

NUEVAS PERSPECTIVAS EN TORNO A LA CAPACIDAD JURÍDICA Y DE OBRAR EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO

Esther Pendón Meléndez
Universidad de Cádiz

RESUMEN

La entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma de la legislación Civil y Procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, ha supuesto en España una ruptura absoluta con la tradicional concepción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La nueva normativa no distingue estas dos facetas de la capacidad y otorga a las personas con discapacidad la posibilidad de ejercer su capacidad jurídica plena en igualdad de condiciones con los demás. Se ha de respetar, por tanto, la autonomía de la voluntad de estas personas, de modo que solamente si fuera necesario habría que proporcionarles determinados apoyos para el ejercicio de su capacidad. El artículo se centra en la capacidad jurídica en términos históricos y actuales.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, capacidad jurídica, capacidad de obrar, *status*, curatela.

ABSTRACT

The entry into force of Law 8/2021 of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, has meant an absolute break in Spain with the traditional conception between legal capacity and capacity to act. The new legislation does not distinguish between these two facets of capacity. It grants people with disabilities the possibility of exercising their full legal capacity on an equal term with others. The autonomy of the will of these persons must, therefore, be respected so that only, if necessary, should they be provided with certain support for the exercise of their capacity. The article focuses on legal capacity in historical and current terms.

KEYWORDS: *Disability, legal capacity, capacity to act, status, curatorship.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR. 2. PERSONA, CAPACITAS, CAPAX, STATUS LIBERTATIS, CIVITATIS Y FAMILIAE: ¿ANTECEDENTES ROMANOS DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y DE OBRAR? 3. BREVE REFERENCIA A LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA CAPACIDAD DE OBRAR EN DERECHO ROMANO. 4. EL NUEVO PARADIGMA EN MATERIA DE CAPACIDAD RELATIVA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO. 5. CAPACIDAD JURÍDICA Y DE OBRAR EN EL NUEVO MILENO: ¿HA DESAPARECIDO ESA DISTINCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO?

Esther Pendón Meléndez

1. INTRODUCCIÓN. CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR

En la dogmática moderna *capacidad* significa *personalidad*, lo que a su vez se traduce en la aptitud para ostentar derechos y obligaciones, y en otros términos se define como la posibilidad de ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas¹.

Tradicionalmente, la doctrina de forma prácticamente unánime ha diferenciado entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Siguiendo a Castán Tobeñas, existen dos manifestaciones de la capacidad: en primer lugar, la simple tenencia de derechos y, en segundo, una aptitud para ejercer esos derechos. De este modo, la primera manifestación consiste en una situación estática, mientras la segunda sugiere una situación dinámica. No obstante, reconoce este autor que nuestro Código Civil no distingue estos dos conceptos de forma precisa, de modo que él mismo aclara que la capacidad tratada de forma abstracta como rasgo de la personalidad permite potencialmente todos los derechos atribuibles a un sujeto. Sin embargo, tomando la capacidad en concreto, teniendo en consideración determinadas situaciones la capacidad de ejercer o gozar esos derechos, es susceptible de sufrir determinadas restricciones previstas por la ley. Así, continúa el citado autor, no todas las personas pueden disfrutar de todos los derechos civiles, en ocasiones por la edad, por vínculos existentes entre ciertos sujetos, por razones de sanciones penales, etc.²

Esta visión tradicional de ambos conceptos, primero civilista, pero con base romanística como veremos³, ha determinado que los juristas hayan interpretado

¹ Vid. entre otros muchos, A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Romano*, 6.ª ed. (Madrid 2022) pp.137-139; B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Prontuario de jurisprudencia romana* (Granada 2021) pp. 84-86, s. vv. «Capacidad jurídica» y «Capacidad de obrar»; F. GUTIÉRREZ ALVIZ, *Diccionario de Derecho romano* (Madrid 1948) p. 91, s.v. «Capacidad». Por otra parte, explica este autor que la personalidad es el sinónimo que emplea la dogmática moderna para referirse a la capacidad jurídica y de obrar. Así, tiene personalidad el ser que es derecho de derechos y obligaciones, de modo que tanto una persona física como jurídica puede poseer personalidad.

² J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, T. I, Vol. 2, 14.ª ed. (Madrid 1984) pp. 160-164.

³ La teorización de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar se puede vislumbrar en las obras de los juristas romanos recogidas en el Digesto, pero no es propiamente una teoría atribuible a ellos: se desarrolló especialmente en el seno de los pandectistas alemanes durante el siglo XIX, aunque la idea venía señalándose desde el s. XVI. No obstante lo anterior, el Código civil francés en su redacción original de 1804 ya empleaba la expresión «capacidad jurídica» en el art. 221: «*Chaque époux a la pleine capacité de droit: mais ses droits et pouvoirs peuvent être limités par l'effet. . .*»; aunque «capacidad de obrar» o «de ejercicio» no parece en el *code napoléonico*, el concepto se deduce de numerosos artículos que hablan de incapacidad para realizar determinados negocios o las causas que limitan dicha imposibilidad. Véase A. MATEOS GARCÍA, *Aproximación antropológica a la estructura de la capacidad jurídica* (Madrid 2005) p. 73.

Nuevas perspectivas en torno a la capacidad jurídica y de obrar en el Derecho contemporáneo

desde siempre y hasta ahora que existe una situación jurídica en el ámbito personal, denominada genéricamente capacidad de obrar, que puede cambiar según se produzcan determinadas circunstancias en un sujeto determinado y, por tanto, puede no darse igual en todos los individuos. Paralelamente, existe una capacidad de derecho para la que solo se necesita la premisa de la existencia de una persona. Decía Hernández Gil que «no se es persona en cuanto se ostenta capacidad jurídica, sino que se ostenta capacidad jurídica en cuanto se es persona»⁴. En este sentido, es necesario ligar los conceptos de persona, personalidad y capacidad para abordar esta materia. El vocablo *persona* es una expresión que alude al carácter filosófico, antropológico y ético del ser⁵, y *personalidad* es un *prius* para el Derecho, como reconoce la doctrina civilista⁶, por ejemplo Díez-Picazo y Gullón, al expresar que «la personalidad no es algo que el ordenamiento jurídico pueda atribuir de manera arbitraria, es una exigencia de la naturaleza y dignidad del hombre que el Derecho no tiene más remedio que reconocer»⁷.

El desdoblamiento de la capacidad en estas dos manifestaciones que venimos comentando, no tuvo sin embargo cabida en la redacción originaria del Código civil español de 1889. El término *capacidad* asociado a la persona física aparecía apenas en una decena de artículos⁸, mientras que *personalidad* y *personalidad civil* lo hacían tan solo en una rúbrica y dos artículos⁹. Considera Castán Tobeñas que, en los contextos en que se utilizan, *personalidad* indica *capacidad de derecho* (jurídica) y *capacidad* refiere al ejercicio de los derechos (capacidad de obrar)¹⁰.

⁴ A. HERNÁNDEZ GIL, *Prólogo* a J.M. QUINTANA, *En torno al concepto del Derecho civil* (Salamanca 1959) p. 11.

⁵ A. MATEOS GARCÍA, *Aproximación antropológica a la estructura de la capacidad jurídica* cit. pp. 74 y 75. La persona posee una serie de características como la inteligencia y la voluntad, la memoria, la libertad. El rasgo común de «ser persona» es común a todos los hombres y mujeres y a su dignidad como sujeto.

⁶ C. LASARTE, *Principios de Derecho civil*, T. I: *Parte general y derecho de la persona*, 26.ª ed. (Madrid 2021) p. 146. Vide con literatura al respecto, H.F. CORRAL TALCIANI, *El concepto jurídico de persona. Una propuesta de reconstrucción unitaria*, en *Revista chilena de Derecho* 17-2 (1990) pp. 315-318.

⁷ L. Díez-PICAZO - A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, 6.ª ed. (Madrid 1988) p. 229.

⁸ Arts. 9, 666, 685, 758, 763, 893, 1160, 1828 y 1935 CC. También en la rúbrica del Capítulo 1, sección 1.ª, Título III, Libro Tercero: *de la capacidad para disponer por testamento*.

⁹ *Personalidad* en el art. 29; *personalidad civil*, en el art. 32 y en la rúbrica del Título II, Libro Primero: *del nacimiento y de la extinción de la personalidad civil*.

¹⁰ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. I, vol. 2 cit. pp. 162 y s. vide igualmente M.ª C. BARRANCO et al., *Capacidad jurídica y discapacidad: el art. 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad*, en *Anuario Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá* 5 (2012) pp. 58 y s.

