



MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho Civil.

Universidad de Santiago de Compostela.

Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación

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

14 de diciembre de 2017

SUMARIO

I. Introducción al tema. II. Ideas fuerza contenidas en el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. III. ¿Cómo se pasa de un régimen de sustitución a uno de apoyos con salvaguardas? IV. La situación presente: algo se ha hecho, pero sigue siendo necesaria la reforma del Código civil. A) El camino allanado por el Tribunal Supremo. B) Las líneas maestras del trabajo realizado en la Sección Primera de la Comisión General de Codificación.

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

El objeto del presente trabajo radica en la exposición de las razones que motivan la necesidad de modificar el Código civil español en lo que atañe al régimen jurídico aplicable a la actuación de las personas con discapacidad, así como el trazo de las líneas básicas que previsiblemente va a seguir su articulado en un futuro próximo, si es que se toman en consideración los trabajos que, hace ya tiempo, viene realizando la Sección Primera de la Comisión General de Codificación para adaptar dicho texto (y otros concordantes) a las exigencias derivadas del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas, hecha en Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante CDPD), ratificada por el Reino de España en Instrumento de 2 de noviembre de 2007¹.

Han sido muchas las voces que han resaltado el giro realmente copernicano que supone la citada Convención en lo que atañe al tratamiento jurídico de la discapacidad, al poner el foco del mismo en la consideración de estas personas como sujetos plenos de los derechos humanos en igualdad de condiciones que los demás, por lo que no es extraño que haya sido calificada como el más poderoso instrumento de protección de las personas con discapacidad frente a la discriminación y el maltrato, particularmente en el caso de quienes tienen una discapacidad intelectual o una enfermedad mental². Esto significa que no se trata

¹ *BOE* 23 de abril de 2008. La necesidad de dar un nuevo rumbo a las reglas jurídicas que afectan a las personas con discapacidad deriva también de las actuaciones del Consejo de Europa, muy activo en esta materia; entre ellas me permito destacar la Recomendación n.º R (99) 4, de 23 de febrero de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados y la Recomendación CM/Rec (2009) 11, de 9 de diciembre de 2009, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios relativos a las autorizaciones permanentes y las directivas anticipadas relacionadas con la incapacidad. Subrayo también la más reciente Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo con Recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección de adultos vulnerables, Informe de 3 de abril de 2017.

² *ORDINAIRE*, 2017:93. El cambio de paradigma por parte del CDPD es destacado también en la doctrina española; por todos, *CASTRO-GIRONA*, 2015:165.

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

Con estas premisas, es palmario desde cualquier punto de vista, que la aplicación directa del texto internacional derivada del valor que le confiere el artículo 96 de la Constitución Española no obviaba, sino más bien todo lo contrario, la necesidad de que el legislador español realizase una labor de adaptación de su ordenamiento jurídico interno a los dictados de la Convención, que ha contado con algunos hitos notables, como la Ley 26/2011, de 1 de agosto, llamada precisamente de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta Ley, cuyo contenido hace un barrido por distintas normas con rango de ley que afectan a cuestiones tan variadas como la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, la extracción y trasplante de órganos, la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la reproducción asistida, o el estatuto del empleado público, entre otras varias fue, sin embargo, expresamente consciente de que quedaban todavía muchos aspectos por adaptar a la nueva Convención. Por ello, dedicó algunas de sus disposiciones postreras a ordenar la elaboración de otros textos legales; así sucedió con la Disposición Final Segunda que ordenaba al Gobierno la refundición de determinados textos legales y que dio lugar al RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Mucho más complicado ha mostrado ser el dar debido cumplimiento a lo dispuesto en la Disposición Adicional Séptima de la citada Ley 26/2011 donde, con la denominación de «Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones», se instaba al Gobierno para que, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esa Ley, remitiera a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento

jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), precepto central por tratar de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad³, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecería las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen.

Muchos años después el mandato normativo sigue sin estar culminado, aunque es justo decir que algunos pasos sí se han dado, sobre todo por parte de la doctrina y de la jurisprudencia la cual, en buena parte, en aquella se inspira⁴. Tampoco creo que debamos rasgarnos las vestiduras por el retraso, no solo porque de nada sirve hacerlo, sino también y sobre todo, porque el empeño tiene la suficiente enjundia –se trata, sin lugar a dudas, del mayor reto que la Convención representa para cualquier ordenamiento jurídico, reto que, por eso mismo, también es el más difícil– como para acometerlo con el mayor cuidado y tomándose el tiempo necesario para hacerlo de la mejor manera posible.

