicados deben prestar sus funciones partiendo de los nuevos principios allí expuestos.

A la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias que puede tomar la propia persona con discapacidad, partiendo siempre de la idea de un sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad: poderes y mandatos preventivos y auto curatela. Se refuerza también la figura de la guarda de hecho que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, dejando de ser una situación provisional cuando se

en nuestro Derecho de la persona ya advertido, e incluso denunciado, a lo largo de su complejo proceso de elaboración por parte de la doctrina⁵. Un cambio que no puede dejar a nadie indiferente, al introducir una auténtica modificación de conceptos básicos y esenciales asentados históricamente en la doctrina y en la jurisprudencia y que, por ese carácter esencial indicado, afectan a todos los ámbitos jurídicos y a los diferentes Derechos Civiles de nuestro país⁶. Me estoy refiriendo, en concreto, a la nueva configuración jurídica de la capacidad jurídica, calificada en la Convención como «legal capacity» (art. 12), y a la supuesta unificación en ella de la clásica distinción entre los conceptos de capacidad jurídica y de obrar que, como en su día, anticipó parte de la doctrina⁷, por su calado y los relevantes efectos que pueden derivarse merecen, cuanto menos, de algunas reflexiones previas a su aplicación y desarrollo.

Además, este cambio de paradigma debe ponerse indefectiblemente en conexión con

manifiesta como suficiente y adecuada para salvaguardar los derechos de las personas con discapacidad (generalmente un familiar ya que la familia sigue siendo el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que lo componen), sin que precise de investidura judicial formal. Si tiene que hacer una tarea representativa, se prevé que sea necesario que obtenga una autorización judicial ad hoc, previo examen de las circunstancias.

La principal medida de apoyo judicial es la curatela que será principalmente de naturaleza asistencial. En casos excepcionales puede ser curador con funciones representativas. Se eliminan la tutela, la patria potestad prorrogada y la rehabilitada. Se regula también la figura del defensor judicial, para los casos de conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la figura de apoyo o cuando no sea posible que ésta coyunturalmente lo ejerza.

Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente deberán ser revisadas periódicamente y en un plazo máximo de tres años o, excepcionalmente, hasta seis años y siempre ante cualquier cambio que precise modificación. La resolución judicial no puede hacer declaración de incapacidad ni privación de derechos personales, patrimoniales o políticos. Se suprime la prodigalidad como figura autónoma porque puede encajar en cualquier medida de apoyo. La tutela, con su tradicional componente representativo, queda reservada a los menores que no estén protegidos por la patria potestad. El complemento de capacidad requerido para los emancipados para ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial.

El Registro Civil se convierte en pieza central del nuevo sistema pues hará efectiva la preferencia que éste atribuye a las medidas voluntarias previstas por una persona respecto de sí misma o sus bienes. Por respeto a sus derechos fundamentales, en concreto intimidad y protección de datos personales, las medidas de apoyo accederán al Registro como datos sometidos al régimen de publicidad restringida.

5. MUÑIZ ESPADA, E. y DE CASTRO VITORES, G. (2021), Divergencias para una futura reforma legislativa de la discapacidad. En A. Marín Velarde, F. Moreno Mozo, A. L. Cabezero Arenas (dir.). *Familia y Derecho en la España del s.XXI, Homenaje al Prof. Luis Humberto Clavería Gosálbez*. Madrid: Reus, pp. 113-144, confeccionado antes de la aprobación de la Ley 8/2021.

6. Con la consecuente necesidad de modificar lo antes posible, y en lo que sea necesario para su adaptación, la normativa de los distintos derechos forales, como ha ocurrido, por vía de ejemplo, en la Comunidad Autónoma catalana con la publicación del Real Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad, que si bien tiene carácter provisional, supone la eliminación de las figuras tutelares y su sustitución por la actual figura de la asistencia, con asunción del compromiso de elaborar una normativa ad hoc a lo largo de los próximos meses. Vid. al respecto, MAYOR DEL HOYO, M.V. (2021). La incidencia de la reforma estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales. *Diario La Ley*, núm.9859, 5619/2021, 1-10.

7. En relación al precedente proyecto 121/27 cuyo periodo de enmiendas tuvo que ser prorrogado. Vid. ROGEL VIDE, C. (2021). ¿Capacidad de los discapaces? Notas en torno al proyecto de Ley 121/21. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 14-15.

la propuesta subyacente de cambio terminológico, esto es, la supresión del término jurídico incapacitado y su sustitución por el de persona con discapacidad, cambio sobre el que también reflexionaré en estas páginas, y cuya efectiva implementación también va a precisar, si pretendemos cierta coherencia en su uso, de ciertas matizaciones.

Dicho esto, el telón de fondo de mi trabajo es la máxima romana tutor *datur personae, curator rei*, “el tutor se nombra para una persona y el curador para un patrimonio”, máxima que, sencilla en su sintaxis y semántica precisa, tal y como en su día apuntó el Prof. Ricardo Panero, de una breve interpretación y contextualización con el fin de matizar el sentido de fondo de la misma que, sin duda, va más allá del simple significado de las palabras.

Así, como matiza Marciano en D.26,2,14 lib. II Inst. (*tutor personae, non rei vel causae datur*), “el tutor se nombra para una persona, no para un asunto o para un litigio” y como afirma Paulo, en D. 23,2,20 lib sing. ad Or. Div. et Sev. et Com. (*officium curatoris in administratione negotiorum constat*), “el deber del curador consiste en la administración de los negocios”.

Esto es, si bien es cierto que el tutor se nombra para una persona, la finalidad originaria de la tutela es la protección del patrimonio familiar en el caso de menores *sui iuris*, y, en cuanto a la curatela, si bien es cierto que el curador debe cuidar el patrimonio, el paso del tiempo y el acercamiento constante de ambas figuras va a provocar que los juristas, en concreto Juliano, también afirmen que, entre los deberes del curador, salvo en el caso del pródigo, también está el de cuidar a la persona⁸.

Por todo ello procede, en este momento de cambio, traer a colación y recordar la función para la cual se crea la tutela y evoluciona desde su origen romano, indicada, parece que por el jurista Servio Sulpicio, y citada por Paulo, “para proteger *-ad tuendum-* al que por su edad no puede defenderse por sí mismo”; también la etimología del término curatela, que comporta la idea de cuidado, y curador, por tanto, es el que cuida; y finalmente, la afirmación de Gayo en relación al furiosus, esto es, “el que no puede hacer ningún negocio porque no comprende lo que hace”. En síntesis, tutela y curatela van ligadas en época romana directamente a la idea de protección, de cuidado y de falta de comprensión de lo que se hace.

El régimen de la tutela y de la curatela en nuestro ordenamiento jurídico español anterior al 3 de septiembre de 2021, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2021, sin duda tenía su origen en las instituciones tutelares romanas y sufrió diferentes cambios en función de la propia evolución de nuestra sociedad. En síntesis, el sistema se caracterizaba por lo siguiente:

- 1) la tutela, se reservaba para los supuestos más graves y necesitados de ayuda, ejerciendo el tutor de representante del incapacitado bajo un nombramiento y control judicial y supliendo, por tanto, la falta de capacidad de obrar del incapacitado;
- 2) la curatela, por su parte, se reservaba para el resto de incapacidades menores, y para la prodigalidad, en las que el curador acompañaba al incapaz con su consentimiento, por tanto, similar a la auctoritas interpositio romana. Todo ello siempre tras

8. Vid. por todos, reciente trabajo de CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2019). *Discapacidad y Derecho Romano. Condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua*. Madrid: Reus Editorial.

pronunciamiento judicial y control subsiguiente, en los términos de lo indicado por la sentencia para cada caso.

Por todo lo dicho, una eficiente y real puesta en marcha en un futuro próximo del nuevo escenario de la Ley 8/2021 requiere, como paso previo y necesario, de una buena integración de la «nueva capacidad» y de la «nueva discapacidad». Y para ello me propongo analizar, desde los elementos clave de los orígenes de la reforma, no sólo su mera traslación a los diferentes ámbitos del Derecho si no, a mi juicio, lo que es más importante teniendo en cuenta lo anterior, el nuevo significado y alcance jurídico que cabe otorgarles a partir de ahora. Todo ello, sin olvidar la relevancia de reflexionar en torno a la supresión del significado previo del término incapacidad, vinculado al estado civil de la persona, así como la concreción del nuevo significado en su futuro uso en el tráfico jurídico.

Y es que, como indicó Clavería⁹, es característica de algunos textos normativos actuales, entre ellos ciertos convenios de Naciones Unidas, un lenguaje más educativo, ideológico, filosófico, sociológico o psicológico antes que jurídico, que indica una mentalidad a fomentar, antes que establecer reglas y deberes definidos. Además, como concluye Torres Costas¹⁰, no hay que perder de vista que la Convención es fruto de una intensa negociación en la que participaron Estados de todo el mundo, organizaciones no gubernamentales y un hecho sin precedentes que ha constituido un verdadero hito histórico: representantes de la sociedad civil y, de manera muy destacable, las propias personas con discapacidad, incluidas aquellas con discapacidad intelectual y psicosocial. Y, siendo esto así, la Convención acaba introduciendo lo que ha sido calificado como «modelo social de la discapacidad», siendo el art. 12 el núcleo central sobre el que se sustenta este nuevo modelo y objeto del presente estudio.

En este sentido, en el contexto actual de puesta en marcha de un proceso de modificación sustancial de principios, de mentalidad y de enfoque respecto de las clásicas instituciones tutelares de protección y guarda de los incapacitados, ahora de apoyo a las personas con discapacidad, cualquier análisis que se pretenda hacer en torno a las novedades introducidas por la mencionada Ley 8/2021 considero que requiere, para una adecuada comprensión e interpretación de su sentido y alcance, de una breve remisión y contextualización de los principios y elementos inspiradores de la reforma en su origen. Puesto que, como en su día apuntó Capogrossi Colognesi¹¹, al hilo del proceso de unificación del derecho europeo, solo siendo conscientes de las complejas dimensiones de los fenómenos, podremos afrontar los problemas planteados por la profunda transformación

9. Citado por MUÑIZ ESPADA, E. y DE CASTRO VITORES, G. (2021). Divergencias para una futura reforma legislativa de la discapacidad, cit., 115. Vid. también reflexiones de MUÑIZ ESPADA, E. (2020). Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 111, 277 y ss.

10. TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar a la luz del artículo 12 de la convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad* (CNUDDP), tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, p. 374 [En línea], disponible en <http://hdl.handle.net/10347/23196>; TORRES COSTAS, M.E. (2020). La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Madrid: BOE [En línea] https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2020-168.

11. Citado por TORRENT, A. (2007). *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del derecho: Derecho Romano-ius commune-derecho europeo*. Madrid: Edisofer SL. (p. 350).

que están sufriendo nuestros saberes.

Y para ello resulta necesario echar la vista atrás en el punto de partida de esta, esto es, el proceso de elaboración de la Convención desde el año 2002 hasta el 2006¹², cuyo Preámbulo parte de la concepción de la discapacidad como un «concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». A partir de esta declaración, la citada Convención reconoce «la diversidad de las personas con discapacidad», y afirma que la discriminación contra éstas «constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherente del ser humano» y reconoce, en consecuencia, «la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad», así como «la importancia que para estas personas reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones».

Como he anticipado, hay que tener en cuenta que la participación activa de las organizaciones de personas con discapacidad fue uno de los aspectos más novedosos y enriquecedores del proceso de elaboración de la Convención, inspirado desde el principio por el lema acuñado por dichas organizaciones: «nada para nosotras sin nosotras», que resumía a su vez el espíritu e ideología del nuevo modelo social de la discapacidad que, sin duda alguna y como veremos en las siguientes páginas, ha impregnado toda la reforma. Es, por tanto fundamental, como apunta Torres Costas, conocer la importancia y magnitud de la participación de las personas con discapacidad en el diseño y espíritu de esta Convención, para saber interpretar las normas en curso o implementar nuevas políticas o normativa relativa al tratamiento de la discapacidad¹³.

Se trata, en definitiva, de una reforma estrechamente vinculada a la protección de los derechos fundamentales. Y en este sentido, el art. 1 recoge como propósito de la Convención «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente» indicando que «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo». A continuación, y a lo largo de todo el redactado, se establece una protección integral que va desde el ámbito jurídico a la libertad de desplazamiento, pasando por el derecho a vivir de forma independiente, la libertad de expresión, la educación, la salud, el trabajo y el derecho a participar en la vida política y pública, por citar algunos de ellos.

Hasta aquí, en mi opinión, y como no podía ser de otro modo, se trata de una gran declaración, coherente y oportuna, que ha generado unos cambios muy necesarios en diversos ámbitos de la vida de las personas con discapacidad¹⁴ pero que, en términos de

12. Vid. al respecto TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar...*cit., 12 n.44.

13. TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar...*, cit., 10-11.

14. Siendo más de 1000 millones las personas en el mundo que, según datos de la Organización Mundial de la Salud 2020, presentan alguna forma de discapacidad. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health> (última visita 16.11.2021). Al respecto, MARÍN VELARDE, A. (2021) La familia, piedra angular de las instituciones de apoyo en el Proyecto de reforma en materia de discapacidad. En A. Marín Velarde, F. Moreno Mozo, A. L. Cabezuelo Arenas (dir.). *Familia y Derecho en la España del s.XXI, Homenaje al Prof. Luis Humberto Clavería Gosálbez*. Madrid: Reus (pp. 170-171 y

capacidad ante el Derecho, encierra un profundo cambio de escenario, nunca antes visto, con consecuencias nada desdeñables y que merece, cuanto menos, de algunas breves reflexiones sobre el alcance, la integración en nuestro sistema jurídico y los límites¹⁵.

Esta es la razón última del presente estudio que partiendo de la inevitable preocupación, en mi doble vertiente docente y profesional, por la necesidad de una normativa clara y coherente que ofrezca garantías de protección y seguridad jurídica, y fruto de mi debilidad por el estudio de la historia de las instituciones jurídicas y la dogmática jurídica, no tiene mayor pretensión que la de ofrecer una visión interpretativa de los cambios, en el contexto de la razón de ser y de la utilidad que siempre debe caracterizar al Derecho en general. Un Derecho que, hoy más que nunca necesita, fruto, entre otras circunstancias, de la globalización, de unas sólidas y consistentes instituciones jurídicas, y de una terminología precisa al servicio de éstas¹⁶.

Ya que no cabe olvidar, parafraseando a Capogrossi Colognesi, que es función de nuestra tradición científica que un conocimiento histórico esté en grado de dar sentido a la construcción de los grandes sistemas y categorías generales, explicando cuanto haya de erróneo y de peligroso. Y, en este sentido, resulta inútil, como en su día apuntó Talamanca¹⁷, pretender una armonización del Derecho que no implique una unificación de los modos de pensar el Derecho, y éstos se armonizan o unifican sobre todo con la intervención de la ciencia del Derecho.

Sirvan, en definitiva, las siguientes páginas simplemente como primeras reflexiones en un proceso de cambio esencial de nuestro ordenamiento jurídico y, en consecuencia, de nuestra sociedad.

Análisis del alcance de los cambios terminológicos: una propuesta de interpretación

Como en su día advirtió el Consejo de Estado, hay que tener muy presente como punto de partida de cualquier reflexión, y de ahí los problemas de interpretación que pueden plantearse que «la persona con discapacidad tiene en la Convención un alcance general que va más allá del sector específico que trata de protegerse en el citado art. 12. La Convención no opera con las categorías específicas que conoce nuestra legislación en otras leyes»¹⁸.

n. 1). Vid. interesante resumen de lo que queda todavía por hacer en nuestro país en VIVAS TESÓN, I. (2021). Nuevos horizontes para la discapacidad en el Derecho civil español. En A. Marín Velarde, F. Moreno Mozo, A. L. Cabezuelo Arenas (dir.). *Familia y Derecho en la España del s.XXI, Homenaje al Prof. Luis Humberto Clavería Gosálbez*. Madrid: Reus (pp. 161-166).

15. Dificultades de integración que ya han sido anunciadas por la doctrina. Vid. por todos, MUÑIZ ESPADA, E. y DE CASTRO VITORES, G., (2021). Divergencias para una futura reforma legislativa de la discapacidad, cit., 115.

16. La fijación de unas unidades terminológicas genera una comunicación más precisa, moderna y unívoca, haciendo posible la transmisión de conocimientos de forma segura, evitando errores y optimizando la transmisión de la información entre los profesionales. SALOMÓN, L. (2007). Una aproximación a la terminología jurídica actual desde la perspectiva romanística. *En Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 11, 891-892.

17. Ambos autores citados por TORRENT, A. (2007). *Fundamentos del Derecho Europeo*, cit., 347 y 352 respectivamente.

18. Dictamen 34/2019 emitido al Anteproyecto de Ley el 11 de abril de 2019. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE->

Dicho esto, a partir de la premisa por todos conocida, de que el lenguaje jurídico, como lenguaje de especialidad de las ciencias sociales, está formado por una parte importante del lenguaje común, y siendo una muestra de ello la normativa que estamos analizando, en mi opinión se hace imprescindible, antes de nada, concretar el nuevo significado y alcance de algunos términos que resultan esenciales en el conjunto de este nuevo escenario. Me estoy refiriendo, en concreto, a la capacidad ante el derecho, en su doble vertiente clásica de capacidad jurídica y de obrar, y a sensu contrario, a la incapacidad jurídica.

Además, cabe también recordar que, en el ámbito jurídico, el significado de los términos adquiere una importancia mayor que la que pueda tener en otros, ya que las consecuencias que pueden derivarse de una determinada interpretación pueden afectar a la vida de una persona o de una familia. Así, a mayor concreción del significado, menor margen de interpretación y mayor seguridad jurídica, si bien es cierto que, como ha apuntado la doctrina, ahora más que nunca resulta necesario encontrar el equilibrio entre el rigor científico de la terminología jurídica, y la cercanía de ésta respecto de la sociedad a la que sirve¹⁹.

Y finalmente, como vamos a ver a continuación, no podemos olvidar que la globalización también tiene su incidencia en el lenguaje jurídico, generando la tensión de adecuar la terminología internacional a los caracteres propios del derecho estatal. Y este ha sido, en el pasado, y sigue siendo, en la actualidad y en un futuro próximo, el gran reto al que nos enfrentamos como juristas.

De la clásica «capacidad de obrar» al nuevo «ejercicio de la capacidad jurídica»

Como he anticipado, una buena comprensión del espíritu de la reforma obliga a contextualizar cualquier reflexión en sus orígenes. En este sentido, el art. 12 de la Convención de 2006, bajo el título «Igual reconocimiento como persona ante la ley», resulta fundamental en lo que aquí estamos analizando y, más concretamente, el contenido de los párrafos 1º y 2º, en cuyo redactado, aunque de una simple lectura no se deduzca, subyacen novedades y matices esenciales en el sentido y significado de la clásica distinción entre la capacidad jurídica y de obrar.

En la redacción final del artículo 12, partiendo de la reafirmación por los Estados Parte del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, la denominada «legal personality» (art. 12.1), se solicita el reconocimiento por dichos Estados Partes de la capacidad jurídica, «legal capacity», de las personas con discapacidad «en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de su vida» (art. 12.2).

Esto es, en primer lugar, se afirma la personalidad jurídica (legal personality) y, a continuación, la capacidad jurídica (legal capacity). Dicho lo cual, y de una lectura rápida podría deducirse que esto, tal y como aparece en la redacción de la Convención,

D-2019-34

19. La llamada paradoja del lenguaje de especialidad. SALOMÓN, L. (2007). Una aproximación a la terminología jurídica actual desde la perspectiva romanística, cit, 895.

no hubiese merecido, a priori, modificación alguna de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que por todos es sabido que la personalidad jurídica de todas las personas físicas se vincula a la capacidad jurídica y se reconoce por nuestro Código civil, en los artículos 29 y 30, adquiriéndose por nacimiento, así como también la protección al concebido no nacido en atención a su futura personalidad²⁰.

No obstante esto, hay que tener en cuenta que, como hemos anticipado, la Convención y, en consecuencia, la Ley 8/2021 acogen un cambio de significado del término capacidad jurídica, un cambio que por algunos autores debe interpretarse como una unificación de los previos conceptos de capacidad jurídica y de obrar en uno solo, capacidad jurídica. Así, como en su día advirtió el Consejo de Estado²¹, esa interpretación «abandona la tradicional diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con las personas con discapacidad». Siendo esto así, y desde esta nueva perspectiva, lo que realmente subyace en el art. 12.2 de la Convención, como veremos a continuación, no es solo lo que ya sabemos, esto es el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas en general, con independencia de que tenga o no una discapacidad, sino lo anteriormente nunca afirmado, esto es, la plena capacidad de obrar de las personas con discapacidad.