Esther Pendón Meléndez

La civilística española antigua reconoció la importancia de la construcción jurídica romana del *status* en su triple vertiente —*libertatis, civitatis y familiae*— en la configuración moderna de la teoría del estado de las personas, pero también tuvo que admitir la obsolescencia de la misma¹¹. En efecto, la abolición de la esclavitud vació de contenido el viejo *status libertatis*, así como el *status civitatis* fue perdiendo su esencia con el progresivo reconocimiento de derechos civiles a los extranjeros. Y en el ámbito familiar ocurrió lo mismo: las personas que integraban la unidad familiar, con independencia de la posición que ocuparan, tenían una posición jurídica mucho más favorable que la que tuvieron en época romana. Así pues, también el *status familiae* se había difuminado considerablemente en la época en que se produce la codificación del Derecho civil.

Los trabajos de la Escuela Pandectista alemana del s. XIX fueron capitales a la hora de revisar y actualizar la jurisprudencia romana para su traslación a los códigos civiles europeos, y en concreto, se le puede atribuir parte de la autoría en la formulación de los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar¹². Entienden la decadencia de la teoría romana del *status* y optan por prescindir de ella, sustituyéndola por el concepto de capacidad jurídica y sus circunstancias modificativas¹³. En realidad, tales conceptos comenzaron a formularse a partir del s. XVI en adelante, por parte de comentaristas, juristas y filósofos británicos, germanos y franceses.

Si volvemos la vista al momento presente, y en el marco del desarrollo y extensión de los derechos de las personas con discapacidad, se puede comprobar con nitidez que la cuestión de la capacidad ha sufrido una modificación muy sensible, básicamente tras la promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, probablemente la reforma de mayor calado en la historia del Código civil¹⁴, algo que venía siendo reclamado por la jurisper-

¹¹ Vide C. LASARTE, *Principios de Derecho civil*, T. I cit. p. 150. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. I, Vol. 2 cit. pp. 166 y s.

¹² A. FERNÁNDEZ DE BIJÁN, *Derecho Romano* cit. p. 149. R. BERNARD MAINAR, *La Pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno*, en RIDROM. 17 (2016) pp. 61 s., y en general sobre la escuela: pp. 39-50.

¹³ Vide J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. I, Vol. 2 cit. p. 166, n. 1.

¹⁴ A. MUÑOZ CALVO: *Breve informe sobre la ley 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 (I)*, 2021, disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-breve-acercamiento/>.

Nuevas perspectivas en torno a la capacidad jurídica y de obrar en el Derecho contemporáneo

dencia¹⁵ y la doctrina civilista¹⁶ desde hace años, sobre todo tras la aprobación de la *Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad* (Nueva York, 13 de diciembre de 2006, ratificada por España y en vigor en nuestro país desde el 3 de mayo de 2008), instrumento que ha supuesto un «giro realmente copernicano» en lo que atañe al tratamiento jurídico de la discapacidad¹⁷.

La nueva normativa se refiere exclusivamente a la capacidad jurídica y al apoyo que esta requiere en ocasiones para que pueda desarrollarse plenamente. La ley 8/2021 ya no habla de incapacidad o modificación judicial de la capacidad, así que desde luego tampoco pueden tenerse en cuenta las antiguas circunstancias que modificaban la capacidad de obrar, porque según establece la nueva legislación no hay diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar y tampoco hay limitaciones a la capacidad jurídica, pues esta es «inherente a la condición de persona humana». Como reconoce García Rubio al hablar de esta reforma y especialmente sobre el cambio de paradigma respecto de la capacidad jurídica, todo esto implica «un cambio radical en nuestro sistema, al incidir su objeto en un concepto jurídico central en cualquier ordenamiento jurídico, cual es el de capacidad jurídica. El nuevo enfoque que la CNUPD da a la discapacidad y al propio concepto de capacidad jurídica que recoge, es tan diferente y, si se me permite, tan revolucionario con respecto al sistema no solo precedente, sino también consolidado en nuestra cultura jurídica, que la modificación no puede ser calificada sino de radical»¹⁸. En el Preámbulo, el legislador aclara que el nuevo espíritu de la norma no es una cuestión de terminología o una mera cuestión formal, pero lo

¹⁵ La STS 282/2009, de 29 de abril en su tercer Fundamento Jurídico avanzaba la necesidad de una reforma sustancial: «...la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo, requerirá necesariamente de una profunda, sino nueva, reforma legislativa...».

¹⁶ Entre otros muchos, vid. M. PEREÑA VICENTE, *La Convención de Nueva York y su incidencia en el ejercicio de la medida de protección*, en *Código de buenas prácticas en el ejercicio de las medidas de protección jurídica* (Madrid 2016) pp. 141 ss. M.^a P. GARCÍA RUBIO, *La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006*, en *Propostas de modernización do dereito* (Santiago de Compostela 2017) pp. 7 ss. M.^a P. GARCÍA RUBIO, *La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* 58 (2018) pp. 143 ss.

¹⁷ En palabras de M.^a P. GARCÍA RUBIO, *La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español* cit. p. 8.

¹⁸ M.^a P. GARCÍA RUBIO, *Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, en *Guía práctica de la nueva reforma civil y procesal de apoyo a personas con discapacidad. Ley*

Esther Pendón Meléndez

cierto es que lo queramos llamar de un modo u otro, el ejercicio de la personalidad jurídica o capacidad jurídica puede necesitar eventualmente «apoyos», de modo que, desde nuestro punto de vista existe un reconocimiento implícito a dos momentos en la capacidad jurídica, porque de alguna forma se está limitando, modificando o suplementando la posibilidad de actuar y el libre ejercicio de la persona en el tráfico jurídico y mercantil¹⁹.

2. PERSONA, CAPACITAS, CAPAX, STATUS LIBERTATIS, CIVITATIS Y FAMILIAE: ¿ANTECEDENTES ROMANOS DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y DE OBRAR?

Como venimos diciendo, la doctrina que distingue entre capacidad jurídica y de obrar es una elaboración tardía y ni siquiera fue elaborada, en lo que podríamos decir en términos genéricos, por los juristas clásicos. Sin embargo, es cierto que desde que esta doctrina ha encontrado acomodo en la dogmática moderna, en la ciencia romanista se ha hecho habitual identificarla en una serie de términos y textos latinos que, sin embargo, no se empleaban exactamente en ese mismo sentido —los términos—, ni tampoco dicen lo que se pretende que digan —los textos—, porque no están escritos con vocación de sentar reglas generales, sino concretas, particulares a determinados contratos, relaciones jurídicas o delitos. También se suelen aducir los textos institucionales de Gayo y Justiniano que establecen una especie de *ius personarum*, condición o *status* de las personas, pero que tampoco expresan nítidamente la idea de capacidad jurídica y capacidad de obrar²⁰.

Del mismo modo, tampoco el término *persona* indica lo mismo en Derecho Romano que en Derecho actual. Se trata de un término que ha tenido una larguísima evolución durante todo el período romano, cuyo concepto no se elaboró partiendo únicamente de elementos jurídicos, sino filosóficos, políticos y religiosos²¹. Originariamente *persona* aludía a la máscara que utilizaban los actores en los anfiteatros para hacer resonar la voz, así como a la máscara funeraria que representaba

8/2021, de 2 de junio. Normativa, cuadros comparativos, doctrina, esquemas, primeras resoluciones judiciales y formularios (Sepín-Las Rozas 2022) p. 309.

¹⁹ Vid. A.J. QUESADA SÁNCHEZ, *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (Barcelona 2022) p. 30.

²⁰ Gai. 1,9-16; 1,28; 1,48-55; 2,1. IJ. 1,3-5; 1,8; 1,16; 2,1 pr.

²¹ Como ha demostrado J.M.^a RIBAS ALBA, *Persona. Desde el derecho romano a la teología cristiana* (Granada 2011) *passim*.

Nuevas perspectivas en torno a la capacidad jurídica y de obrar en el Derecho contemporáneo

al difunto y que solían exhibirse en los funerales por parte de la nobleza romana. La jurisprudencia clásica lo emplea como un equivalente de *hombre* (*homo*), término que tenía sentido jurídico desde la época arcaica²²; prácticamente un sinónimo de *ser humano*, pero no de *sujeto de derecho*²³, pues dentro de *persona* se consideraban también los esclavos, que no eran sujetos de derecho, y no se incluían las llamadas *personas jurídicas*, que solo en la última etapa del Derecho romano llegaron a tener cierto reconocimiento de su capacidad.