Para intentar dar una cabal idea de lo que tal labor significa en lo que atañe al Código civil español (y, como he dicho, a otros textos legales de ámbito estatal afectados, sobre todo la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, pero también la Ley Hipotecaria o la Ley del Registro Civil, entre otras), las páginas que siguen se dedicarán de modo sucesivo a tres temas: el primero, la exposición de la ideas fuerza que sustentan el artículo 12 CDPD y sobre las que habrá de basarse la nueva regulación española (en este caso estatal, pero a la que también deberían acomodarse las legislaciones autonómicas competentes, cuestión sobre la que no puedo aquí entrar a pesar de su indudable interés); el segundo, el perfilado de las líneas que han de marcar el paso de un sistema como el que tenemos todavía en vigor en nuestro Código civil⁵ a un

³ De «piedra angular de la Convención» califica al mencionado precepto CASTRO-GIRONA, 2015:165, y en este también la misma autora la considera «una disposición de vanguardia» (2015:17).

⁴ Como un sistema de «adaptación a plazos» lo considera TORRES GARCÍA, 2015:404. Una de las últimas modificaciones legales se ha producido a través de la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones.

⁵ Procedente de la reforma operada en el Código Civil por la ley 13/1983, de 24 de octubre; vid. las características generales de este modelo, relatadas por su más destacado impulsor, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1999), 2011: 980-992; también lo explica TORRES GARCÍA, 2015:392 ss.

sistema nuevo como el que diseña la CDPD; el tercero y último, la relación sucinta de cómo se pretenden plasmar esas ideas en el nuevo Código civil español, de acuerdo con la propuesta que ha hecho la Sección Primera de la Comisión General de Codificación⁶.

II. IDEAS FUERZA CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Para dar una noción lo más completa posible del significado del cambio que se propone con la nueva regulación, conviene comenzar recordando el exacto tenor del artículo 12 de la CDPD, precepto que ya fue objeto de encendidos debates en su proceso de elaboración⁷ y que sigue siendo a día de hoy uno de los puntos calientes de la citada Convención⁸.

Con la rúbrica, un tanto equívoca, de «Igual reconocimiento como persona ante la ley», el artículo 12 CDPD tiene el siguiente contenido:

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁶ Me refiero a su parte sustantiva; las cuestiones procesales han sido propuestas desde la Sección Tercera de la Comisión.

⁷ El análisis de los documentos preparatorios pone en evidencia la falta de acuerdo de los países que intervinieron en la elaboración de la Convención sobre el exacto significado y alcance de la expresión «*legal capacity*» contenida en el artículo 12 de la misma. Todavía en la cuarta revisión del Proyecto realizada el 30 de octubre de 2006, en el artículo 12 se incluía una nota según la cual «En árabe, chino y ruso, la expresión «capacidad jurídica» se refiere a la «capacidad jurídica de ostentar derechos» y no a la «capacidad de obrar»; esta nota finalmente desapareció en la aprobación final por la Asamblea General en diciembre de 2006. (pueden consultarse los documentos preparatorios en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/ad-hoc-committee-on-a-comprehensive-and-integral-international-convention-on-the-protection-and-promotion-of-the-rights-and-dignity-of-persons-with-disabilities.html>).

⁸ Se hace eco de los debates previos a la aprobación del artículo 12 y de las distintas interpretaciones sustentadas por los diferentes países, BARRIO GALLARDO, 2014, pp. 466-468.

4. *Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*

5. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

Aunque tan extenso texto merecería una exégesis mucho más detenida, me voy a limitar aquí a señalar las tres ideas básicas que, a mi juicio, se desprenden de este precepto, si de lo que se trata es de influir en un ordenamiento jurídico como el nuestro, esto es, perteneciente a un sistema codificado de corte eminentemente continental y en el que ya, por hipótesis, se respetan los derechos humanos o, al menos, se respetan en sus líneas más diáfanas.

Como he anticipado, tres son a mi juicio tales ideas. La primera la de «capacidad jurídica», que se menciona en el párrafo segundo del citado artículo 12 CDPD y que, como ha señalado expresamente la Observación General n.º 1 del Comité de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, publicada en 2014, incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos, como la capacidad de ejercerlos⁹. Por consiguiente, el término no se identifica con el de capacidad jurídica en el sentido que tradicionalmente se le ha dado en nuestro Derecho, esto es equivalente al de personalidad jurídica¹⁰ (capacidad

⁹ *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 11.º período de sesiones, hecho entre el 31 de marzo y el 11 de abril de 2014; editado 19 mayo 2014.

¹⁰ Personalidad jurídica que GETE-ALONSO Y CALERA, 2013:73, define como la cualidad atribuida a todo humano sin distinción por ser inherente a él desde el momento en

legal, según la Observación General citada), sino que abarca también la capacidad de ejercer tales derechos¹¹ esto es, lo que tradicionalmente hemos denominado capacidad de obrar y que el citado Comité prefiere designar como legitimación para actuar.

En este punto, más allá de la cuestión terminológica, parece evidente que el aspecto de la capacidad jurídica que habitualmente se niega o en el que se discrimina a la persona con discapacidad en los ordenamientos jurídicos, digamos, modernos, ha sido el segundo, es decir, en el reconocimiento de la capacidad de estas personas en igualdad de condiciones que las demás para el ejercicio de actos con trascendencia jurídica, como pueden ser, entre muchos otros y solo a título de ejemplo, los de votar, contraer matrimonio, testar, vender, comprar, pedir préstamos, consentir o no determinados actos médicos, o incluso algunos que pueden pasar más desapercibidos pero igualmente trascendentes para la persona, como la toma de decisiones sobre su alimentación, su correspondencia, su entorno digital, o sobre el propio domicilio o residencia¹².