A partir de esta declaración inicial, se generaliza el uso de la expresión «ejercicio de la capacidad jurídica» (exercise of legal capacity) en los siguientes párrafos del art. 12 de la Convención de 2006, que debe interpretarse en sustitución a lo que venía siendo la clásica capacidad de obrar, introduciendo las líneas generales del nuevo sistema de apoyo, así como señalando que los Estados Parte deben adoptar «las medidas pertinentes para proporcionar acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica» (art. 12.3), proporcionando respecto de dichas medidas salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos en materia de derechos humanos (art. 12.4). Y finalmente, se afirma que dichas salvaguardias deben asegurar que las medidas adoptadas 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 persona²²» (art. 12.4), que se apliquen en el plazo más corto posible, con exámenes periódicos por la autoridad u órgano judicial competente²³.

En definitiva, como acertadamente apuntó De Amunátegui²⁴ respecto del alcance de la Convención de 2006, más allá de buscar la protección de las personas con disca-

20. Protección, no lo olvidemos, que se inicia en el Derecho Romano. En el mismo sentido vid. ROGEL VIDE, C. (2021).

¿Capacidad de los discapaces?, cit., 12.

21. Vid. Dictamen 34/2019 emitido al Anteproyecto de Ley el 11 de abril de 2019. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>

22. Además, se señala en concreto que «los Estados Partes tomaran todas las medidas pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de estas personas, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes», así como controlar sus propios asuntos económicos y velar porque no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria. Por su parte, el artículo 17 dispone el «derecho a que se respete la integridad física y mental en igualdad de condiciones con los demás».

23. Vid. por todos CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 777, 31-45.

24. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. (2020). *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo (p.19).

pacidad, «pretende el reconocimiento pleno y total de los derechos que asisten a estas personas» en igualdad de condiciones con cualquier otro sujeto.

Es objetivo de este apartado concretar el alcance y los límites del significado del término «legal capacity» utilizado en la Convención, traducido en nuestro país, como he apuntado, por capacidad jurídica, en su transferencia no sólo a la Ley 8/2021, sino a nuestro ordenamiento jurídico privado, y para ello es necesario hacer una breve remisión al proceso de elaboración de dicho artículo 12. Su embrión, como señala Torres Costas²⁵, se gesta en la reunión de Expertos mantenida en México del 11 al 14 de julio de 2002, reunión que deja indicadas una serie de directrices para la redacción de la futura Convención. Una de ellas, continua la autora, se refería a los derechos que debían estar contenidos en ella y, entre estos, recogía expresamente el «derecho a una capacidad jurídica de actuar especialmente con respecto a la toma de decisiones en todas las materias que conciernen al individuo»; pero también que, «en casos excepcionales donde se requiera representación jurídica, esta deberá estar limitada por claras garantías que protejan los derechos de la persona y ser revisada periódicamente por las autoridades judiciales para verificar la necesidad de la representación y el buen ejercicio de la función valorando los derechos humanos del representado». Esto es, *ab initio*, si bien ya se planteó una restricción de la representación de la capacidad jurídica, reducida a supuestos absolutamente excepcionales y limitados en el tiempo, sin posibilidad de que se pudiese acordar con carácter definitivo, la misma, y esto es sumamente relevante, no se eliminó.

En enero de 2004 se presenta el primer borrador en el que ya se incluye el texto inicial que va a servir de base para las negociaciones posteriores y cuyo contenido es el siguiente: «Artículo 9. Igual reconocimiento como persona ante la ley. Los Estados Parte: a) Reconocerán a las personas con discapacidad como sujetos de derechos ante la ley iguales a los de todas las demás personas. b) Aceptarán que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en pie de igualdad con los demás, incluso en el ámbito económico. c) Se asegurarán de que, cuando el ejercicio de dicha capacidad jurídica requiera asistencia: i) Ésta sea proporcional al grado de asistencia que necesite el interesado y se adapte a sus circunstancias, sin interferir con su capacidad jurídica, ni con sus derechos y libertades; ii) Las decisiones del caso sean adoptadas exclusivamente de conformidad con un procedimiento establecido por la ley y con las salvaguardas jurídicas que correspondan; d) Se asegurarán de que las personas con discapacidad que experimenten dificultades para hacer valer sus derechos, entender información y comunicarse tengan acceso a la asistencia necesaria para entender la información que les es presentada y para expresar sus decisiones, opciones y preferencias, así como para concertar acuerdos vinculantes o contratos, firmar documentos y actuar como testigos; e) Tomarán todas las medidas que sean adecuadas y efectivas para garantizar la igualdad de derechos de las personas con discapacidad para ser propietarios y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en condiciones de igualdad a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero; f) Se asegurarán de que las personas con discapacidad no se vean privadas de su propiedad de modo arbitrario.»

Interesa especialmente, respecto de esta primera redacción, la nota que se realiza al apartado b) y en la que expresamente se indica que se excluye de dicho contenido a los

25. TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar...*cit., 11-13.

menores y a los menores discapacitados. Es decir, y esto resulta relevante, cabe deducir de ello que no hubo ninguna intención inicial de promulgar la plena capacidad jurídica en el caso de los menores. Así como también, y esta vez respecto del apartado c), se evidencia la complejidad en los casos extremos en que la persona, textualmente, no pueda ejercer su capacidad jurídica. En definitiva, y respecto de lo que aquí me interesa, no solo queda patente que dichos casos existen, sino que se subraya la complejidad de los mismos.

Y es que uno de los problemas con los que se encontró la comisión ad hoc fue, justamente, no sólo el consenso en la elección del término legal capacity sino, una vez conseguido esto, la determinación del significado del mismo, teniendo en cuenta las diferencias de éste en los distintos ordenamientos jurídicos de los países y que fueron puestas de manifiesto, entre otros, por Canadá²⁶. Así, como apunta Booth Glen, K.²⁷, «*During the drafting process, a controversy arose as to the meaning of legal capacity in subsection two. Representatives from Russia, China, and some Arab states argued, in a proposed footnote to the Convention, that in their languages legal capacity meant only the ability to bear rights («capacity for rights»), but not to act based on those rights. That limiting view was rejected, and the footnote removed, with an understanding that legal capacity is “the ‘capacity to act’, intended as the capacity and power to engage in a particular undertaking or transaction, to maintain a particular status . . . with another individual, and more in general to create, modify or extinguish legal relationships.»*

Planteado el problema del diferente significado del término legal capacity, y para alcanzar tal decisión ante el desacuerdo previo, la Oficina del Alto Comisionado para

26. También países árabes, China y Rusia. Canadá propuso el siguiente texto: 1. Los Estados Partes reconocerán que, en asuntos civiles, los adultos con discapacidad tienen una capacidad jurídica idéntica a la de los demás adultos y les otorgarán las mismas oportunidades para ejercer esa capacidad. En particular, reconocerán que los adultos con discapacidad tienen los mismos derechos para celebrar contratos y administrar propiedades y los tratarán por igual en todas las etapas del procedimiento ante los tribunales. 2. Los Estados Partes garantizarán que cuando los adultos con discapacidad necesiten apoyo para ejercer su capacidad jurídica, incluida la asistencia para comprender la información y expresar sus decisiones, elecciones y deseos, la asistencia sea proporcional al grado de apoyo requerido y adaptado a las necesidades del adulto. 3. Solo una autoridad competente, independiente e imparcial, de conformidad con una norma y un procedimiento establecidos por la ley, puede considerar que un adulto no tiene capacidad jurídica. Los Estados Partes deberán establecer por ley un procedimiento con las salvaguardias adecuadas para el nombramiento de un representante personal para ejercer su capacidad legal en nombre del adulto. Dicha designación debe guiarse por principios consistentes con esta Convención y el derecho internacional de los derechos humanos, que incluyen: (a) garantizar que el nombramiento sea proporcional al grado de incapacidad jurídica del adulto y adaptado a las circunstancias individuales del adulto; (b) asegurando que los representantes personales tomen en cuenta, en la medida de lo posible, las decisiones, elecciones y deseos de los adultos mayores. En síntesis, esta nueva propuesta al borrador y en lo que aquí nos interesa, partiendo del reconocimiento de la capacidad jurídica plena y en condiciones de igualdad, introduce la regulación de la posibilidad de carencia de capacidad jurídica y el subsiguiente nombramiento judicial de un representante para el discapacitado. Vid. resumen sobre los principales argumentos traídos a colación en los debates posteriores de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales a lo largo del tercer período de sesiones del Comité Especial (24 de mayo a 4 de junio de 2004) realizado por TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar...*cit., 15-20.

27. BOOTH GLEN, K. (2020). "Not just guardianship: uncovering the invisible taxonomy of laws, regulations and decisions that limit or deny the right of legal capacity for persons with intellectual and develop mental disabilities". *Albany Government Law Review*, vol. 13, 29-30.

los Derechos Humanos de la ONU elaboró un interesante estudio²⁸, esencial en mi opinión, en el que, por un lado, se estudiaron los precedentes usados como modelo para la confección de este artículo y, por otro, se presentó un análisis comparativo del uso de los términos legal personality, legal capacity y capacity to act en los sistemas legales de algunos países del civil y del common law, en concreto Francia, España y Reino Unido.

Del contenido del mismo a mi juicio resulta fundamental, a los efectos del presente estudio, las dos conclusiones alcanzadas, a saber: en primer lugar, del análisis de los precedentes, en concreto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 16),²⁹ y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 15.2)³⁰, se afirma que el reconocimiento de la personalidad jurídica (recognition as a person before the law)³¹ y la capacidad jurídica (legal capacity) son cuestiones diferentes, siendo la primera un pre requisito de los demás derechos y la segunda, «*is a wider concept that logically presupposes the capability to be a potential holder of rights and obligations, but also entails the capacity to exercise these rights and to undertake these duties by way of one's own conduct. Thus, legal capacity includes the capacity of act, intended as the capacity and power to engage in a particular undertaking or transaction, to maintain a particular status or relationship with another individual, and more in general to create, modify or extinguish legal relationship*». Dicho lo cual se postula la necesidad de imponer un criterio de uniformidad en el uso y significado de los términos incluidos en acuerdos internacionales³² lo que, en definitiva, justifica tanto la asunción de este término en la nueva Convención de 2006, como de su significado.