En la lengua latina existen los vocablos *capacitas*²⁴ y *capax*²⁵, que literalmente expresan *capacidad*, pero que no pueden considerarse sinónimos de capacidad jurídica o de obrar. Como explica Coma Fort²⁶, esta distinción no es paralela a los términos latinos citados, dado que estas expresiones fueron usadas, entre otras cosas, para significar la carencia de limitaciones para ser adquirente *mortis causa*. Asimismo, y en términos más genéricos, pone de manifiesto Fernández de Buján que con el término *capax* se alude a la idoneidad de una persona para ser titular de derechos y obligaciones pero en relaciones muy concretas, como *capax doli* o *culpae* o *iniurae capax* o *consilii capax*, etc.²⁷

Los términos más utilizados por la jurisprudencia romana para referirse a la posición de un individuo —pero no de las personas jurídicas— con respecto al ordenamiento jurídico son *caput*, y muy especialmente *status*, pero como advierte Arangio-Ruiz²⁸, «también aquí es necesario cuidarse de la tendencia a buscar en el lenguaje de los antiguos un sentido dado que se acomode a las ideas modernas». La expresión *caput* significaba sobre todo *cabeza*, pero también *hombre* en

²² J.M.^a RIBAS ALBA, *Persona* cit. pp. 31-36. B. PERINÁN GÓMEZ, *Prontuario de jurisprudencia romana* cit. p. 116, s.v. «Persona». V. ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de derecho romano* (Buenos Aires 1986) p. 50. F. SCHULZ, *Derecho romano clásico* (Barcelona 1960) p. 69.

²³ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo 1979) p. 11.

²⁴ F. GUTIÉRREZ ALVIZ, *Diccionario de Derecho Romano* cit. p. 92, s.v. «Capacitas». El autor define el término como la posibilidad de estar en situación de un *ius capiendi*, de poder ser heredero titular a la que es llamado puesto que no le afecta ningún tipo de incapacidad.

²⁵ F. GUTIÉRREZ ALVIZ, *Diccionario de Derecho Romano* cit. p. 92, s.v. «Capax». En su opinión significa ser apto para comprender los efectos de un acto o negocio jurídico y por tanto estamos ante una persona capaz de contraer relaciones con efectos jurídicos o incluso de hacer que desaparezcan. Continúa explicando el autor explicando con posterioridad las voces *capax doli*, *capax furandi*, *capax iniurae faciendae*.

²⁶ J.M.^a COMA FORT, *Precedentes de la capacidad jurídica en el Derecho Romano*, en *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica* (Madrid 2005) pp. 107-110.

²⁷ A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho romano* cit. p.138.

²⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de derecho romano* cit. pp. 50 s.

Esther Pendón Meléndez

las fuentes clásicas, y podía referirse tanto al libre como al esclavo. Y más técnicamente este vocablo aludía a cualquier *individuo* que se hallaba integrado en una comunidad o en un grupo, pero dejaba de pertenecer a dicho grupo, lo que podía suceder si un sujeto perdía la ciudadanía, la libertad o su situación familiar (*capitis deminutio*)²⁹.

Y en relación con *status*, probablemente, aunque salvando las distancias, sea la que más se aproxima a los conceptos actuales del derecho moderno, de ahí la importancia de referirnos siquiera someramente a ellos. Para los juristas romanos el *status* en las fuentes expresa la posición jurídica que posee una persona considerada *per se*, teniendo en cuenta particularmente la situación en la que se halla dentro del seno familiar. Los juristas del siglo *xvi* estudiando con carácter posterior la clasificación de la *capitis deminutio* y el *status libertatis* —que se hallaban en una constitución de Constantino, más exactamente en C.Th. 4,12,4— elaboraron la distinción y los conceptos de los tres *status* que han sido el eje central de la creación de la teoría de capacidad jurídica³⁰. Así pues, la clasificación que distingue entre el *status libertatis*, el *status civitatis* y el *status familiae* no es romana, o al menos su terminología³¹, aunque es cierto que un texto de Paulo utiliza estas expresiones, si bien referida a la *capitis deminutio* y no a la capacidad en general: «...tria enim sunt quae habemus, libertatem civitatem familiam...»³².

Los tres *status* se utilizan y pueden interpretarse en un sentido positivo en las fuentes, porque quien era ciudadano romano era libre y, si además era *sui iuris*, era una persona independiente y disfrutaba teóricamente de plena capacidad jurídica y de obrar. Desde el punto de vista negativo, los términos se refieren precisamente a quien no es libre, no es ciudadano romano y a quien está sometido dentro de un grupo familiar. Pero además de estos sentidos positivo o negativo, estas acep-

²⁹ A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho romano* cit. p.138. En las fuentes bizantinas, sin embargo, *caput* se utiliza en sentido de capacidad. Vid igualmente B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* cit. pp. 8-11.

³⁰ J.M.^a COMA FORT, *Precedentes de la capacidad jurídica en el Derecho Romano* cit. pp. 109-111. Explica este autor que la construcción de la capacidad jurídica es ajena por completo al pensamiento romano.

³¹ M. KASER, *Roman Private Law*, based on the thirteenth improved German edition, translation by R. Dannenbring (Pretoria 1984) p. 78. M.^a V. SANSÓN RODRÍGUEZ, *Observaciones sobre el concepto de status y de posesión de estado en el derecho romano, a propósito del artículo 39.2 de la C.E. y de la reforma del código civil de 1981 en materia de filiación*, en *Anales de la Facultad de Derecho Universidad de La Laguna* 16 (1999) pp. 476-478.

³² D. 4,5,11.

Nuevas perspectivas en torno a la capacidad jurídica y de obrar en el Derecho contemporáneo

ciones se ocupan también de las normas a través de las cuales un sujeto adquiere, pierde o modifica cada uno de sus posibles *status* y, por tanto, cada uno de los derechos que se les puede atribuir.

Por cuanto hemos visto hasta este momento, las posibilidades que tenía en Roma un sujeto de derecho dependían exclusivamente de su *status*: así para poder ejercer la totalidad de los derechos reconocidos por el *ius civile* se necesitaba estar en posesión de los tres *status*³³, y esta circunstancia garantizaba que se pudiese ejercitar plenamente lo que hasta hace muy poco hemos denominado «capacidad de obrar». Paralelamente a la tenencia o no de cualquiera de los *status* o de los tres, los romanos establecieron la posibilidad de excluir de cualquiera de estas posiciones jurídicas a determinados sujetos a través de la *capitis deminutio* que conoció tres grados: la *capitis deminutio maxima* que consistía en la pérdida de la libertad, la *capitis deminutio media* que conllevaba la pérdida de la ciudadanía y la *capitis deminutio mínima* que significaba el cambio en la posición dentro de la familia³⁴. En términos más modernos, puesto que en Roma no se conoció la teoría de los *status* en el sentido abstracto del término, la aplicación de cualquier *capitis deminutio* determinaba *ipso facto* que el sujeto de derecho viese mermada su capacidad jurídica, su capacidad de obrar o ambas al mismo tiempo³⁵.

Volviendo a los *status* y las posibilidades jurídicas que estos generaban, el *status civitatis* significaba el reconocimiento de la posición jurídico-política de un sujeto con la comunidad sociedad política que le rodeaba y que le reconocería o no sus derechos como ciudadano romano. Como es sabido, el *status civitatis* presupone la existencia del *status libertatis*; sin embargo, un hombre que fuera libre y que no gozara de la ciudadanía de ninguna forma podía participar en la comunidad política de un modo ni siquiera parecido a como lo haría un ciudadano. Lo cierto es que este era un pensamiento generalizado en las antiguas culturas pues los individuos debían regirse por las normas de su ciudad, así que un peregrino

³³ D. 1,15. El *status* se tenía ya en Derecho romano como un concepto abstracto en el sentido de facultad jurídica de la persona, es decir, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Vide V. ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de derecho romano* cit. p. 52.

³⁴ D. 5,4,11.

³⁵ Gai. 1,159-163.

Esther Pendón Meléndez

o un extranjero que viviera en libertad dentro de las fronteras del Imperio, jamás podría compararse en términos jurídicos a un *cives romani*³⁶.

Por mucho que un sujeto disfrutase de la ciudadanía y de los privilegios que ello comportaba, lo cierto es que la pérdida de la libertad suponía de inmediato la pérdida de la ciudadanía. Desde el punto de vista de nuestro estudio, es el *status libertatis* el que supone menos interés puesto que la capacidad jurídica y de obrar eran conceptos muy poco aplicables al colectivo de los *servi*³⁷.