Y ello ha sido así porque el sistema tradicional seguido en estos ordenamientos se basa en un modelo protector del discapacitado que exige trabajar con la idea de sustitución de estas personas en la toma de las decisiones que les afecten, sobre todo en caso de discapacidad cognitiva de cierta entidad. Sería algo así como lo siguiente: puesto que estas personas no poseen capacidad cognitiva (no saben bien lo que hacen) lo que el Derecho debe procurar es que alguien con plena capacidad de decisión resuelva por ellos lo que más les conviene. Se parte, pues, de un sistema de sustitución en la toma de decisiones de carácter eminentemente paternalista, basado en una concepción médica de la discapacidad y transido de la idea del mejor interés de la persona que la padece. Baste con decir, por el momento, que el artículo 12 CDPD

que forma parte de una comunidad social; la misma autora, no obstante, establece los matices que le hacen distinguir como términos no idénticos la personalidad jurídica y la capacidad jurídica (2013:106 y 107).

¹¹ Autores como MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2014:70 ss., prefieren referirse a la dimensión estática y la dimensión dinámica de la capacidad. Para GETE-ALONSO Y CALERA, 2013:119, el artículo 12 CDPD se refiere precisamente a la capacidad de obrar; por su parte PEREÑA VICENTE, 2016:10, interpreta que la Convención no confunde, sino que diferencia, ambos conceptos.

¹² Esta última controversia es, precisamente, la que se plantea en la STDH de Estrasburgo de 23 de marzo de 2017 (*A.-M.V v. Finland*), sobre la que volveré, en la que el problema de fondo radicaba en la discrepancia entre la persona con discapacidad y su representante legal acerca de cuál habría de ser la ciudad de residencia de la primera.

rompe con este modelo¹³ el cual, para aclararlo ya desde el principio, ha de considerarse radicalmente incompatible con el contenido de la Convención¹⁴, instrumento que ha transitado hacia un modelo social de la discapacidad basado en la dignidad de la persona y de los derechos humanos que le son inherentes.

En este nuevo escenario surge la segunda de las ideas fuerza a las que antes hice mención; el precepto de la CDPD exige que el modelo sustitutivo en la toma de decisiones haya de ser reemplazado por el de apoyo a la persona con discapacidad en la toma de sus propias decisiones, tal y como se reconoce en el párrafo tercero del reiterado artículo 12. Pues bien, aunque también sobre el concepto de «apoyo» cabría hacer muchas precisiones, me limito a señalar que, tal y como la Observación General de 2014 recuerda, apoyo es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones, que pueden ir desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona discapacitada. Luego apoyo no es simplemente la medida de autoridad institucionalizada y reglada en un Código o en otra norma del rango y naturaleza que sea; muy al contrario, apoyo es un término mucho más amplio que a veces puede encontrarse en realidades puramente fácticas y que en otras requerirá una más acabada construcción técnico-jurídica.

¹³ Se trata de pasar de un «modelo médico» de la discapacidad a un «modelo social» (BARRIO GALLARDO, 2014:469); sobre este llamado «modelo social de la discapacidad», MARTÍNEZ DE AGUIRRE 2014: 21, nota 9; TORRES GARCÍA, 2015:403; y TORRES COSTAS, 2018, quien señala «El nuevo modelo introducido por la CDPD entiende que las personas con discapacidad son sujetos de derechos con capacidad plena para la toma de decisiones y con derecho a equivocarse como todas las demás; pone el enfoque de la discapacidad no en la persona sino en la interacción de ésta con determinadas barreras sociales o ambientales que serán las que determinen la aparición o no de la misma y rechaza cualquier modelo de sustitución de la voluntad abogando por la implantación de otro radicalmente distinto basado en la promoción de la autonomía personal».

¹⁴ Aunque ya anticipo que con este punto de vista no está conforme el Consejo de Europa o, al menos, no lo está la ya mencionada *Recomendación n.º R (99) 4, de 23 de febrero de 1999*, de su Comité de Ministros, cuyo Principio 3, bajo la rúbrica «Máxima preservación de la capacidad» establece en su punto 1: «*El marco legislativo debería, en la medida de lo posible, reconocer que pueden existir diferentes grados de incapacidad y que la incapacidad puede variar con el tiempo. Por consiguiente, una medida de protección no debería conducir automáticamente a una restricción total de la capacidad jurídica. No obstante, una limitación de esta última debería ser posible cuando se muestra necesaria con toda evidencia para la protección de la persona en cuestión.*».