En segundo lugar, se afirma que la capacidad para ser persona ante el derecho la tenemos desde nuestro nacimiento, sin que quepa limitación alguna; que el ejercicio de la capacidad jurídica (exercise of legal capacity) depende de la tenencia de requisitos

28. NACIONES UNIDAS. 2005. A/AC.265/2005/CRP.5 Legal capacity: documento preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc-6documents.htm>. A partir del debate que en torno al significado del mismo (en ese momento era el art. 9), se mantuvo en la quinta sesión de la comisión ad hoc celebrada en Nueva York desde el 24 de enero al 4 de febrero de 2005.

29. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Artículo 16: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

30. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Artículo 15.2: Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.

31. Sobre el mismo vid. TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar...*cit., 23 nn. 73 y 75.

32. Respecto de la primera cuestión, el mismo documento indica que no se puede deducir del lenguaje usado por el artículo 16 que la capacidad incluya también la de obrar, ni tan siquiera apelando a los criterios interpretativos del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, esto es, el principio de buena fe y el sentido habitual de los términos del tratado en el contexto de éste, incluyendo en el contexto tanto el preámbulo como los anexos. No obstante esto, sí que cabe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 32 que reconoce como recurso complementario de interpretación los trabajos preparatorios del tratado, concluyendo en otorgar el significado del artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica».

adicionales como un mínimo de edad y la capacidad para entender el sentido de las acciones y sus consecuencias; que se adquiere habitualmente por la mayoría de edad y puede requerir, según el acto a realizar, requerimientos adicionales. Hasta aquí todo confirma la clásica configuración de la capacidad de obrar, señalando, en concreto, que ésta, que se presume en las personas adultas, «*can be limited or restricted when individuals are or become unable to act independently to protect their own interests. In these cases, the person remains the holder of substantive rights (...) but cannot exercise them (...) without the assistance of a third party appointed in accordance with the procedural safeguards established by law*».

En síntesis, el mencionado estudio sobre la elección, y lo que resulta más importante, el significado y alcance del término legal *capacity*, si bien considera a éste como un concepto amplio que incluye la capacidad de obrar (también calificada de ejercicio de la capacidad jurídica), sin duda alguna y por lo allí indicado, respeta las características, los requisitos legales y las limitaciones propias de este último concepto. De lo cual podemos concluir, por un lado, que se elige dicho término a partir de un criterio lógico y objetivo de uniformidad en el uso de la terminología de las convenciones y, por otro, que siendo un concepto amplio que abarca tanto la titularidad como el ejercicio de la capacidad, se remarca la necesidad de tener en cuenta los condicionantes y limitaciones: la mínima edad y la capacidad para entender tanto lo que se hace, como las consecuencias jurídicas de los actos.

Una vez publicada y ratificada la Convención de 2006, en los términos que acabamos de ver, el contenido del mencionado art. 12 dio un giro, en mi opinión y la de parte de la doctrina³³, quizás algo extremo e inesperado, a raíz de la publicación de la Observación general Número 1 del 2014 elaborada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (en adelante, la Observación)³⁴. Dicho Comité consideró que, tras unos años de vigencia de la Convención, era necesaria una nueva interpretación, como veremos sin duda más sistémica, teleológica e incluso quizás excesiva, al detectar que los países no habían entendido bien las obligaciones derivadas del contenido de dicho artículo, siendo en consecuencia necesario explicar más su redactado para conseguir que éste se cumpliera.

Así, si bien la Observación en su conjunto es sumamente interesante y de lectura obligatoria, voy a centrar mi atención en la introducción y en la interpretación que la misma hace de los párrafos 1 y 2 del art. 12 de la Convención de 2006, puesto que son los que aquí me interesan a los efectos del alcance del concepto de capacidad jurídica. Dicho esto, y por todo lo ya afirmado, no cabe duda alguna que es la Observación³⁵ la

33. Vid. resumen de las principales voces en contra de la Observación en TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar...cit.*, 50-68.

34. Documento elaborado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad entre el 31 de marzo y el 11 de abril de 2014. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>

35. A este respecto resulta interesante recordar el contenido del informe oficial del Comité de Derechos Humanos de la Asamblea General quien en su sesión número 36, Suplemento número 40 (A/36/40), de fecha 29 de septiembre de 1981, en su anexo VII, señala lo siguiente: «El Comité quiere reiterar su deseo de ayudar a los Estados Partes a cumplir las obligaciones que les incumben en lo tocante a la presentación de informes. En estas observaciones generales se ponen de relieve

que arroja luz sobre el alcance de la reforma planteada en términos de capacidad ante la ley, recogiendo una serie de afirmaciones y obligaciones que son las que realmente han condicionado la nueva normativa objeto del presente análisis y que, en mi opinión presentan algunas contradicciones con el espíritu con el que se confeccionó y redactó en su día la Convención.

En este sentido, en la introducción de la Observación ya se sintetizan las líneas generales que van a conducir dicha interpretación, a saber: a) se remarca algo esencial y a tener en cuenta en el tema que estamos analizando y es que, «de todas las personas con discapacidad, las más discriminadas son las personas con discapacidad cognitiva», esto es, y aclarado en la propia Observación, la discapacidad intelectual, enfermedad mental y demencia; además b) se indica que la tutela y curatela son algunas de las medidas que discriminan a las personas con discapacidad, para afirmar a continuación «que las personas deben tomar sus propias decisiones para ser iguales ante la ley»; y por último, c) se señala que «los países deben dejar de usar la tutela y la curatela, y cambiar todas las leyes que discriminan a las personas con discapacidad. Deben usar medidas de apoyo para tomar decisiones en vez de la tutela y la curatela».

A continuación, y respecto del artículo 12.1, se parte de la afirmación general de que «Las personas con discapacidad tienen derecho a la capacidad jurídica» para continuar realizando una explicación de lo que debe entenderse por capacidad jurídica en línea con lo consensuado en el proceso de elaboración de la Convención: «que tienes derechos y obligaciones ante la ley y que eres responsable de tus actos». Esto es, titularidad y responsabilidad, se entiende, derivada de su ejercicio.

Más adelante, en la interpretación del párrafo segundo del artículo 12, el Comité cen-

algunos extremos de la cuestión, pero no se debe considerar que tienen carácter limitativo ni entrañan la atribución de ninguna prioridad a los diferentes aspectos de la aplicación de Pacto...La finalidad de estas observaciones es transmitir esa experiencia para que redunde en beneficio de todos los Estados Partes, a fin de promover la aplicación ulterior del Pacto por ellos; señalar a su atención las deficiencias puestas de manifiesto por un gran número de informes; sugerir mejoras del procedimiento de presentación de informes, y estimular las actividades de esos Estados y de las organizaciones internacionales en lo concerniente a la promoción y a la protección de los derechos humanos.» La propia Organización de Naciones Unidas describe de esta manera lo que son las Observaciones Generales: «Each of the treaty bodies publishes its interpretation of the provisions of its respective human rights treaty in the form of “general comments” or “general recommendations. These cover a wide range of subjects, from the comprehensive interpretation of substantive provisions, such as the right to life or the right to adequate food, to general guidance on the information that should be submitted in State reports relating to specific articles of the treaties. General comments have also dealt with wider, cross-cutting issues, such as the role of national human rights institutions, the rights of persons with disabilities, violence against women and the rights of minorities.» <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TBGeneralComments.aspx>

Como apunta la doctrina, existen divergencias doctrinales a la hora de concretar el alcance de los efectos jurídicos de la misma, si como interpretación auténtica de la Convención o, por el contrario, sin que exista una obligación de cumplir con las recomendaciones y opiniones del Comité de expertos. Vid. al respecto DE AMUNÁTEGUI, C. (2020). *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas*, cit., 21 n. 8. Si bien, en palabras de MAYOR DEL HOYO, M.V. (2021). La incidencia de la reforma estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales, cit., 2, parece que la comunidad internacional entiende que los Estados no están obligados por dichas interpretaciones, que pueden cuestionarlas e incluso rechazarlas y es por ello que parte de la doctrina española entiende que se hubiesen podido rechazar sus interpretaciones si se hubiese encontrado argumentos para ello.

tra su atención en la explicación de los términos capacidad jurídica y capacidad mental, así como en su diferenciación. Dada la trascendencia de la misma, lo transcribo íntegramente: «Capacidad jurídica significa que tienes derechos y obligaciones y que puedes ejercer tus derechos y tus obligaciones por ti mismo, aunque necesites ayuda. Significa que tomas tus decisiones y eres responsable de las consecuencias. La capacidad jurídica es necesaria para participar en la sociedad. La capacidad mental es la habilidad para tomar decisiones. Capacidad mental es un concepto confuso. Los profesionales y los países lo entienden de manera distinta. No es un concepto objetivo y científico. Las personas tenemos capacidades mentales diferentes. Hay personas que necesitan más ayuda para tomar decisiones que otras. Nuestra capacidad mental puede variar según los criterios que la valoran. Todas las personas tenemos derecho a tener capacidad jurídica, aunque tengamos una capacidad mental diferente. La mayoría de los países confunden la capacidad jurídica y la capacidad mental como si fueran la misma cosa. Cuando una persona tiene dificultad para tomar una decisión se evalúa su capacidad mental. Esta forma de actuar es discriminatoria por dos motivos: se usa con personas con discapacidad sólo porque tienen discapacidad; la valoración de la capacidad mental es subjetiva. Por eso, la capacidad mental no es un motivo adecuado para negar a una persona su capacidad jurídica»³⁶. Respecto de las obligaciones de los países sobre el artículo 12 me interesa destacar la siguiente afirmación de la Observación: «La evaluación de la capacidad mental no puede ser un motivo para recibir un apoyo. Hay que evaluar la necesidad de apoyo de otra manera que no discrimine a las personas con discapacidad».