Es Gayo quien establece la *summa divisio hominum* distinguiendo entre libres y esclavos³⁸. Ser libre era la condición mínima para que se pudiese gozar de capacidad jurídica, es decir, ser titular o destinatario de derechos y obligaciones para el Derecho romano, aunque solamente obtenidos el *status civitatis* y el *status familiae* sería viable la plena capacidad de obrar³⁹.

Mayor interés tiene en este ámbito para nosotros el *status familiae* que otorgaba la posibilidad de ser *sui iuris*⁴⁰, normalmente el *paterfamilias* y, por tanto, significaba en términos prácticos que dicho sujeto disponía plenamente de la capacidad jurídica y de obrar⁴¹. Para ser *sui iuris* solo se necesitaba no estar bajo ningún tipo de *potestas*, se requería absoluta autonomía familiar y no importaba la edad o que no tuviera hijos, porque aún bajo esas circunstancias se podía ser *sui iuris*⁴². Como es bien sabido, *paterfamilias* no significa *progenitor*, solo alude al varón que no se halla bajo la potestad de otro *paterfamilias*.

Sin embargo, a pesar de que se pudiera tener autonomía en las circunstancias mencionadas anteriormente, lo más frecuente es que el varón *paterfamilias* fuese mayor de edad —de lo contrario, estaría sometido a la *tutela impuberum*— y constase con descendencia, dada la importancia de la natalidad en el mundo romano y al hecho de que se contraía matrimonio en edad casi juvenil. Pensemos además en

³⁶ De ahí la importancia que fueron adquiriendo, poco a poco, el *ius gentium*, los tratados internacionales y la labor del Pretor.

³⁷ A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho romano* cit. pp. 142 ss. En profundidad aborda este autor el estudio de la libertad y de la ciudadanía. El hombre libre podía ser ciudadano, latino o peregrino. El ciudadano romano tenía pleno derecho en la *civitas romana*.

³⁸ Gai. 1,9.

³⁹ Era el *paterfamilias* el único sujeto *sui iuris* de la familia, y por tanto el plenamente capaz o quien gozaba plenamente de capacidad jurídica y capacidad de obrar.

⁴⁰ Gai. 1,48-49.

⁴¹ Insistimos, aunque el ser *sui iuris* significaba ser plenamente capaz, el *status familiae* requería para esta posibilidad necesariamente el *status libertatis* y el *status civitatis*.

⁴² Vid. D. 50,16,195,2.

Nuevas perspectivas en torno a la capacidad jurídica y de obrar en el Derecho contemporáneo

otro aspecto: lo cierto es que el *paterfamilias* disponía del patrimonio económico y patrimonial del grupo familiar y sus declaraciones de voluntad tenían un efecto directo sobre dicho patrimonio. Este hecho producía, entre otras, la consecuencia de que los *alieni iuris* que se hallasen bajo la potestad del *paterfamilias* podían, en el mejor de los casos, aumentar el patrimonio familiar a través de sus actuaciones jurídicas en general o con la realización de ciertos negocios jurídicos en particular, pero dicho patrimonio no repercutía en modo alguno en sus ganancias personales. A partir de los últimos siglos de época republicana los *filiifamiliae* dispusieron de cierta capacidad patrimonial, y es que la disposición que tuvieron del peculio castrense determinó cierta autonomía económica que después se fue extendiendo a otros tipos de peculio, y los hijos de familia no estuvieron tan sometidos a la *patria potestas* del *paterfamilias*, por tanto, su capacidad de obrar fue mayor⁴³.

De todo lo anterior se puede deducir que estamos hablando del varón como único sujeto *sui iuris* en la experiencia jurídica romana, y cabe preguntarse si la mujer alcanzó en algún momento dicha condición o, en otras palabras, si tenía reconocida algún tipo de capacidad. Hay que recordar que los estereotipos sociológicos que imperaban en el Mundo Antiguo en torno a los roles que debían jugar hombres y mujeres condenaban a estas últimas a espacios mucho más reducidos que el de los hombres, particularmente los internos o domésticos, en los que la mujer se proyectaba con mayor poder. Sin embargo, y pese a su condición de ciudadana (*civis*)⁴⁴, la mujer no podía detentar la condición de *paterfamilias*, y salvo en unas condiciones muy determinadas, no tenía la condición de *sui iuris* y la administración de buena parte de su patrimonio dependía unas veces de su *pater*, otras de su marido y, si faltaban ambos, de un *tutor mulieris*⁴⁵. La existencia de la *tutela mulieris* desde la ley de las XII Tablas hasta que fue perdiendo su vigencia durante la época clásica⁴⁶, impedía una plena capacidad de obrar. Hasta que la tutela femenina fue derogada completamente, la mujer solo podía ser *sui iuris*, y por tanto plenamente capaz, si había engendrado tres hijos —la mujer libre— o cuatro si

⁴³ Vide M. KASER, *Roman Private Law* cit. pp. 307-309. J.M.^a COMA FORT, *Precedentes de la capacidad jurídica en el Derecho Romano* cit. p.110.

⁴⁴ Gai. 1,29-30; 32; 56; 66-68; 71; 74; 75; 77-78; 80; 84; 88; 90-92; 2,142. D.1,6,4.

⁴⁵ La tutela de la mujer adulta, en Gai. 1,190. Vide L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana* (Milano 1984) pp. 17-81.

⁴⁶ Una *lex Claudia* abolió la tutela legítima de los agnados sobre la mujer, y Constantino finalmente derogó esta institución discriminatoria.

era liberta, en virtud del *ius liberorum* de época de Augusto⁴⁷. El otro supuesto para alcanzar la independencia jurídica respecto del varón era haber ejercido el sacerdocio de la diosa Vesta: las vírgenes Vestales, una vez abandonaban el sacerdocio, se convertían en *sui iuris* como recompensa a su dedicación⁴⁸.

3. BREVE REFERENCIA A LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA CAPACIDAD DE OBRAR EN DERECHO ROMANO

Ya hemos mencionado el hecho de que la clasificación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar no es estrictamente obra de los jurisconsultos romanos, sino que es producto de los estudios de juristas posteriores, que desde el s. XVI sentaron las primeras bases para que la Pandectística alemana del siglo XIX desarrollara y culminara esta teoría. Sin embargo, hay que reconocer que el dogma de la capacidad de obrar nos ha permitido a los romanistas interpretar las reglas jurisprudenciales sobre el negocio jurídico romano y la capacidad en general, pues entendiendo la capacidad de obrar como la aptitud para ejercer la capacidad jurídica, se presume que quien posee la primera forzosamente ha de disfrutar de la segunda, pero no al contrario⁴⁹. Para ejercer la capacidad de obrar, los romanos exigían ante todo mayoría de edad y tener capacidad psíquica o volitiva suficiente para poder prestar el consentimiento.

La capacidad de obrar poseía carácter general, es decir no se requería esta aptitud para hipótesis concretas; todo lo contrario, la idoneidad para actuar repercutía y se aplicaba para todos los negocios jurídicos, presumiéndose en cualquier

⁴⁷ Las leyes matrimoniales augusteas del 18 a.C. y del 9 d.C., conocidas unitariamente como *lex Iulia et Papia*, introdujeron este *ius liberorum* en los supuestos explicados arriba. Se trataba de un privilegio a través del cual la mujer quedaba liberada de la *tutela mulierum*, pudiendo otorgar testamento y disponiendo de la libre administración de su patrimonio; en definitiva, alcanzaba la condición de *sui iuris*: Gai. 1,145; 1,194. Vid. A. LÓPEZ GÜETO, *Madres e hijos en el Derecho romano de sucesiones. Los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano* (Madrid 2017) pp. 114 ss. y 248 ss.

⁴⁸ Se trata del único colegio sacerdotal femenino y de una gran importancia pública en la Historia de Roma. Las *Vestales* eran elegidas por el *pontifex maximus* siendo todavía unas niñas. A los treinta años podían abandonar el sacerdocio y contraer matrimonio. Desde el punto de vista jurídico, tenían capacidad de obrar (*sui iuris*) en negocios tan importantes como el otorgamiento de testamento, la administración de su patrimonio o la intervención como testigos en juicios. Plut. *Num.* 10. Gell. *Noct. Att.* 7.7.2 y 4. Cic. *de leg.* 1.12.29.