Finalmente, y con ello llego a la tercera de las ideas clave que deseaba destacar, cabe decir que con el fin de asegurar que las medidas de apoyo no supongan el regreso por la puerta de atrás a los mecanismos sustitutivos de la capacidad de obrar que se quieren expulsar del nuevo sistema, el artículo 12.4 CDPD establece la necesidad de que los Estados establezcan en sus ordenamientos jurídicos, además de los apoyos, todas las «medidas de salvaguarda» que sean adecuadas y efectivas para que el nuevo modelo se respete. Es decir, se trata de que se dispongan las garantías que sean necesarias para asegurar el reconocimiento *tout court* de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos y en la toma de sus propias decisiones. Dice la reiterada Observación del Comité de seguimiento de 2014 que estas medidas estarán destinadas a asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, y que cuando no sea posible determinar esa voluntad y esas preferencias después de haber hecho un esfuerzo considerable, el modelo del «interés superior» o del «mejor interés» de la persona con discapacidad debe ser sustituido por el de «la mejor interpretación posible de su voluntad y sus preferencias», esto es, lo que algunos llaman «interés preferido»¹⁵. Por consiguiente, desde el punto de vista de los que podemos calificar como los intérpretes auténticos de la CDPD¹⁶, el concepto de «interés superior» no es una salvaguarda o garantía válida en relación con las personas adultas, puesto que las personas

¹⁵ Observación General n.º1, párrafo 21, p. 6. Reiterada por el Informe del Comité de 2017, párrafo 34, p. 8; TORRES COSTAS, 2018.

¹⁶ Existe cierta controversia sobre el valor de las observaciones y dictámenes de los Comités de seguimiento de los Tratados de Derechos Humanos, que explica en detalle CUENCA, 2012: 21 ss; baste decir aquí que, como señala la autora concordante con la doctrina por ella citada, que los Comités son órganos de garantía de los tratados internacionales de derechos humanos de la ONU, no son órganos jurisdiccionales lo cual significa que sus decisiones no tienen fuerza ejecutiva, sin embargo, su labor interpretativa no puede ser calificada de *irrelevante* en la medida en que son órganos comunes de algunos Tratados en los que son Estado parte la mayoría de los miembros de la comunidad internacional. Es más, el que no tengan un carácter judicial no implica que sus decisiones no sean obligatorias para los Estados que han manifestado su consentimiento para obligarse por los Convenios de Derechos Humanos que aquellos Comités supervisan y por los procedimientos de supervisión y control que establecen. Por ello, Cuenca afirma que no se puede negar que la interpretación que realizan estos Comités es una interpretación autorizada del tratado que ha de ser tenida en cuenta por los poderes nacionales y, en el caso español por las autoridades normativas sobre las que recae el mandato de interpretación conforme a lo establecido en el apartado 2.º del artículo 10 de la CE (CUENCA, 2012: 23-24). Se hace también eco de esta opinión TORRES COSTAS, 2018.

con discapacidad no son menores de edad, y lo que vale para estas no es aplicable a aquellas¹⁷.

Señalaré por último, en relación a esta tercera idea fuerza, que las salvaguardas que se diseñen en los sistemas jurídicos que acojan la Convención no solo han de garantizar la toma de decisiones por la persona con discapacidad, con los apoyos que sean necesarios, sino que también deben impedir, en su caso, que la persona que presta apoyo ejerza una influencia indebida (presiones, amenazas, agresión, manipulación, etc.) sobre la persona discapacitada.

III. ¿CÓMO SE PASA DE UN RÉGIMEN DE SUSTITUCIÓN A UNO DE APOYOS CON SALVAGUARDAS?

Para responder a la pregunta de la rúbrica antecedente se ha de apuntar que los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones¹⁸ pueden revestir muchas formas diferentes. Tal y como se recoge en

¹⁷ Si bien insisto en que esta postura no coincide totalmente con la del Consejo de Europa en su Recomendación de 1999, que da preeminencia al mejor interés de la persona con discapacidad; de conformidad con el Principio 8 de esta Recomendación: «1. Cuando se instaure o se ponga en práctica una medida de protección de un mayor incapacitado, los intereses y el bienestar de este último deben ser tomados en consideración de manera preeminente. 2. Este principio implica en concreto que la elección de una persona para representar o asistir al mayor incapacitado debe regirse ante todo por la aptitud de esta persona para proteger y promover los intereses y el bienestar del mayor en cuestión. 3. Este principio implica igualmente que los bienes del mayor incapacitado sean gestionados y utilizados en su provecho y para asegurar su bienestar». Ha de reconocerse que este es también el criterio de la STDH de 23 de marzo de 2017, A-M.V. v. Finland,