Y aquí es cuando cabe apelar a la capacidad mental, o competencia mental que, como apunta Porxas Roig³⁷, es un concepto médico que está ligado en el ámbito jurídico con el de la «capacidad natural» y que hace referencia a las habilidades de decisión de la persona, que varían naturalmente de una a otra persona y que pueden ser diferentes de una persona a otra dependiendo de muchos factores, entre ellos factores sociales y ambientales. De donde, continua la autora, el modelo actual de la capacidad jurídica entiende que los déficits en la competencia mental justifican una restricción de la capacidad de obrar de la persona. En el caso de la enfermedad mental, a menudo el propio diagnóstico se considera determinante de la falta de competencia mental requerida para el ejercicio de la capacidad.

En este sentido, considero que no podemos obviar la conexión directa entre la capacidad natural o mental de una persona y su capacidad de obrar, o si se prefiere, el ejercicio de su capacidad jurídica. Ya que conviene recordar que, como indicó en su día Betti, la voluntad es el elemento principal dentro de los esenciales de cualquier negocio

36. En cuanto a las obligaciones de los Países que han ratificado la Convención se señala en la Observación la de evitar medidas que discriminan a estas personas, examinar las leyes sobre la tutela y hacer otras que garanticen apoyos para ejercer derechos, evitar que otras personas o entidades impidan ejercer los derechos a estas personas, dar apoyos a estas personas para que puedan ejercer y disfrutar sus derechos, ayudarles a que tengan más confianza y desarrollen sus capacidades, así necesitarán menos apoyos y sabrán reconocer los apoyos que necesitan.

37. PORXAS ROIG, M.A. (2018). Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: la capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista de Derecho Político*, número 103, 369.

jurídico³⁸; que la voluntad interna precisa de dos caracteres necesarios, conocimiento de lo que se está haciendo y libertad para hacerlo, y que la falta de alguno de ellos puede derivar en ineficacia del negocio. Dicho esto, comparto la opinión de la doctrina³⁹ de que la voluntad consciente y libre depende directamente de la capacidad natural de la persona física, esto es, de su aptitud para entender lo que está haciendo. Y, siendo esto así, y apelando al espíritu de la Convención, es evidente que, reduciendo, o eliminado posibles barreras, jurídicas incluidas, la discapacidad se va a ir reduciendo, dando a la persona más posibilidades de participar. Pero, por todo lo dicho, a mi juicio la participación debe tener unos límites que se asienten en las posibilidades reales de entender los efectos jurídicos de lo que se pretende realizar. Y esto, nos guste o no, también es acorde in fine con la voluntad de cualquier persona, con discapacidad o no, de participar y actuar en sociedad.

Llegados a este punto y volviendo a nuestro ordenamiento jurídico, en él, la capacidad de obrar no es más que una construcción jurídica que, sin pretender en ningún caso la violación de los derechos fundamentales, desde una perspectiva dogmática y legislativa, ha ido evolucionando y adaptándose a las nuevas necesidades y realidades sociales⁴⁰, y sin duda, ha sido esencial en la historia jurídica de nuestro Derecho de la persona⁴¹. En dicha evolución cabe recordar a autores como De Castro⁴², que en su día insistieron en la idea de que el menor tiene tanto capacidad jurídica como de obrar, y que esta última se va ampliando y consolidando con la madurez hasta alcanzar los dieciocho años⁴³. Ello ha permitido diferenciar entre la titularidad jurídica, capacidad ante el derecho abstracta y universal desde el nacimiento, y el ejercicio de los derechos y obligaciones, capacidad concreta que depende de diferentes circunstancias como la edad y la capacidad cognitiva, y que debe analizarse en cada momento y para cada actuación⁴⁴.

Así, recordando la interpretación que hemos visto que se realiza en el proceso de elaboración de la Convención respecto de la denominada legal capacity, en mi opinión la observación, en cierto modo, se separa de ésta, al entender a priori que la capacidad

38. BETTI, E. (1943). *Teoría general del Negocio jurídico*. Trad. y concordancias de MARTÍN PEREZ. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado. 119-130.

39. Vid. al respecto las interesantes opiniones en este sentido vertidas por Martínez de Aguirre y Alía Robres entre otros, citados por PETIT SÁNCHEZ, M. (2020). 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, 278-279.

40. Vid. sucinta síntesis de dicha evolución realizado por ROGEL VIDE, C. (2021) ¿Capacidad de los discapaces?, cit., 7-19.

41. Prueba de ello es, entre otras, la eliminación de cualquier limitación previa de la capacidad de obrar de la mujer y por cuestión de género, por ejemplo, las denominadas licencias maritales, y la del artículo 1263 del Código civil respecto de la contratación de menores.

42. Citado por MUÑIZ ESPADA, E. y DE CASTRO VITORES, G. (2021), cit., 119.

43. Vid. ejemplos sobre la evolución jurisprudencial en este mismo sentido analizados por GARCÍA RUBIO, citada por TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar...*cit., 29 n.94.

44. Baste para ello recordar, por un lado, la necesidad de actuar en el mundo jurídico a través de términos concretos que facilitan las operaciones y reducen la conflictividad y, por otro, la evolución que ha sufrido el Derecho en este sentido a lo largo de la historia, partiendo de un Derecho Romano en el que la ausencia, en el ámbito de la capacidad, de una terminología concreta y precisa, dificultó en muchas ocasiones la resolución de los problemas y evidenció la necesidad de operar con términos mucho más precisos.

mental no debe considerarse, en estos casos, como una de esas circunstancias a tener en cuenta y que limitan dicho ejercicio.

Por todo ello, y en un intento de dar cabida a este nuevo paradigma considero importante remarcar, por un lado, que dicha unificación del concepto de capacidad, y por ende sus consecuencias, debe quedar, al menos por ahora, estrictamente limitada al ámbito de las personas con discapacidad; y, por otro, que resulta coherente con la estructura sobre la que se sustenta nuestro actual Derecho de la persona mantener, desde una perspectiva general, la distinción entre la capacidad jurídica adquirida por todas las personas desde su nacimiento y vinculada a la titularidad del patrimonio, y la capacidad de obrar, concreta y a determinar en cada caso y, eso sí, limitada a priori, por efecto de la Ley 8/2021, exclusivamente a los supuestos de minoría de edad, y a supuestos en que existan dificultades a la hora de entender los actos y sus consecuencias, teniendo siempre presente las llamadas capacidades especiales⁴⁵. Es decir, la mencionada Ley, si bien establece la imposibilidad de incapacitar a cualquier persona física, tenga la edad que tenga, no debe entenderse que elimina el concepto de capacidad de obrar ni, en consecuencia, que generaliza la capacidad de obrar de los menores que sigue siendo, no lo olvidemos, una circunstancia que limita la misma⁴⁶.

Así, y para mantener la coherencia del sistema jurídico privado actual, resulta necesaria esta diferenciación conceptual con el fin de entender la edad como elemento que sigue limitando la capacidad de actuar ante el Derecho, justamente por la evolución natural de la propia persona y de la capacidad volitiva para comprender las consecuencias de lo que se está realizando, y la mayoría de edad, en la que se alcanza, no lo olvidemos, la plena capacidad de obrar⁴⁷. Todo ello, como consecuencia de la diferente capacidad

45. Y en este sentido un informe del Consejo General de la Abogacía Española ya sugirió en su día que se incorporase en el anteproyecto de ley el término «capacidad de obrar» y que se aclarase quien y como una persona es considerada «persona con discapacidad». Vid. al respecto, Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de 11 de abril de 2019, p. 7.

46. En el límite comparto la opinión de algunos que llegan a afirmar que la autosuficiencia y la plena autonomía realmente son mitos en nuestra sociedad actual ya que hay pocas etapas de la vida de la persona en la que se pueda afirmar que ésta vive de forma efectiva y realmente autónoma. Vid. al respecto, BARRETO SOUZA, R. (2015). Capacidad jurídica: un nuevo paradigma desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad, *American University International Law review*, Vol.30 (2), Washington (EEUU): American University ed., 184.

47. Todo esto debe conectarse indefectiblemente con una visión histórica del tema. Es decir, apelando a la máxima de que el Derecho es un producto histórico, un análisis en este sentido lleva a la confirmación de la idea de la evolución constante respecto de la concreción de una edad concreta vinculada a la plena capacidad de obrar. Y, es más, no solo esto, sino que esto puede incluso conducir a confirmar la fragilidad del uso de una edad para determinar la madurez cognitiva general. Baste como ejemplo la denominada cura minorum romana que, creada con el firme convencimiento de la inmadurez negocial de las personas hasta la edad de 25 años, se convierte en instrumento de protección de estos ante los engaños habituales en el comercio. DUPLÁ MARÍN, M.T. y BARDAJÍ GÁLVEZ, M.D. (2007). El fundamento último de la protección al menor consumidor: la inexperiencia en el ámbito patrimonial, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Número 11, 211-230. DUPLÁ MARÍN, M.T., PANERO ORIA, P., GARCÍA CUETO, E. (2021) La protección a menores y adolescentes en negocios mercantiles precedentes romanos y su proyección en el Derecho actual. En García Sánchez (dir.) *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 9. Madrid: BOE,977-1000.

Así, y teniendo presente la evolución de la edad fijada ab initio en relación a la llamada capacidad de obrar plena desde los 25 años hasta los 18, así como las múltiples excepciones que, a día de hoy, existen en nuestro ordenamiento jurídico

natural (cognitiva si se quiere), existente, y que también puede condicionar y va a condicionar, no lo olvidemos, el ahora llamado ejercicio de la capacidad jurídica en el supuesto de las personas con discapacidad, o la clásica capacidad de obrar de los menores⁴⁸.

En síntesis y para concluir, la incorporación del nuevo sistema de apoyos que elimina la incapacitación, el estado civil de incapacitado y la tutela, que introduce la protección de las preferencias y voluntad de la persona con discapacidad como elemento esencial del cambio⁴⁹, así como el nuevo concepto de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en mi opinión precisa de una integración coherente y compatible, no solo con nuestro actual Derecho de la persona, sino también con el espíritu en que en su día se elaboró y acordó la Convención. Por todo ello, la publicación de la Ley 8/2021 no debe suponer su supresión total, si no que pasa por el mantenimiento del clásico concepto de capacidad de obrar, como concepto vinculado a la edad y consiguiente madurez cognitiva y, por tanto, al estado civil de la persona (minoría o mayoría de edad) y también la capacidad de entender lo que se hace y que, por tanto, por ahora, no debe desaparecer si pretendemos una coherente comprensión de la idea general de aptitud ante el derecho⁵⁰.