⁴⁹ Hay alguna excepción a este principio: como es sabido, al esclavo se le reconocía la facultad de llevar a cabo negocios jurídicos, aunque los efectos de dichas actuaciones se le atribuyesen a su *dominus*. Paradójicamente a su no reconocimiento de personalidad o capacidad jurídica, se le reconocía capacidad de obrar, pero siempre en todo aquello que repercutiese en beneficio de su dueño.

Nuevas perspectivas en torno a la capacidad jurídica y de obrar en el Derecho contemporáneo

persona que fuera mayor de edad, aunque luego pudiera estar afectado por una causa de incapacidad. Paralelamente como ya hemos mencionado, se requería además que el sujeto gozase de los tres *status* en sus estadios superiores o más positivos: *familiae*, *libertatis* y *familiae*, de modo que ni las mujeres (salvo en los supuestos mencionados más atrás), ni los *alieni iuris*, ni los esclavos, ni los hombres libres que sufrían una *capitis deminutio*, ni los menores de veinticinco años —pues desde el s. II a.C. estaban bajo la *cura minorum*—, o los extranjeros por poner algunos ejemplos, podían disfrutar de la capacidad de obrar en su totalidad al carecer todos ellos de alguno o de los tres *status*.

En relación con las causas que limitaban la capacidad de obrar de las personas en Roma, ha señalado Castán Pérez-Gómez lo siguiente: «en las fuentes jurídicas romanas aparecen reiteradamente una serie de causas limitadoras y modificativas de la capacidad general de ejercicio. Los juristas de Roma, evitando como tantas otras veces la formulación general de conceptos, resistiéndose a la abstracción, señalaron sin embargo la *incapacitas* de ciertos sujetos para la cumplimentación de determinados negocios y actos jurídicos, y la reiteración de esos mismos sujetos en una serie de textos de distintas épocas históricas confirman que juristas y legisladores consideraron factores susceptibles de limitar la capacidad la edad (por razones naturales), el género o sexo (el femenino, por razones legales y sociológicas) y la disparidad física y mental (discapacidad sensorial y psíquica, por razones naturales y de utilidad)». Este autor recoge una larga serie de fragmentos en los que queda demostrada esa correlación, unas veces mencionados los sujetos anteriores de forma individual, otras veces agrupados a la hora de determinar su capacidad para celebrar los principales negocios jurídicos o intervenir en determinadas relaciones (prohibiciones de abogar ante el pretor, incapacidad para intervenir como jueces, incapacidad para celebrar *stipulationes*, para otorgar testamento, para iniciar una *bonorum possessio*, etc.)⁵⁰.

Para todas esas situaciones en las que un *sui iuris* no podía actuar por sí solo en el tráfico jurídico, el Derecho Romano puso a disposición de ellos las instituciones tutelares, la *tutela* y la *cura*, figuras antiquísimas reguladas en la ley de las XII Tablas y que no perdieron vigencia jamás en Roma, llegando, como es bien sabido, hasta

⁵⁰ Vid. S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *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 2019) pp. 135-137.

Esther Pendón Meléndez

el momento presente las más importantes. Instituciones como la *tutela impuberum* (para quienes no habían alcanzado la pubertad), la *tutela mulierum* (para la mujer adulta, discriminatoria como se dijo), la *cura furiosi* (para la discapacidad psíquica), la *cura debilium personarum* (para la discapacidad cognitiva, vejez o enfermedades invalidantes), la *cura prodigi* (para todos aquellos a quienes se privaba de la administración de su patrimonio como consecuencia de la prodigalidad) y la *cura minorum* (para los que habían alcanzado la pubertad y eran menores de veinticinco años), contribuían en la Roma antigua a remediar esas situaciones de incapacidad, temporal o permanente, y a completar debidamente la capacidad de estos sujetos *sui iuris*. A las causas expuestas habría que sumarle otras, quizá menores y hoy felizmente desaparecidas, características de la sociología antigua, como las situaciones afines a la esclavitud, la degradación del honor civil, la religión, la condición social o la profesión que también modificaban la capacidad jurídica.

4. EL NUEVO PARADIGMA EN MATERIA DE CAPACIDAD RELATIVA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO

Desde la entrada en vigor y posterior lectura de la Ley 8/2021 de 2 de junio, *por la que se reforma de la legislación Civil y Procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, llaman la atención, sobre todo cuando se tiene una formación tradicional en esta materia, numerosos aspectos de la reforma que ya han sido suficientemente advertidos y explicados por la doctrina civilista, de modo que nosotros nos conformamos aquí con adecuarlos al tema de la capacidad jurídica y a alguna novedad importante con respecto al régimen de la tutela y curatela, pues han sido cuestiones tratadas más atrás.

Explica Fernández-Tresguerres el largo *iter legislativo* que comenzaría a gestarse con el trabajo de la Sección primera de la Comisión General de Codificación que elaboró el Anteproyecto de Ley en el año 2018, para que después de sucesivos informes, particularmente del Consejo de Estado, pudiera ser aceptado en el Congreso. Después de la negociación parlamentaria y transcurridos los demás trámites y los plazos de enmiendas, la Ley 8/2021 entra por fin en vigor en nuestro país el 3 de septiembre de 2021⁵¹. Previamente a la promulgación de esta ley, es necesario recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo venía ya, de

⁵¹ A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021 de 2 de junio* (Pamplona 2021) pp. 30-31.

Nuevas perspectivas en torno a la capacidad jurídica y de obrar en el Derecho contemporáneo

alguna manera, aplicando los principios de la Convención y armonizándolos con los del Código civil desde la importante sentencia de 29 de abril de 2009⁵², señalando al legislador el camino a seguir y mostrando una preferencia por la curatela en detrimento de la tutela⁵³.

En líneas generales, las novedades introducidas por la ley 8/2021 en el marco de la capacidad jurídica y las instituciones tutelares son muy significativas y de alto calado. Tanto el Preámbulo de la ley como el articulado de la misma tienen como fundamento de la reforma el relevante art. 12 de la Convención, y la no menos importante *Observación General Primera* del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2014), a la que iremos en el siguiente epígrafe. El art. 12 de la Convención indica «que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida», y establece como obligación de todos los Estados firmantes la adopción de «las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica». La intención, por tanto, es clara, no solo se trata de proteger a un colectivo con un número muy notable de personas, sino además se trata de que dichas personas puedan ejercer plenamente sus derechos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones, así como hacer visible este hecho y poner de manifiesto su dignidad intrínseca⁵⁴.

Así pues, las personas con discapacidad, y a la luz del texto legislativo, podrán disponer de medidas de apoyo que determinen que puedan ejercer sus derechos fundamentales con igualdad respecto de los demás, y que se establezcan medidas de salvaguarda cuando sean necesarias, pero siempre respetando escrupulosamente la voluntad de las personas con discapacidad y sus preferencias, subrayando la proporcionalidad de las medidas⁵⁵. En términos históricos, es el reconocimiento más amplio que se ha dado a la autonomía de la voluntad de estas personas.

⁵² Véase M.^a P. GARCÍA RUBIO, *La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el Código civil español a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas* cit., pp. 14-17.

⁵³ Vid. S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *La curatela: ¿una nueva institución?*, en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio* (Valencia 2022) pp. 219 ss.

⁵⁴ Desde nuestro punto de vista, por tanto, a efectos prácticos, la aplicación de este artículo significaba la supresión de instituciones como la tutela y la curatela al menos en el sentido más tradicional de estos términos.

⁵⁵ A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, *El ejercicio de la capacidad jurídica* cit. p. 32.

¿Cuáles son las novedades principales que establece la reforma? Podemos sintetizarlas, con Lasarte, del siguiente modo⁵⁶:

1. La incapacitación judicial no tiene ya justificación ni razón de ser⁵⁷.
2. La tutela solo tendrá lugar en la hipótesis de los menores de edad no emancipados y no sujetos a *patria potestad*⁵⁸.
3. La curatela supone un pilar básico, bien cuando sea asistencial o bien cuando sea representativa⁵⁹.
4. El guardador de hecho se mantiene como una institución esencial a la que eventualmente se le concede una autorización *ad hoc*⁶⁰.

⁵⁶ C. LASARTE, *Principios de Derecho civil*, T. I cit. pp. 211-213. Destaca que quizás el elemento esencial de la nueva Ley es que ya no existe incapacitación ni tampoco la modificación de la capacidad, porque esta es intrínseca a la persona de modo que no se puede modificar.