¹⁸ En lo que me muestro totalmente de acuerdo con la Recomendación (99) 4, es en que sería demasiado restrictivo definir a los mayores incapacitados únicamente en función de su aptitud para tomar decisiones; no en vano, puede haber personas aptas para tomar decisiones, pero que, debido a trastornos mentales o físicos, no están en condiciones de expresarlas o de darles continuidad. En el punto 17 de la precitada Recomendación se ponen varios ejemplos; así: «cualquiera que sea totalmente incapaz de comunicar o expresar decisiones constituye un ejemplo de una persona capaz de tomar decisiones, al mismo tiempo que es vulnerable y que, en consecuencia, tiene tanta necesidad de protección por vía de representación o de asistencia como una persona que no pudiera tomarlas. Otro ejemplo sería el de un mayor que está en disposición de tomar decisiones, pero que, por causa de trastornos mentales no cognitivos, toma decisiones completamente irracionales de las que no se podría deducir razonablemente que le permitan gestionar convenientemente sus intereses personales o patrimoniales. Se podría citar como tercer ejemplo, el caso de una persona apta para tomar decisiones, pero que a causa de trastornos mentales, no puede acordarse de ellas durante más de un minuto o

la Recomendación (99) 4 del Consejo de Europa, del estudio realizado en su seno por el escocés E. CLIVE se desprende que existen (o existían en ese momento) tres tipos de sistemas en los derechos nacionales en lo que se refiere a la protección de los mayores incapacitados: primero, un modelo de tipo tradicional, en el que la respuesta jurídica clásica consiste en suprimir o restringir la capacidad jurídica y que, de ordinario, está asociado a un tutor que representa al incapacitado en casi todos los aspectos; existe en segundo modelo, que podría ser calificado como de tipo tradicional modificado funcionalmente, en el que las necesidades sociales que se han advertido han sido satisfechas mediante añadidos al marco legislativo y en el que se encuentra un abanico más amplio de medidas disponibles y una mayor flexibilidad en la respuesta jurídica; finalmente, cabe apreciar un tercer modelo, que se podría calificar de sistema reformado en profundidad, en el que se hace hincapié, resueltamente y sin excepción, en la protección y en la asistencia más que en la privación de la capacidad jurídica.

Si hemos de atenernos a esta clasificación, el sistema actualmente vigente en el Código civil español estaría colocado entre el primer y el segundo modelo. Ello es así porque en el articulado de nuestro Código civil la institución protectora del discapacitado que actúa como modelo de referencia es la tutela, entendida además en su modo más pleno, esto es, como supuesto de representación legal general o cuasi-general, en el que el tutor toma las decisiones por el tutelado y ha de hacerlo además en su mejor interés (cf. *ad. ex.* artículo 216 CC «en beneficio del tutelado»). Con todo, también responden en cierta medida al mismo esquema las figuras de sustitución parcial o limitada, como pudiera ser, según alguna concepción, la que en nuestro Código actual se denomina curatela (artículo 289 CC)¹⁹, si bien no cabe desconocer que este precepto, en relación

dos y que, por ello, es incapaz de gestionar sus asuntos de manera adecuada. Un cuarto ejemplo podría referirse a una persona apta para tomar decisiones y acordarse de ellas, pero que a causa de trastornos mentales no cognitivos, es totalmente incapaz de dar continuidad a sus decisiones o a algunas de ellas. Hay finalmente el ejemplo de una persona que puede tomar decisiones, pero que por ser extremadamente influenciable, tiene necesidad de ser protegido por vía de representación o de asistencia». Por lo tanto, a los efectos que nos competen, el concepto de persona con discapacidad cubre no solamente a las personas incapaces de tomar decisiones, sino también a aquellas que no pueden comprenderlas, expresarlas o ponerlas en práctica.

¹⁹ Es la tesis mantenida ya en su día por GETE-ALONSO, 1992:246 quien sostenía que nada impedía en el sistema establecido en 1983 que la curatela se concibiese como una tutela reducida, mitigada o atenuada, incluso con facultades de representación, con el necesario margen de flexibilidad que han de tener todas las instituciones de protección de la persona para adaptar el régimen de guarda al grado de discernimiento del incapacitado.

con la curatela del incapacitado, utiliza el término «asistencia», lo que la mayoría de la doctrina ha venido considerando como equivalente a un mero «complemento» de una capacidad de actuar que, por hipótesis, sería incompleta, si bien no implicaría en ningún caso representación, ni siquiera parcial²⁰. Más adelante volveré sobre este concreto punto.

Este tipo de régimen no se aparta en exceso de la mayoría de los existentes en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural, todos los cuales tienen, según el Comité de la ONU de seguimiento de la Convención en su Observación de 2014, ciertas características en común. En concreto, son sistemas en los que: i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque sea con respecto a una única decisión; ii) se puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no sea la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el «interés superior» objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias.

Pues bien, como ya he anticipado, la CDPD quiere expulsar de los ordenamientos jurídicos de los Estados destinatarios este tipo de regímenes y las figuras que los sustentan, las cuales habrán de ser reemplazadas por sistemas de apoyo en la toma de las decisiones que han de pilotar las propias personas con discapacidad. Estos nuevos sistemas pueden ser diversos y pueden ser diseñados y modulados por cada ordenamien-