Y todo esto porque, como acabamos de ver, si no fue intención de la Convención eliminar la clásica distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, menos tiene que serlo la interpretación e integración de la misma en nuestro ordenamiento jurídico a través, entre otras, de la Ley 8/2021.

De la persona incapacitada a la persona con discapacidad y con capacidad jurídica plena

Uno de los pilares en los que se sustenta la reforma que estamos analizando es la eliminación del término incapacitación que, si bien parece que debiera quedar genéricamente sustituido por el de persona con discapacidad, esto último merece también de ciertas reflexiones y matizaciones. Recordemos que este último término ya había sido introducido por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria (en adelante Ley 41/2003) y por la Ley 26/2011, de 11 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, modificado posteriormente por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el Texto refundido de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social, si bien el mismo

respecto de las denominadas capacidades especiales y que posibilitan la actuación de los menores de edad en determinados ámbitos de la vida, en mi opinión, resulta complicado desconectar la madurez cognitiva que la persona física va adquiriendo con el paso del tiempo con la capacidad de obrar ante el Derecho.

48. Y cuyo origen se encuentra, como hemos visto, en la regulación jurídica romana y que parece, según DE CASTRO Y BRAVO, citado por TORRES COSTAS, M.E. (2019). *La capacidad de obrar...*cit., p. 29, n.95, fue difundida por la escuela protestante de Derecho natural y más adelante por Savigny.

49. Vid. por todos, MARÍN VELARDE, A. (2021). La familia, piedra angular de las instituciones de apoyo en el Proyecto de reforma en materia de discapacidad, cit., 187-189.

50. En el mismo sentido se manifiesta SANCHEZ-VENTURA MORER, citado por TORRAS COSTAS M.E., (2019). *La capacidad de obrar...*, cit., p. 31 n. 102.

convive a nivel normativo con otros como el de «capacidad modificada judicialmente» o el de «personas que sufren limitaciones funcionales»⁵¹ de reciente incorporación en la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios.

Así, y más allá de compartir el gran avance que supone el ir descartando términos con ciertas connotaciones negativas tales como discapacitado o minusválido⁵² (ambos por persona con discapacidad) que, a día de hoy, resultan totalmente inapropiados, considero que es interesante una breve aproximación al significado de los términos incapacidad y discapacidad que, en cualquier caso, puede arrojar algo de luz al respecto. Ya que, tal y como en su día apuntó Panero⁵³, recordando que el origen de la terminología jurídica es esencialmente el lenguaje común, hay que tener presente que a pesar de haber logrado una palabra su plena lexicalización jurídica, incluso en el ámbito jurídico sigue a veces usándose con su primitivo significado común. Además, conocer el origen etimológico o procedencia puede ayudar a comprender los significados que llega a asumir un término.

Dicho lo cual, en la actualidad el diccionario de la Real Academia Española (en adelante RAE) define la discapacidad como «situación de la persona que, por sus condiciones físicas o mentales duraderas, se enfrenta con notables barreras de acceso a su participación social»⁵⁴. En este caso, el prefijo «dis», procedente del latín -dis-, puede indicar negación o contrariedad, o, procedente del griego -δυσ- dys- dificultad o anomalía. Y el discapacitado, neologismo que, como se indica en el diccionario de la RAE, procede del término inglés *disabled* y que es, en consecuencia, «el que posee una discapacidad»⁵⁵.

La incapacidad, por su parte, procede del latín -incapacitas, -ātis-⁵⁶ y se define en el

51. Que según lo dispuesto en el Considerando (4) son «personas que tienen alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, alguna deficiencia relacionada con la edad o con otras causas vinculadas al funcionamiento del cuerpo humano, permanente o temporal, que, al interactuar con diversas barreras, limitan su acceso a productos y servicios a sus necesidades particulares.» Vid. interesante resumen de las líneas generales del contenido de dichas normas, así como anteriores y posteriores en materia de discapacidad, en MARÍN VELARDE, A. (2021). La familia, piedra angular de las instituciones de apoyo en el Proyecto de reforma en materia de discapacidad, cit., 176-178.

52. Como apunta, entre otros, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2020). Prejuicios, lenguaje y discapacidad: notas en torno a la terminología antigua y moderna relativa a las personas con discapacidad. *Cultura, Lenguaje y Representación*, vol. XXIII, 48-49, la Organización Mundial de la Salud ya había reconocido que los términos utilizados pueden estigmatizar y etiquetar, de donde derivó la decisión de dejar de utilizar el de minusvalía y similares por su connotación peyorativa y sustituirlo por el de discapacidad como término más general que incluye tanto déficits como limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Y, como continúa dicho autor, de la discapacidad se ha avanzado hacia la diversidad funcional, esto es, poniendo el acento en los diferentes modos de funcionar como la diferencia esencial, y hacia la expresión personas vulnerables en sustitución de incapaces o incapacitadas. Vid. por todos, VIVAS TESÓN I., (2021). Nuevos horizontes para la discapacidad en el Derecho civil español, cit., 150.

53. PANERO GUTIERREZ, R. (2006). *Formación de los conceptos jurídicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 44.

54. <https://dle.rae.es/discapacidad> (última visita 25.10.21).

55. <https://dle.rae.es/discapacitado?m=form> (última visita 25.10.21).

56. Si bien, como señala CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2020). Prejuicios, lenguaje y discapacidad: notas en torno a la terminología antigua y moderna relativa a las personas con discapacidad, cit., 52-58, el léxico latino se caracteriza por disponer de una pluralidad de términos que indican en muchas ocasiones caracteres físicos no habituales como, por vía de ejemplo, debilis, deformis, morbus o vitium, o a la discapacidad psicológica, como furiosus, demens o mente captus y que se encuen-

diccionario de la RAE como «la falta de capacidad para hacer, recibir o aprender algo; la falta de entendimiento o inteligencia» o, desde un punto de vista jurídico, como «la carencia de aptitud legal para ejecutar válidamente determinados actos, o para ejercer determinados cargos públicos»⁵⁷. Y el incapacitado, en consecuencia, es «el falto de capacidad o aptitud para hacer algo»⁵⁸. Por último, curiosamente y hasta hace muy poco, en la definición que aparecía en el diccionario de la RAE del término discapacitar aparecía «incapacitar» como equivalente, y se definía como «privar de la capacidad o aptitud necesarias para algo y, jurídicamente, decretar la falta de capacidad civil de personas mayores de edad».

Todo ello, in fine, denota una sencilla realidad, esto es, la similitud de los significados de ambos términos, así como, en cierto modo, evidencia o pone de manifiesto también la similitud de los caracteres que configuran tanto la anterior incapacidad, como la actual discapacidad. Dejo aquí apuntadas estas breves reflexiones respecto del cambio terminológico de este nuevo escenario y que, en mi opinión, y por todo lo dicho, no me parece que se corresponda del todo con el objetivo último que se pretende con la reforma.

En síntesis, si bien es cierto que en términos generales la Convención incluye preceptos muy necesarios y positivos respecto de diferentes aspectos de la vida de una persona con discapacidad, en cuanto a la capacidad o aptitud ante el derecho y el correspondiente ejercicio de la capacidad jurídica resulta necesario realizar algunas matizaciones pues, a priori, puede considerarse algo contradictorio afirmar que una persona con discapacidad tiene la misma capacidad que una persona sin discapacidad. Y es que, en este sentido, se hace preciso a partir de ahora tener presente que la persona con discapacidad lo es desde el punto de vista físico/sensorial o psicológico/cognitivo, siendo a priori plenamente capaz desde el punto de vista jurídico. Esto es, in fine, en mi opinión se abre una nueva etapa en la que debemos empezar a disociar el actual término «discapacidad» del componente jurídico que podía tener hasta ahora y que lo vinculaba a la «incapacidad/incapacitación», para centrar la atención exclusivamente en su acepción social típica y, en definitiva, a cualquier deficiencia física o cognitiva permanente de una persona que puede traer como consecuencia la necesidad de algún apoyo. Sin embargo, si este es el sentido amplio que parece deducirse de la Convención y de la nueva Ley 8/2021, como veremos en el siguiente apartado, la misma norma reconduce a determinada normativa previa que concreta, para algunos casos, los requisitos que deben darse para poder hablar de persona con discapacidad⁵⁹.

Llegado este momento, la pregunta que cabe plantearse es ¿quién precisa de apoyo? Y como anticipó Marín Velarde⁶⁰, hubiese sido conveniente que esta reforma hubiese

tran tanto en el ámbito literario como en el jurídico, concluyendo dicho autor que no primaban, en el uso de dicho lenguaje, términos ofensivos o degradantes para la persona que estaba en dicha situación, si bien la discapacidad en sí misma si era objeto de burla entre los romanos.

57. <https://dle.rae.es/incapacidad?m=form> (última visita 25.10.21).

58. <https://dle.rae.es/incapacitado?m=form> (última visita 25.10.21).

59. Me refiero en concreto al concepto de persona con discapacidad introducido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y que, hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021, propició la diferenciación en nuestro ordenamiento jurídico entre la persona incapacitada judicialmente y la declarada administrativamente persona con discapacidad.

60. A modo de ejemplo el caso del Derecho irlandés, el francés, el belga y el suizo, destacando el primero de ellos por con-

clarificado quienes son los destinatarios de los apoyos, como se ha procurado hacer en legislaciones de nuestro entorno.

Además, no cabe olvidar que el término incapacidad o incapaz es habitual y parece obvio que se va a mantener en la praxis jurídica y legislativa, por lo que también se hace preciso concretar que, el actual significado que debemos dar a dicho término, con el fin de armonizar todo nuestro sistema, se corresponde con su sentido más genérico y ordinario, esto es, con la idea de falta de capacidad ante el derecho en un ámbito concreto (al que se esté haciendo alusión en cada caso), rehusando cualquier anterior vinculación con el estado civil de la persona⁶¹.

Una breve referencia a los tipos de discapacidad y los criterios para su determinación

Partiendo de la idea de que no es sencillo proponer una única definición de discapacidad ya que, como ha apuntado la doctrina, se trata de un concepto complicado y multidimensional⁶², la Convención indica de forma genérica y amplia que las personas con discapacidad incluyen las que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo.