⁵⁷ El Preámbulo de la ley 8/2021, apartado III, lo expresa de forma categórica: «...el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse... No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de “incapacidad” e “incapacitación” por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos». Recuérdese el anterior art. 200 CC. como consecuencia de la reforma de 1983: «Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma». Hoy, ese art. 200 solo contiene indicaciones respecto de la tutela de los menores.

⁵⁸ La supresión de la tutela de las personas con discapacidad es el aspecto más importante de la ley. El Preámbulo lo dice de este modo: «Siguiendo este mismo criterio, se eliminan del ámbito de la discapacidad no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone». El sistema originario del artículo 200 CC. establecía que: «Están sujetos a tutela: 1.º Los menores de edad no emancipados legalmente. 2.º Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir». La Ley 8/2021, reserva el art. 200 para explicar las funciones tutelares y las medidas previstas en el 158 CC., pero restringiendo en el nuevo art. 199 la tutela únicamente para los menores: «Quedan sujetos a tutela: 1.º Los menores no emancipados en situación de desamparo. 2.º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad».

⁵⁹ Suprimida la tutela, la constitución de la curatela se convierte en la medida de apoyo más grave, por intensa, para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sometida a muchas garantías y cautelas (proporcionalidad, subsidiariedad, adaptación a la persona concreta, temporalidad y control judicial). El legislador la ha regulado de manera extensa en la ley 8/2021: la anterior redacción del Código civil la contemplaba en apenas ocho artículos, del art. 286 al 293 CC., mientras que la reforma le ha dedicado más del triple de preceptos, en concreto los arts. 268 a 294 CC.

⁶⁰ Otra de las instituciones esenciales para la ley 8/2021. En el Preámbulo, apartado III, se explica así: «...conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una

Nuevas perspectivas en torno a la capacidad jurídica y de obrar en el Derecho contemporáneo

5. Aparición del expediente judicial de prestación de apoyos que es un procedimiento no contencioso⁶¹.

Así pues, hay ciertamente novedades en el tratamiento de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, pero también se observa que no supone una ruptura total con el pasado, pues se mantienen algunas figuras conocidas, aunque ahora han de prestarse atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las precisa, siempre que ello fuese posible. La reforma apuesta decididamente por las medidas de carácter voluntario y las refuerza: guarda de hecho, autocuratela y poderes y mandatos preventivos. La figura del defensor judicial se mantiene, aunque con un carácter eventual o esporádico, cuyo nombramiento se reserva para asistir en un asunto concreto. Quizá la principal novedad que introduce la Ley 8/2021 es la desaparición de la previa declaración de incapacidad, así como la supresión del establecimiento del régimen de la tutela para las personas con discapacidad, sin duda la medida más grave para los declarados incapaces, pues conllevaba la sustitución de su voluntad por la de su tutor, y que era *communis opinio* que se recurría a ella de manera demasiado frecuente y poco justificada. En consecuencia, la curatela permanece como la única medida judicial de apoyo para aquellos casos en que la persona necesite una ayuda más sólida y continuada, aunque sometida a

propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho —generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables—, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias». La guarda de hecho ha quedado regulada en los arts. 263 al 267 CC.

⁶¹ En consonancia con la exaltación del principio de autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad, atendiendo ante todo a sus deseos y preferencias, la reforma potencia las medidas de apoyo voluntarias que se tramitarán a través de expedientes de jurisdicción voluntaria a cargo de un Notario autorizante: autocuratela (arts. 271 a 274) y mandatos y poderes preventivos (arts. 256 a 262). En el Preámbulo, apartado V, se señala la importancia de estas medidas: «Se trata, por tanto, de una reforma ambiciosa que opta por el cauce de la jurisdicción voluntaria de manera preferente, considerando de manera esencial la participación de la propia persona, facilitando que pueda expresar sus preferencias e interviniendo activamente y, donde la autoridad judicial interese la información precisa, ajustándose siempre a los principios de necesidad y proporcionalidad. Todo ello sin perjuicio de que el procedimiento se transforme en uno contradictorio».

Esther Pendón Meléndez

los criterios de proporcionalidad, subsidiariedad, adaptación a la persona concreta, temporalidad y control judicial que establecen los arts. 268 y 269 CC. Sin embargo, el legislador español ha optado por permitir, en los casos más graves, la curatela representativa, lo que en definitiva aproxima este tipo de curatela a la vieja tutela.

5. CAPACIDAD JURÍDICA Y DE OBRAR EN EL NUEVO MILENO: ¿HA DESAPARECIDO ESA DISTINCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO?

Ya hemos dicho que la *Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad* supone un punto de inflexión en cuanto al tratamiento de las personas que sufren discapacidad, ya que dicha norma considera a tales personas plenamente capaces y no se menciona respecto de ellas su posible falta de capacidad de obrar. Este espíritu se encuentra latente en el artículo 12 de su texto que, desde luego, ha sido objeto de múltiples cuestionamientos no sólo por la doctrina, sino también por los Estados partes que han suscrito este tratado internacional. Tanta fue la controversia suscitada por el citado precepto que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano también de la ONU encargado de interpretar el tratado y velar por su cumplimiento, trató de disipar todas esas dudas a través de la llamada *Observación General Primera*, emitida el 19 de mayo de 2014. Pero lo cierto es que el Comité, con este dictamen, no disipó dudas, sino que por el contrario elevó una serie de conclusiones que buena parte de los civilistas han considerado excesivas y que ni siquiera nuestro legislador se ha atrevido a respetar en su integridad, como tendremos la ocasión de comprobar⁶².

El artículo 12.2 de la Convención sostiene que los Estados miembros deben reconocer que las personas con alguna discapacidad tienen la misma capacidad jurídica que las demás en los diversos aspectos de la vida. Por tanto, la aplicación de las mismas condiciones de igualdad entraña la aptitud para tener derechos y la posibilidad de actuar en derecho, de modo que implícitamente se reconocen ambas facetas. En

⁶² En palabras de un sector de la doctrina civilista, una extralimitación de funciones, pues va más allá de la letra del art. 12 de la Convención. Vid. por ejemplo, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, *Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica*, en *Diario LA LEY* 9851 (17 de mayo de 2021) pp. 2 s. P. CUENCA GÓMEZ, *De objetos a sujetos de derechos. Reflexiones filosóficas sobre el art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (Madrid 2012) pp. 48-51. M. PEREÑA VICENTE, *La Convención de Nueva York y su incidencia en el ejercicio de la medida de protección* cit. pp. 150-154.

Nuevas perspectivas en torno a la capacidad jurídica y de obrar en el Derecho contemporáneo

este sentido, la Observación General número uno señala que tradicionalmente ha sido la capacidad de obrar la que se ha negado a estas personas, pero que estas dos facetas no deben ser divididas (OG1^a.7)⁶³. En realidad, todo el conjunto del art. 12 de la Convención obliga a los Estados signatarios a contemplar la regulación de la capacidad jurídica como una parte esencial de la reforma integral que pretende el instrumento para lograr la igualdad de derechos de las personas con discapacidad⁶⁴.

La Observación General Primera, por tanto, entiende que existiría una discriminación por motivos de discapacidad si se apelara a la negación de capacidad jurídica esgrimiendo argumentos de incapacidad tradicionales como el de *status* o condición (por deficiencia), incapacidad por resultados (decisión perjudicial para la persona) o incapacidad por carácter funcional (carencia de aptitud para tomar una decisión). Por tanto, según el Comité no se puede privar a la persona de su capacidad jurídica ni de su ejercicio, sino que deben tomarse las medidas necesarias para que puedan requerir y disfrutar de las medidas de apoyo necesarias para el desarrollo completo de su capacidad jurídica plena⁶⁵.

La primera conclusión que podemos extraer de la lectura de ambos articulados es que ya no se trata de reemplazar o suplantar a través de un tercero la voluntad del interesado —que, de ninguna forma, según la normativa, carece de capacidad jurídica en cualquiera de sus fases—, en la toma de cualquier tipo de decisión, sino se trata solamente de apoyar las preferencias y la voluntad autónoma de la persona con discapacidad.

En definitiva, la norma por una parte trata de proteger ante una eventual discriminación para que pueda garantizarse el ejercicio de la capacidad jurídica de forma justa e igualitaria respecto de las personas con discapacidad y particularmente con discapacidad cognitiva. Esta protección se basa fundamentalmente en proporcionar a estas personas los apoyos necesarios adaptados a su situación para que la capacidad jurídica no sufra ninguna merma. Por otra parte, la protección de este colectivo no trata de asimilar la capacidad jurídica de todas las personas

⁶³ OG1^a.7: «Históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad jurídica en virtud de regímenes pasados en la sustitución de decisiones como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso. Estas prácticas deben ser abolidas a fin de que las personas con discapacidad recobren plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás».