²⁰ Según GUILARTE MARTÍN-CALERO, 1997: 420, con citas del Tribunal Supremo, se trata de «reforzar, controlar y encauzar la incompleta capacidad del sometido a curatela»; mucho más recientemente considera la curatela como un «mecanismo de complemento de la capacidad», MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2014:18, 43. Sin embargo, como se verá, parece que la jurisprudencia más actual admite situaciones de curatela que impliquen representación del curatelado, aunque en todo caso de naturaleza parcial. De hecho, la doctrina más reciente muestra muchas vacilaciones a la hora de trazar la línea divisoria entre tutela y curatela; así, para GASPAS LERA, 2016: 1310 esta línea estaría en «su finalidad de asistencia, no de representación», si bien poco más adelante (2016:1314) dice que «el régimen de la curatela procede cuando el grado de discernimiento del discapacitado no impide en modo absoluto su autogobierno, es decir, en los casos de incapacidad atenuada», añadiendo «de ahí que en sede jurisprudencial se relacione la tutela con la incapacitación total y la curatela con la incapacitación parcial»; todavía más adelante (2016:1319) la misma autora añade, en contradicción con lo dicho en la primera de las referencias, «cabe incluso que el juez acuerde otorgar al curador la representación del incapacitado para determinados actos de administración o disposición de sus bienes», citando al respecto el artículo 150 CDFR, muy explícito en tal sentido, así como el artículo 223-6 CCCat, mucho menos evidente, si bien la SAP Barcelona, (Sección 18.ª) de 23 de septiembre de 2016, reconoce que el precepto citado en último lugar permite que el curador actúe como representante legal.

to jurídico según sus propios principios estructurales, sus preferencias o sus exigencias. No obstante, en todo caso, según el citado Comité de la ONU, han de respetar los siguientes postulados:

a) El apoyo para la adopción de decisiones debe estar disponible para todos.

b) Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo.

c) El modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o cuando sea comprendida por muy pocas personas.

d) La persona o las personas encargadas del apoyo que haya escogido oficialmente la persona concernida deben disponer de un reconocimiento jurídico accesible. Esto debe incluir un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad de la persona encargada del apoyo, así como un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida.

e) Las personas con discapacidad han de poder obtener ese apoyo a un costo simbólico o, mejor aún, gratuitamente, de modo que la falta de recursos financieros no sea un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.

f) El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio, o a establecer una unión civil, y a 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.

g) La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento.

h) Deben establecerse salvaguardas para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, con el objetivo de garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona.

i) La prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental; muy al contrario, para ese apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se requieren indicadores nuevos y no discriminatorios.

Una elemental reflexión sobre las exigencias que se acaban de exponer deja bien a las claras las dificultades tanto valorativas como meramente técnicas a las que se enfrenta el encargado de adaptar el Código civil español al nuevo modelo²¹. No en vano, el azezado Ministerio Fiscal de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2009, sobre la que inmediatamente me detendré, calificó la necesaria aplicación del artículo 12 de la CDPD de verdadero «desafío para nuestro sistema».

IV. LA SITUACIÓN PRESENTE: ALGO SE HA HECHO, PERO SIGUE SIENDO NECESARIA LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

A) El camino allanado por el Tribunal Supremo

Ya he anticipado más arriba que aunque el Código civil español no haya sido todavía modificado en este punto, la Convención de Nueva York ya ha tenido un profundo impacto en nuestro ordenamiento jurídico, del cual forma parte y cuyos efectos directos emanan de la propia Constitución en su artículo 10.2²². En especial, ese impacto se ha producido en relación al nuevo significado de la capacidad jurídica y al pleno reconocimiento de la misma a las personas con discapacidad, incluyendo muy especialmente el aspecto que atañe a la toma de sus propias decisiones cuando estas hayan de producir efectos jurídicos, lo que es tanto como decir que del texto convencional deriva el pleno reconocimiento de su capacidad de obrar o, si se prefiere, de su legitimación para actuar.

Hasta ahora, ante la inacción del legislador ha sido la jurisprudencia la encargada provisionalmente de hacer el tránsito. Lo ha hecho a través

²¹ Es importante señalar que España no hizo ninguna declaración especial ni reserva con relación al artículo 12 CDPD. En cambio, sí lo han hecho países como Canadá, cuya declaración interpretativa sobre el artículo 12 aclara que este refleja una presunción de capacidad jurídica, con lo que se permite tanto los mecanismos asistenciales como los sustitutivos, dependiendo de las circunstancias y de acuerdo con la ley. Con ello se posibilita que Canadá pueda continuar regulando mecanismos de sustitución en la toma de decisiones, en las circunstancias apropiadas y con las adecuadas salvaguardas. También Australia realizó una declaración interpretativa del precepto convencional que le permite apoyos mediante sustitución en la toma de decisiones a través de la utilización de figuras representativas, si bien estas únicamente procederán cuando tales mecanismos sean necesarios como último recurso y siempre con sujeción a las preceptivas salvaguardas.