Dicho lo cual, y a los efectos de lo que aquí nos interesa, la Ley 8/2021 introduce ciertas modificaciones de la Disposición adicional 4ª del Código civil, remitiendo de nuevo a la normativa previa para concretar el sentido que hay que dar hoy al término discapacidad, y diferenciando, como novedad, dos posibles situaciones y/o grados de protección, a saber:

La discapacidad que podríamos calificar «en sentido estricto»: restringida a los supuestos contemplados en los artículos 96, 756.7, 782, 808, 822 y 1041 del Código civil⁶³, en los que la referencia a la discapacidad debe entenderse hecha:

a.1) al concepto definido en el art. 2.2 de la Ley 41/2003, esto es, las personas que presenten una discapacidad⁶⁴:

1) Psíquica igual o superior al 33 por ciento;

cretar que son las personas que requieran asistencia en el ejercicio de su capacidad para tomar decisiones concretas, especificando que la capacidad para tomar decisiones es la habilidad para entender la naturaleza y consecuencias de la decisión que se toma. Vid. MARÍN VELARDE, A. (2021). La familia, piedra angular de las instituciones de apoyo en el Proyecto de reforma en materia de discapacidad cit., pp. 186 y 187.

61. La propia Ley 8/2021 mantiene el término incapaces, por ejemplo, en el artículo 756 del Código civil en sede de indignidad para suceder.

62. Vid. al respecto ALTMAN, citado por CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2020). Prejuicios, lenguaje y discapacidad: notas en torno a la terminología antigua y moderna relativa a las personas con discapacidad, cit., 49.

63. Se debe tener en cuenta que también se debieran haber modificado los artículos 782,802 y 822 del Código civil no hablan de persona con discapacidad sino de «situación psíquica o física que le impida desenvolverse de forma autónoma» lo cual genera evidente contradicción con lo indicado en la Ley 8/2021; asimismo el artículo 1041 del Código civil tampoco habla de discapacidad sino de los gastos requeridos por sus «circunstancias físicas o psíquicas».

64. Precepto que también ha sido modificado por Ley 8/2021 con la finalidad de adaptar la terminología. En la redacción anterior: las personas afectadas por una minusvalía.

2) Física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

El grado de discapacidad se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.

La Ley 8/2021 introduce como novedades la inclusión del artículo 808 y la limitación al apartado 7 del artículo 756 del Código civil.

a.2) Y, como novedad de la Ley 8/2021, las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (a partir de este momento Ley 39/2006)⁶⁵, esto es:

a) Las personas que necesitan ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quieren el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal (Grado II. Dependencia severa).

b) Las personas que necesitan ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesitan el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tienen necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal⁶⁶ (Grado III. Gran dependencia).

El Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006 señala que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2 de la mencionada Ley «la dependencia es el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos

65. Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

66. Los intervalos para la determinación de los grados se establecerán en el baremo al que se refiere el artículo siguiente.

Artículo 27. Valoración de la situación de dependencia. 1. Las comunidades autónomas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia, que emitirán un dictamen sobre el grado de dependencia con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir. El Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia deberá acordar unos criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las comunidades autónomas que, en todo caso, tendrán carácter público. 2. Los grados de dependencia, a efectos de su valoración, se determinarán mediante la aplicación del baremo que se acuerde en el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para su posterior aprobación por el Gobierno mediante real decreto. Dicho baremo tendrá entre sus referentes la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF) adoptada por la Organización Mundial de la Salud. No será posible determinar el grado de dependencia mediante otros procedimientos distintos a los establecidos por este baremo. 3. El baremo establecerá los criterios objetivos de valoración del grado de autonomía de la persona, de su capacidad para realizar las distintas actividades de la vida diaria, los intervalos de puntuación para cada uno de los grados de dependencia y el protocolo con los procedimientos y técnicas a seguir para la valoración de las aptitudes observadas, en su caso. 4. El baremo valorará la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma las actividades básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión para su realización por personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental. 5. La valoración se realizará teniendo en cuenta los correspondientes informes sobre la salud de la persona y sobre el entorno en el que viva, y considerando, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas.

para su autonomía personal». El Baremo de Valoración de la Dependencia (en adelante, BVD) permite determinar las situaciones de dependencia moderada, dependencia severa y de gran dependencia, indicando que el grado II se corresponde a una puntuación final del BVD de 50 a 74 puntos, y el grado III a una puntuación final del BVD de 75 a 100 puntos⁶⁷. Durante el proceso de valoración deberá tenerse siempre en cuenta para establecer la distinción entre dependencia y otras situaciones lo siguiente: b. El carácter permanente de la situación de dependencia quedará establecido cuando en la condición de salud de la persona no haya posibilidad razonable de restitución o de mejoría en el funcionamiento. d. La edad, la enfermedad o la discapacidad son condiciones necesarias, pero no suficientes en sí mismas, para establecer la situación de dependencia y el alcance de su severidad a efectos del reconocimiento oficial.

La discapacidad que podríamos calificar «en sentido amplio»: la Ley 8/2021 incluye este nuevo párrafo: «A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica».

A modo de conclusiones: las primeras resoluciones judiciales y algunas dificultades en la aplicación de la nueva normativa

No quiero concluir el presente análisis sin antes hacer una breve referencia a la realidad inmediata tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021. Y para ello voy a tomar como referencia el contenido de las primeras resoluciones judiciales del mes de septiembre.

67. Asimismo, el BVD permite identificar los dos niveles de cada grado en función de la autonomía personal y de la intensidad del cuidado que requiere de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. El BVD es aplicable en cualquier situación de discapacidad y en cualquier edad, a partir de los 3 años.

La determinación del grado y nivel oficial de dependencia se obtiene a partir de la puntuación final obtenida en el BVD de acuerdo con la siguiente escala: – De 0 a 24 puntos, sin grado reconocido. – De 25 a 39 puntos, Grado I nivel 1. – De 40 a 49 puntos, Grado I nivel 2. – De 50 a 64 puntos, Grado II nivel 1. – De 65 a 74 puntos, Grado II nivel 2. – De 75 a 89 puntos, Grado III nivel 1 – De 90 a 100 puntos, Grado III nivel 2.

La puntuación final del BVD se obtiene mediante la suma ponderada de los valores asignados a las tareas en que se ha establecido la situación de dependencia por el coeficiente del tipo de apoyo de otra u otras personas que se requiere en relación con cada una de ellas. Teniendo en cuenta que: a. El valor asignado a cada tarea resulta de la multiplicación del peso de la tarea en su actividad correspondiente por el peso de dicha actividad en el total de la escala que le es de aplicación a la persona valorada. b. Los pesos de las actividades y las tareas aparecen en la correspondiente tabla de la «escala general» (Anexo A). En el caso de personas con condiciones de salud que puedan afectar a sus funciones mentales, se emplearán además los pesos de la «escala específica» (Anexo B), seleccionando como puntuación final del BVD aquella que sea más elevada. c. Los coeficientes del tipo de apoyo de otra u otras personas aparecen en la «tabla de apoyos» (Anexo C). d. La puntuación final se redondea al entero más cercano.

Procedimientos generales de aplicación: La aplicación del BVD se realiza empleando cuatro procedimientos para obtener la información: – Los informes de salud y del entorno de la persona a valorar. – La entrevista. – La observación y comprobación directa. – La aplicación de pruebas en un contexto estructurado.

La Sentencia del Tribunal Supremo de ocho de septiembre 2021⁶⁸, primera sentencia del alto Tribunal sobre la aplicación de dicha norma tras su publicación, y en la que éste resuelve sin declarar la modificación de la capacidad del demandado, puesto que no cabe por supresión de la incapacidad, pero ratificando la medida de apoyo que había sido previamente dispuesta. El Tribunal, en lo que aquí nos interesa, sustenta su decisión en un hecho relevante a los efectos de lo que aquí estamos analizando: el trastorno de personalidad que afecta al interesado incide directamente en el ejercicio de su capacidad jurídica provocándole un deterioro personal que le impide el ejercicio de sus derechos. Por todo ello y, a pesar de que el deseo y preferencia del mismo es no tener dicha medida de apoyo, esto es, en contra de su voluntad como se indica en la resolución, se entiende que la medida adoptada es necesaria porque el trastorno que sufre impide que tenga una conciencia clara de su situación.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de quince de septiembre⁶⁹, en la que el Tribunal, apelando a la tradicional distinción entre actividades básicas, instrumentales y avanzadas de la vida diaria, recuerda que la capacidad es la medida de la voluntad y de la libertad y que las medidas de apoyo, en el caso de las actividades instrumentales y avanzadas, deberán respetar la voluntad y deseos de la persona, con el límite siempre de la protección del derecho a la dignidad de toda persona. Dicho lo cual, y habiendo analizado los informes médicos, concluye que «no hay duda alguna de la necesidad de apoyo en el ámbito personal y también en el patrimonial...No podemos hablar de “forzar su voluntad” cuando, como refiere el Dr. se invoca esa libertad como falacia de control. La limitación de su capacidad condiciona su voluntad y su libertad. Por ello, si en ejecución de sentencia lo insta de nuevo el organismo tutelar, se podrá estudiar de nuevo el ingreso en un centro de larga estancia aun en contra de la supuesta “voluntad” manifestada por la afectada».

Y por último, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander del 23 de septiembre de 2021⁷⁰ en la que el Tribunal resuelve teniendo en cuenta la nueva normativa, pero declarando la constitución de una curatela representativa, en favor de la madre de la persona con discapacidad, cumpliendo en esto la voluntad del interesado, y justificando dicha decisión en la discapacidad permanente que ostenta y que aparece descrita en el dictamen médico-forense, discapacidad que incide en su discernimiento, teniendo muy limitada su capacidad de decidir. Así, como se indica en la resolución, las limitaciones asociadas a su trastorno comprometen gravemente sus facultades y le impiden la adopción de decisiones responsables sobre su persona y bienes. Por todo ello procede declarar judicialmente la discapacidad plena.