⁶⁴ M.^a C. BARRANCO et al., *Capacidad jurídica y discapacidad: el art. 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad* cit. pp. 57 s.

⁶⁵ P. CUENCA GÓMEZ, *De objetos a sujetos de derechos* cit. pp. 48-50.

Esther Pendón Meléndez

por igual, dado que entonces no existiría el respeto a la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como un aspecto de la vida que forma parte de la diversidad; antes al contrario, lo que ocurre es que se darán diferentes modos de ejercicio de dicha capacidad jurídica dependiendo de los apoyos que se necesiten para hacer posible el ejercicio de la capacidad a las diversas necesidades o casos específicos de cada persona con discapacidad⁶⁶.

Este artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas ha sido calificado como el *alma mater* o el corazón de la Convención y como el verdadero aglutinador de todos los derechos reconocidos en la misma, así como el máximo exponente del cambio de paradigma que supone en el tratamiento de los derechos con las personas con discapacidad y en el sistema de protección de las mismas⁶⁷; sin embargo, no todos los países se comprometieron inicialmente a aplicarlo.

En materia de distinción entre capacidad jurídica y de obrar, el Comité ONU a través del dictamen que estamos citando expresa tajantemente que, en el caso de las personas con discapacidad, la capacidad jurídica significa no solamente la titularidad de todos los derechos que le correspondan sino también las prerrogativas inherentes a la misma que les permiten ejercerlos. En la OG.1^a.8 se dice: «El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales con respecto a su salud, su educación y su trabajo. En muchos casos la negación de capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha hecho que se vean privadas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse, y fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad».

Comprobamos, en primer lugar, que en el dictamen el Comité invoca reiteradamente la discriminación sufrida históricamente por las personas con discapacidad

⁶⁶ ID., *Ibid.* p. 56.

⁶⁷ M.E. TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid 2020) pp. 25 s.

Nuevas perspectivas en torno a la capacidad jurídica y de obrar en el Derecho contemporáneo

en el ejercicio de sus derechos, ya que se encontraban sometidos a un régimen de sustitución de su voluntad que anulaba su capacidad jurídica y ese es el paradigma que debe ser abolido⁶⁸. El Comité sin titubeos reclama a los Estados parte la supresión de la tutela y la curatela en sus respectivos ordenamientos jurídicos: «... regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás» (OG.1^a.7); «La obligación de los Estados partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención» (OG.1^a.28).

En realidad, los miembros del Comité están avanzando que no existe un desdoblamiento de la capacidad, puesto que en la expresión capacidad jurídica están incluyendo la capacidad de ejercicio o lo que siempre hemos conocido como capacidad de obrar. No obstante, más adelante y con mayor grado de precisión, se profundiza en esta materia en la OG.1^a.12 afirmando que: «En el artículo 12 párrafo 2 se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas modificarlas o ponerles fin. El derecho al reconocimiento como actor jurídico está establecido en el artículo 12 párrafo 5, de la Convención en la que se expone la obligación de los estado partes de «tomar todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, a ser propietarios y heredar bienes, controlar sus propios

⁶⁸ Para E. LÓPEZ BARBA, *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio* (Madrid 2020) p. 16, la cualidad más destacada de la Convención «resulta ser la abolición de cualquier suerte de discriminación basada en la discapacidad, por cuanto redundante, no tanto en la titularidad de los derechos, sino en el ejercicio efectivo de los mismos por todos los sujetos».

Esther Pendón Meléndez

asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero y velar porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».

La OG.1^a.13 expresa que: «La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)». OG.1^a.14: «Por consiguiente para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse». Y, finalmente, en la OG.1^a.25 llega a hablarse de una capacidad jurídica universal que, en realidad es volver a reiterar la misma línea argumental de todo el dictamen.

Nuestro legislador tenía, por tanto, la obligación de armonizar el art. 12 de la Convención con la Observación Primera del Comité, que no dicen exactamente lo mismo. Y, ¿cómo lo ha hecho?

Pues, en primer lugar, y en lo que se refiere a las medidas de apoyo judiciales, respetando al máximo el art. 12 y asumiendo todo lo que puede asumir del dictamen del Comité, pero no en línea de máximos. En este sentido, ya se ha reiterado que nuestro ordenamiento ha eliminado la tutela del régimen de protección de las personas con discapacidad⁶⁹, pero no ha hecho lo mismo con la curatela, como exigía la Observación Primera, que permanece en nuestro sistema legal, incluso en su modalidad representativa, cercana a la vieja tutela, aunque sometida a unos controles más rigurosos de los que tenía esta⁷⁰. Entendemos en este sentido, como hace parte de la doctrina⁷¹, que el legislador español ha estado afortunado al mantener la curatela como parte de las medidas de apoyo judiciales a las personas con

⁶⁹ También suprime la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, pues como afirma en el Preámbulo de la ley 8/2021 (apdo. III), se trata de «figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera».

⁷⁰ Arts. 268-270 CC.

⁷¹ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, *Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica* cit. pp. 1 y 3. S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *La curatela: ¿una nueva institución?* cit. pp. 220-222, con bibliografía.

Nuevas perspectivas en torno a la capacidad jurídica y de obrar en el Derecho contemporáneo

discapacidad, pues siempre habrá personas que la necesiten —los casos más graves de Alzheimer, por ejemplo—. Conservar la curatela no es contrario al art. 12 de la Convención, pues este precepto en su apartado cuarto exige simplemente la exigencia de unos criterios moduladores si finalmente se opta por la constitución de un régimen de representación de una persona: «Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas». Cautelas que, oportunamente, ha recogido la reforma española en los nuevos arts. 268 y 269 CC. Al mismo tiempo, la ley 8/2021 es respetuosa con la *Disability Strategy* (2017-2023) que emitió el Consejo de Europa (marzo 2017), porque solicitaba que se reemplazaran los sistemas de sustitución de la voluntad por las medidas de apoyo «tanto como fuera posible», y limitase los casos de representación exclusivamente a aquellos que fuesen del todo necesarios, siempre considerados de forma individual y proporcionada⁷².

Y, en segundo lugar, en lo que se refiere al concepto de capacidad jurídica, aquí sí el legislador ha optado por ajustarse a la nueva orientación que dicta la Observación General Primera, y lo ha hecho desde los primeros borradores del Anteproyecto en 2018 y 2019⁷³. Finalmente, en el Preámbulo de la ley 8/2021, se

⁷² *Human Rights: A Reality for All. Disability Strategy (2017-2023)*. Council of Europe (March 2017). Ap. 63 (p. 25): disponible en <https://edoc.coe.int/en/people-with-disabilities/7276-pdf-human-rights-a-reality-for-all-council-of-europe-disability-strategy-2017-2023.html>.

⁷³ Como recordó M.^a P. GARCÍA RUBIO en su comparecencia en calidad de vocal de la sección primera de la Comisión General de Codificación el 20 de octubre de 2020 en el Congreso de los Diputados: «En este proyecto hemos tratado de seguir los criterios de la convención, que conocemos bien, sabemos todo su proceso de elaboración, y los criterios de esta observación general. Les recuerdo, perdonen la insistencia, que este artículo 12 tiene tres puntos fundamentales: el reconocimiento de la plena capacidad jurídica a todas las personas, con o sin discapacidad, a las personas con discapacidad también, lo que debe ser leído como titularidad del derecho, la capacidad jurídica en el sentido clásico de nues-

Esther Pendón Meléndez

reitera en varias ocasiones la desaparición de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar y, en consecuencia, la simple capacidad jurídica (titularidad) incluye también el ejercicio de los derechos: «...ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos» (apdo. I); «El Título XI del Libro Primero del Código Civil se redacta de nuevo y pasa a rubricarse “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, de suerte que el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse» (apdo. III); «...la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos» (apdo. IV).