²² El Tribunal Constitucional en STC 3/2018, de 22 de enero (BOE 21 de febrero) afirma de modo expreso que «La aplicación de la cláusula del artículo 10.2 CE, nos lleva a otorgar especial relevancia a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad».

de una interpretación que me atrevo a llamar pro-Convención de las normas codificadas vigentes, al menos cuando estas o en la medida en que estas lo permiten²³. Se puede decir que la resolución que dio el pistoletazo de salida a esta nueva concepción fue la STS de 29 de abril de 2009²⁴, en la que fue ponente la entonces magistrada del Tribunal Supremo, y que hoy lo es del Tribunal Constitucional, Dña. Encarnación Roca i Trías. La sentencia traía su causa en un proceso de incapacitación instado por dos hijas de la demandada D.^a Victoria, a la que posteriormente se adhirió una tercera, proceso con el que la protagonista y otros hijos no estaban conformes. En primera instancia el juzgado estimó la demanda de incapacitación al entender que «D.^a Victoria, no puede gobernarse por sí misma, y en consecuencia y por tanto y en su beneficio y de los hijos, procede declararla incapaz total y absolutamente y nombrarle tutor»; en realidad nombró tutor en su persona a dos de las hijas y a un tercero como tutor de sus bienes. D.^a Victoria apeló la sentencia a través de sus hijos D. Carlos Alberto, D.^a Ariadna y D. Juan Antonio, actuando en representación y defensa de la presunta incapaz. La sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 20 marzo 2006 desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia apelada; tras hacer diversas consideraciones de orden médico y jurídico, concluyó que «[...] evidentemente la demandada D.^a Victoria es una persona necesitada de protección, que sólo cabe obtener legalmente a través de los mecanismos de guarda, protección o custodia previstos en la Ley, por lo que aparece como necesaria la declaración de incapacidad de la misma; y teniendo en consideración la importante cuantía de su patrimonio así como la situación de permanente enfrentamiento entre sus hijos, con dos grupos bien diferenciados, en orden a garantizar la mejor defensa de su persona y patrimonio, ha de considerarse plenamente adecuado que lo sea en su modalidad de incapacidad total con la constitución de la correspondiente tutela, tal y como ha hecho la sentencia de instancia. Y ello viene corroborado por la propia actitud de los mismos hijos recurrentes, quienes, por un lado, se oponen a la declaración de incapacidad de la madre y, por otro, están actuando de hecho como si tal incapacidad existiera, [...]». Por lo que este primer motivo de impugnación no puede ser acogido, debiendo ser mantenido el pronunciamiento de la sentencia impugnada que declara a la demandada D.^a Victoria incapaz de modo

²³ Hasta el punto de que no son pocos los que opinan, a mi juicio erróneamente, que el sistema español actualmente vigente es del todo compatible con la Convención de Nueva York; así por ejemplo, BARRIO GALLARDO, 2014:481.

²⁴ RJ/2009/2901.

absoluto y permanente para regir su persona y administrar sus bienes, con la consiguiente constitución de la tutela».

Frente a esta sentencia se presentó el recurso de casación en el que resulta de especial interés el escrito del Ministerio Fiscal, que a la postre constituye un buen panegírico de la Convención de Nueva York, y en el que se decía que «[...] la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta más idónea. De un lado porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta». No obstante, en este caso la sentencia de casación no siguió totalmente la opinión del Ministerio Fiscal sino que, partiendo de la necesaria integración de los preceptos convencionales, constitucionales y legales, admitió expresamente la compatibilidad con la CDPD de los sistemas de protección establecidos en los ordenamientos jurídicos como el nuestro²⁵. También reconoció que tal sistema de protección no debe ser rígido, en el sentido de que no debe ser estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y además, constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección. A pesar de lo cual, en el caso de autos la sentencia consideró que D.^a Victoria estaba afectada por una incapacidad total y permanente que limitaba funcionalmente la capacidad para regir su persona y administrar sus bienes y que justificaba para este caso la constitución de la tutela.

La chispa del cambio ya había prendido en el Tribunal Supremo y el desafío que representaba esta nueva concepción fue aceptado en sucesivos casos que llegaron al alto tribunal; en consecuencia, la figura representativa general que supone la tutela y que ha sido durante mucho tiempo la medida de protección mayoritariamente utilizada como derivación de los procedimientos de la antes mal llamada «incapacitación» y ahora igualmente mal denominada «modificación judicial de la capa-

²⁵ Cuestión sobre la que, sin embargo, nuestra literatura jurídica no resulta pacífica; puede verse una buena síntesis de las dos opiniones contrapuestas, compatibilidad o incompatibilidad del sistema vigente con el modelo de la CDPD, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2014:20 ss.

cidad», está siendo progresivamente desplazada en la práctica de los tribunales por la curatela, figura que es considerada más flexible y menos intrusiva y, por lo tanto, más respetuosa con la CDPD.

Aunque existen ya muchas decisiones en este sentido, por tratarse de una de las más completas entre las recientes, me permito destacar la STS 16 de mayo de 2017, en la que la Ponente es D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán²⁶. Se trataba de un caso en el que tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia habían sometido a la persona con discapacidad, D. Leopoldo, enfermo de Alzheimer y con deterioro cognitivo y alteraciones en su conducta, a tutela. De esta opción se aparta el Supremo al entender que la descripción de la situación del afectado que se contiene en ambas sentencias no es la propia de una discapacidad total en la que la persona se encuentre privada de toda capacidad de decisión de modo que otro deba decidir en su lugar, que es la que en puridad daría lugar al sometimiento a tutela.