Un breve apunte al respecto a modo de conclusión. Si bien es cierto que esto ya se procuraba hacer en líneas generales a través de nuestro sistema previo de instituciones tutelares judiciales, el nuevo paradigma posibilita e impulsa la confección de lo que ha venido a denominarse «un traje a medida para cada caso»⁷¹, lo cual, si bien resulta más

68. Roj: STS 3276/2021.

69. Roj: SAP B 9511/2021.

70. Roj: SAP S 1083/2021.

71. ROGEL VIDE, C. (2021). ¿Capacidad de los discapaces?, cit., 16-17, quien apunta las similitudes de ambos sistemas. Vid. interesante informe sobre la evolución de la tutela realizado 2015-19 por la Asociación española de fundaciones tutelares

costoso, puede ser positivo. Además, cabe subrayar el matiz, nada desdeñable, en el que se sustenta la reforma de la Convención y, consecuentemente, la Ley 8/2021, y que supone el respeto prioritario a la voluntad y a las preferencias de la persona, frente al sistema anterior de protección al interés⁷².

Ante lo cual me planteo una reflexión final, esto es, si quizás, visto lo visto, hubiese sido suficiente, como había anticipado una parte de la doctrina⁷³, una adaptación más moderada y razonada, tal y como permite la propia Convención en su artículo 4.4⁷⁴ y quizás más acorde con el espíritu inicial de ésta y, en concreto, del significado del término legal capacity. Y anticipo esta reflexión porque, teniendo presente las bonanzas del nuevo paradigma, me preocupa la realidad de situaciones, como las que aparecen en las resoluciones citadas, de patologías mentales o de deficiencias severas cognitivas ocasionadas por la edad, en las que justamente el apoyo efectivo a esa persona consiste no en dejarle hacer, sino, en no dejarle hacer lo que quiera por su propia voluntad afectada irremediablemente de alguna dolencia cognitiva que le impide conocer el acto y, por ende, las consecuencias de lo que pretende realizar. Esto es, queramos o no, y como acabamos de comprobar, parte importante de nuestra realidad.

Dicho esto, es evidente que una de las dificultades del nuevo sistema va a estar en delimitar, para cada uno de los casos, donde está el límite de la voluntad y libertad individual sin que quepa afirmar, como en su día señaló De Salas Murillo, la existencia de un derecho a no recibir apoyos⁷⁵. Ya que, si se apuesta por un sistema de apoyo que, partiendo de declaración de la capacidad jurídica general, pretende no tener en cuenta los efectos de las posibles carencias de capacidad mental o cognitiva de determinadas personas⁷⁶, la consecuencia real va a ser que, en la mayoría de ellas, como a acabamos de ver, dichas personas van a ser mucho más vulnerables a la influencia indebida y a los engaños. Desde esta perspectiva es desde la que la reforma en su conjunto me plantea dudas e interrogantes en su aplicación práctica. Y si a esto sumamos la existencia

[en línea] en el que también se destaca (pag. 45) la evolución a la baja de la tutela frente a la curatela, lo que muestra la influencia previa del nuevo paradigma del Convenio en las resoluciones judiciales. <https://fundacionestutelares.org/wp-content/uploads/2020/06/ESTUDIO-SOBRE-LA-SITUACION-DE-LA-TUTELA-EN-ESPAÑA-DEFINITIVO.pdf>

72. PETIT SÁNCHEZ, M. (2020). La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés, cit., 265-313.

73. Ya que incluso, como recuerda CUADRADO PÉREZ, y por todo lo visto, cabe apelar a la ratio legis que goza de preeminencia, incluso, sobre la propia letra de la norma. CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad, cit., 62-63.

74. «Nada de lo dispuesto en la Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte, o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado».

75. DE SALAS MURILLO, S. (2020). ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 780, págs. 2227 a 2268.

76. En el mismo sentido concluye CUADRADO PÉREZ al señalar lo siguiente: «Mantener las medidas representativas en el caso de los menores de edad y suprimirlas en las hipótesis más graves e incapacitantes de discapacidad, adolece, a nuestro juicio, de incongruencia, pues puede haber evidentes similitudes entre ambas situaciones: limitación o plena carencia de la capacidad natural de autogobierno». CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad, cit., 67.

en nuestro país de una pirámide de la población regresiva⁷⁷, cualquier relajación en dichos apoyos puede convertirse en un arma de doble filo y, en consecuencia, no solo desproteger a dichas personas, sino también puede permitir la vía libre a declaraciones de voluntad, en negocios jurídicos relevantes, que carezcan de la necesaria libertad y conocimiento del acto que va a realizarse y las consecuencias del mismo.

En palabras de Cuadrado Pérez⁷⁸ que suscribo en su totalidad: «tan inadecuado resulta incapacitar a personas que conservan su capacidad de autogobierno como, en sentido contrario, fingir que dicha capacidad está presente en quienes, realmente, carecen de ella».

La magnitud de la reforma es enorme y, por ello, cabe apelar hoy más que nunca a la prudencia, tanto en la aplicación de la norma, como en su compleja interpretación e integración en todo nuestro ordenamiento jurídico. Baste recordar, en este sentido, la máxima del jurista Celso recogida en la Compilación de Justiniano (s. VI): «*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*»: conocer las leyes no es recordar sus palabras, sino su esencia y su significado⁷⁹.

Bibliografía

STS 589/2021, Sala Primera, de 8 de setiembre 2021. Roj: STS 3276/2021.

SAP Barcelona 550/2021, sección 18, de 15 de setiembre de 2021. Roj: SAP B 9511/2021.

SAP Santander 375/2021, sección 2ª, de 23 de setiembre de 2021. Roj: SAP S 1083/2021.

Arroyo Amayuelas, E. (2019). El deterioro cognitivo en la vejez : entre la vulnerabilidad y la discapacidad. En: *Revista de bioética y derecho*. (45):127-147.

Barreto Souza, R.. (2015). Capacidad jurídica : un nuevo paradigma desde la convención de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. En: *American university international law review*. 30(2):177-212.

Betti, E.; Pérez, Martín, tr. (1943). *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid : Revista

77. Los datos provisionales del INE publicados recientemente arrojan como titular que la edad media de la población inscrita en el padrón tras la pandemia es de 43,8 -la de los españoles 44,7 y la de los extranjeros 36,36- y en lo que va de s. XXI ha aumentado cuatro años, siendo la de los ciudadanos de países pertenecientes a la UE de 38,9. Se mantiene por tanto una pirámide de población regresiva propia de países desarrollados con clara tendencia hacia el envejecimiento (poca natalidad y mortandad, gran concentración en el centro) pues la esperanza de vida es muy alta, a pesar de que en el año 2020, evidentemente como consecuencia del Covid-19, tuvo el mayor descenso de la UE y pasó de 84 a 82,4 (cifra similar a la del 2012). https://www.elconfidencial.com/espana/2021-04-20/poblacion-espana-un-ano-pandemia-coronavirus_3042247/. ARROYO AMAYUELAS, E. (2019). El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad. *Revista de Bioética y Derecho*, número 45, 127-147.

78. CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad, cit., p. 67.

79. D. 1,3,17 *Celsus lib. XXVI Dig.*

de Derecho Privado.

Booth Glen, K. (2020). Not just guardianship: uncovering the invisible taxonomy of laws, regulations and decisions that limit or deny the right of legal capacity for persons with intellectual and develop mental disabilities. En: *Albany Government Law Review*. 13:25-93.

Castán Pérez-Gómez, S. (2019). *Discapacidad y Derecho Romano : condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua*. Madrid : Reus Editorial.

Castán Pérez-Gómez, S. (2020). Prejuicios, lenguaje y discapacidad : notas en torno a la terminología antigua y moderna relativa a las personas con discapacidad. En: *Cultura, lenguaje y representación*. 23:47-63.

Cuadrado Pérez, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad. En: *Revista crítica de derecho inmobiliario*. (777):13-90.

Amunátegui Rodríguez, C. de; Martínez Martínez, M. (2020). *Derecho de sucesiones y discapacidad : retos y cuestiones problemáticas*. Madrid : Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Salas Murillo, S. de. (2020). ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?. En: *Revista crítica de derecho inmobiliario*. (780):2227-2268.

Duplá Marín, M. T.; Bardají Gálvez, M. D. (2007). El fundamento último de la protección al menor consumidor : la inexperiencia en el ámbito patrimonial. En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. (11):211-230.

Duplá Marín, M. T.; Panero Oria, P.; García Cueto, E. (2021). La protección a menores y adolescentes en negocios mercantiles precedentes romanos y su proyección en el derecho actual. En: *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*. 9:977-1000.

Marín Velarde, A. (2021). La familia, piedra angular de las instituciones de apoyo en el proyecto de reforma en materia de discapacidad. En: *familia y derecho en la España del s.xxi, homenaje al Prof. Luís Humberto Claveria Gosálbez*.

Mayor Del Hoyo, M. V. (2021). La incidencia de la reforma estatal del derecho civil en materia de capacidad en los derechos civiles territoriales. En: *Diario La Ley*. 9859(5619/2021):1-10.

Muñiz Espada, E. (2020). Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad. En: *Revista jurídica del notariado*. (111):277-325.

Muñiz Espada, E.; Castro Vitores, G. de. (2021). Divergencias para una futura reforma legislativa de la discapacidad. En: *Familia y derecho en la España del s.XXI, homenaje al Prof. Luís Humberto Claveria Gosálbez*. pp. 113-144

Panero Gutiérrez, R. (2006). *Formación de los conceptos jurídicos*. Valencia : Tirant lo Blanch.

Petit Sánchez, M. (2020). La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad : armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés. En: *Revista de derecho civil*. 7(5):265-313.

Porxas Roig, M. A. (2018). Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico : la capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista de derecho político*. (103):355-379.

Rogel Vide, C. (2021). ¿Capacidad de los discapaces? : notas en torno al proyecto de ley 121/21. En: *Revista general de legislación y jurisprudencia*. (1):7-19.

Salomón, L. (2007). Una aproximación a la terminología jurídica actual desde la perspectiva romanística. En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. (11):885-898.

Torrent, A. (2007). *Fundamentos del derecho europeo : ciencia del derecho: Derecho Romano-ius commune-derecho europeo*. Madrid : Edisofer SL.

Torres Costas, M. E. (2019). *La capacidad de obrar a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Santiago de Compostela : Universidad de Santiago de Compostela. Texto presentado como tesis doctoral. URL: <http://hdl.handle.net/10347/23196>

Torres Costas, M. E. (2020). *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid : BOE. URL https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2020-168

Vivas Tesón, I. (2021). Nuevos horizontes para la discapacidad en el derecho civil español. En: *Familia y derecho en la España del s. XXI, homenaje al Prof. Luís Humberto Clavería Gosálbez*. Madrid : Reus.