Todo ello ha tenido su reflejo en el articulado de la ley 8/2021 y, en consecuencia, en el Código civil. Si en el primer epígrafe de este trabajo decíamos que las menciones a la capacidad y la personalidad eran escasas en la redacción originaria del Código, y poco adaptadas a la distinción entre capacidad jurídica y de ejercicio, en la actualidad se ha operado un cambio notable en este sentido. En primer lugar, las menciones a la *personalidad* en el vigente Código civil prácticamente son las mismas⁷⁴, pero con la salvedad de que ahora también viene utilizado en el sentido de *características o cualidades propias de una persona*, la forma de ser y de pensar de alguien casi siempre en situación de minoría de edad o con discapacidad⁷⁵, pues,

tros derechos, pero también capacidad de ejercicio. Por tanto, desde el primer momento, con esta convención nosotros utilizamos únicamente el término capacidad jurídica y nos olvidamos en absoluto de la dicotomía capacidad jurídica-capacidad de obrar» (p. 25, disponible en https://www.congreso.es/en/publicaciones-organo?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&p_publicaciones_legislatura=XIV&p_publicaciones_texto=&p_publicaciones_id_texto=DSCD-14-CO-185.CODI).

⁷⁴ Arts. 29, 30, 32 (personalidad civil) y 162.1.º, y en la rúbrica del Título II, Libro Primero: *del nacimiento y de la extinción de la personalidad civil*.

⁷⁵ También en el caso de los menores y el ejercicio de la patria potestad o la tutela en beneficio de ellos. El art. 154 CC. dice que «La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental». En el 227: «Los tutores ejercerán su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos». Y en el 236: «El defensor judicial del menor ejercerá su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos».

Nuevas perspectivas en torno a la capacidad jurídica y de obrar en el Derecho contemporáneo

como es sabido, el espíritu de la reforma en materia de apoyos a las personas con discapacidad rebaja considerablemente los casos en que estas queden sujetas a un sistema de sustitución de la voluntad y exige a las personas que les presten apoyo conocer sus preferencias, respetar su voluntad, en definitiva, ejercitar los apoyos a su capacidad jurídica en función de su personalidad⁷⁶. Y, en segundo lugar, aumentan considerablemente las referencias textuales a la *capacidad*⁷⁷, se habla de *plena capacidad*⁷⁸ y, lo que es más importante, se utiliza por primera vez la expresión *capacidad jurídica* en la rúbrica de un Título y en varios artículos, como consecuencia de la ley 8/2021⁷⁹. Es evidente que el legislador utiliza *capacidad jurídica* en el recientísimo concepto del término que engloba también la *capacidad de ejercicio* o *de obrar*, en consonancia con lo expuesto en el Preámbulo de la citada ley. Con su inclusión en un texto legal de la envergadura del Código civil, indudablemente la división tradicional entre *capacidad jurídica* y *de obrar* pierde todo su sentido y vigencia. Desde este momento, no cabría hablar ya de *capacidad de obrar*, aunque en algunas situaciones relacionadas con las personas con discapacidad y los menores la *capacidad de obrar* subsiste, aunque no se le quiera llamar por ese nombre⁸⁰.

En aras de esta nueva sensibilidad o filosofía se han reformado algunos artículos relevantes del Código civil, por ejemplo, el 1263 que hablaba del consentimiento contractual en estos términos: «No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes

⁷⁶ En el art. 249 CC.: «Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad». Las menciones a las preferencias y deseos de la persona con discapacidad que necesita apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica, son numerosas: por ejemplo, arts. 249, 250, 254, 255, 258, 264, 268, etc.

⁷⁷ Arts. 10.8, 51, 52, 56, 60, 140, 163, 176.3, 176 bis.1, 235.3.º, 256, 257, 259, 666, 685, 707, 758, 763, 893, 1160, 1264, 1302.3, 1828, y 1935 CC.

⁷⁸ Arts. 111, 132 y 179.2 y 3 CC.

⁷⁹ La rúbrica del Título XI del Libro Primero: *De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*. Además, en los arts. 249, 250, 253, 254, 255, 268, 269, 271, 282 y 1732 CC. Asimismo, el párrafo segundo de la Disposición Adicional Cuarta establece que: «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».

⁸⁰ En igual sentido, A.J. QUESADA SÁNCHEZ, *Sobre el sentido de la discapacidad en la nueva regulación legal: reflexiones iniciales*, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (Barcelona 2022) p. 30.

Esther Pendón Meléndez

y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. 2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial». En su nueva redacción tras la Ley 8/2021, el artículo suprime el apartado segundo, que giraba preferentemente hacia las personas con discapacidad sometidas a tutela o curatela, y deja dicho lo siguiente: «Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales». En este sentido, apunta Ruiz-Rico Ruiz⁸¹, que «el discapacitado que carezca de medidas de apoyo podrá realizar válidamente toda suerte de contratos o negocios sin posibilidad de ser invalidados con base en una falta de (su) consentimiento».

Como era de esperar, la doctrina civilista se ha hecho eco de esta sustancial derogación y ha tenido que reconocer que desde este momento solo cabe hablar de capacidad jurídica, que incluye además la de obrar: García Rubio⁸², de Verda y Beamonte⁸³, Lasarte⁸⁴, Ruiz-Rico Ruiz⁸⁵, Fernández-Tresguerres⁸⁶ o Quesada Sánchez⁸⁷, entre otros muchos.

También se han llenado ya muchas páginas acerca de la necesidad o beneficio que trae la supresión de esta distinción y, sobre todo, si pese a que ya no existe en nuestro vocabulario jurídico con esa denominación, en el fondo se va a mantener una diferencia entre la capacidad jurídica y la de su ejercicio, pues en el fondo esta última puede seguir sufriendo modificaciones, aunque como apunta Quesada

⁸¹ J.M. RUIZ-RICO RUIZ, *Capacidad jurídica y discapacidad. Actos celebrados por la persona del discapacitado. La desaparición del principio de protección del interés del discapacitado*, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (Barcelona 2022) p. 75, poniendo en relación el art. 1263 con los nuevos arts. 1302 y 1304.

⁸² M.^a P. GARCÍA RUBIO, *Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* cit. p. 311. Esta especialista es firme defensora de la supresión de la distinción, como puede verse en otras citas recogidas en este trabajo.

⁸³ J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad*, en *Diario La Ley* 10021 (3 de marzo de 2022) Sección dossier apdo. 2.

⁸⁴ C. LASARTE, *Principios de Derecho civil*, T. I cit. p. 148.

⁸⁵ J.M. RUIZ-RICO RUIZ, *Capacidad jurídica y discapacidad. Actos celebrados por la persona del discapacitado. La desaparición del principio de protección del interés del discapacitado*, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (Barcelona 2022) pp. 74-75.

⁸⁶ A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, *El ejercicio de la capacidad jurídica* cit. p. 33.

⁸⁷ A.J. QUESADA SÁNCHEZ, *Sobre el sentido de la discapacidad en la nueva regulación legal: reflexiones iniciales* cit. pp. 29-30 y 57-58.

Nuevas perspectivas en torno a la capacidad jurídica y de obrar en el Derecho contemporáneo

Sánchez⁸⁸, no para negar o restar capacidad, como sucedía antes, sino como medio para dotar de las medidas de apoyo necesarias. En cualquier caso, siguen existiendo contradicciones en este campo en algunas disposiciones jurídicas, por lo que sería necesaria una pronta armonización.

Ha escrito Fernández de Buján que «la discapacidad es uno de los grandes desafíos, de presente y de futuro, que tiene planteada la humanidad. Una legislación respetuosa con la discapacidad, integral, justa y satisfactoria, debe partir del valor de su diferencia y tener presente que afecta no sólo a las condiciones de vida de millones de personas, el 10 por ciento de la población mundial, sino también a su dignidad, libertad e igualdad con las demás personas»⁸⁹. Y, en efecto, el momento presente que vivimos, en el que una nueva filosofía hacia las personas con discapacidad se ha traducido en un sistema legal mucho más sensible y respetuoso hacia sus derechos fundamentales y al ejercicio de los mismos, no puede sino considerarse muy positivo, más allá de la ruptura con conceptos tradicionales como el de capacidad que, en el fondo, no dejan de ser secundarios si evaluamos en conjunto toda la reforma. Como casi siempre, habrán de ser los tribunales quienes interpreten los casos, tanto desde el punto de vista terminológico como sustantivo, en que choquen los derechos reconocidos a las personas con discapacidad y la posibilidad, cuando exista una medida de apoyo judicial, en que no puedan ejercitarlos por sí mismos.

⁸⁸ A.J. QUESADA SÁNCHEZ, *Sobre el sentido de la discapacidad en la nueva regulación legal: reflexiones iniciales*, cit., p. 58. Vid. igualmente A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, *El ejercicio de la capacidad jurídica*, cit., p. 33. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad*, cit. apdo. 2.

⁸⁹ A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad*, en *Diario La Ley* 9961 (26 de noviembre de 2021) Sección Tribuna, apdo. 1.