Entiende el Supremo que el tribunal inferior mantiene la tutela porque considera que la curatela supondría una mera asistencia para actos muy concretos y determinados y que, en consecuencia, no facilitaría la protección de las actuaciones más genéricas, como las atinentes a la medicación y seguimiento de los tratamientos propios de la enfermedad padecida por el interesado, así como a su posible actuación en lo patrimonial. Esta presuposición no es compartida por la sentencia de casación; muy al contrario, en ella se afirma que la curatela es una institución flexible que se caracteriza *por su contenido de asistencia y supervisión*, no por el ámbito personal o patrimonial, *o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse*²⁷. Rebate así la idea, mantenida por una parte de la doctrina durante mucho tiempo²⁸, según la cual en nuestro Código Civil vigente la curatela es una institución limitada al ámbito patrimonial, limitación que esta decisión solo acepta en el caso de la curatela de los emancipados y los pródigos, pero no en la destinada a las personas con discapacidad, al entender que tal limitación, ni resulta de la letra del artículo 287 CC, ni es coherente con la exigencia de adoptar un sistema de apoyo que se adapte a las concretas necesidades y circunstancias de la persona afectada. En consecuencia entiende el Tribunal Supremo que la curatela puede ser un apoyo en la esfera perso-

²⁶ STS 298/2017, 16 mayo (RJ/2017/2207).

²⁷ La cursiva es añadida por mí.

²⁸ Así, por ejemplo, GUILARTE MARTÍN-CALERO, 1997, 123 ss. y doctrina allí citada; en cambio, estimaba que la curatela introducida en el Código en 1983 no excluía la intervención en el ámbito personal GETE-ALONSO Y CALERA, 1992:246.

nal o en la patrimonial, o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona y cita otros pronunciamientos anteriores en igual sentido²⁹.

Por lo que atañe al ámbito patrimonial, estima la resolución judicial que la intervención del curador no se circunscribe necesariamente a los actos a que se refiere el artículo 290 CC, sino que puede extenderse a todos aquellos en los que sea precisa la asistencia; cuestión distinta es que, cuando la sentencia no los especifique, el legislador se refiera subsidiariamente a los actos que genéricamente considera de mayor complejidad o trascendencia para el patrimonio de la persona con discapacidad, que son aquellos para los que el tutor necesita autorización judicial. La sentencia procede a señalar con esmero los actos para los que D. Leopoldo requerirá del apoyo de su curador, diferenciando los relativos a la esfera personal de los que atañen a la esfera patrimonial; en este segundo plano destaco especialmente que, frente a la privación *ex ante* de la capacidad para testar que habían hecho las sentencias precedentes, opta por lo que considero la solución acorde con la CDPD, que es la de estar a lo que se dispone en los artículos 666 y 665 CC, de suerte que dicha capacidad de testar sea valorada precisamente en el momento de testar y conforme al procedimiento descrito en el segundo de los preceptos citados. Relevante es también señalar, por tratarse de un tema polémico, que esta sentencia del Tribunal Supremo, como sus precedentes, mantiene expresamente la capacidad de sufragio activo.

Existe un segundo punto en el que esta resolución se revela como especialmente interesante, cual es el relativo a la valoración de la voluntad de la persona con discapacidad para decidir quien ha de ser el encargado de prestarle el apoyo necesario. Al no haber designación de autocurador, la resolución se plantea el valor de la preferencia manifestada en el propio procedimiento, admitiendo en abstracto la eficacia de dicha posibilidad si la persona goza de la capacidad suficiente para manifestar tal preferencia, supuesto en el que cual estima que la opción manifestada no es vinculante para el juez, si bien este ha de tenerla en cuenta como criterio relevante para apartarse motivadamente del orden legal establecido. No obstante, se estima también que en el caso en cuestión D. Leopoldo no hizo una manifestación de voluntad terminante dirigida a alterar el orden del llamamiento legal, por lo que «atendiendo al

²⁹ Cfr. las STS 421/2013, de 24 de junio (RJ/2013/3948); 337/2014, de 30 de junio (RJ/2014/4930); 553/2015, de 14 de octubre (RJ/2015/4755); 557/2015, de 20 de octubre (RJ/2015/4900); 716/2015, de 17 de diciembre (RJ/2015/5726); 373/2016, de 3 de junio (RJ/2016/2311); 216/2017, de 4 de abril (RJ/2017/1505).

interés de la persona con discapacidad» mantiene al hijo que había sido designado como tutor en la sentencia recurrida, si bien ahora en calidad de curador, imponiéndole además la obligación de informar periódicamente al interesado sobre su situación personal.

En mi opinión, la sentencia que se acaba de reseñar hace un enorme esfuerzo para adaptar el régimen vigente a un sistema acorde con la Convención, si bien me permito introducir algún ligero matiz sobre dos puntos concretos que no terminan de convencerme. Por un lado, debería haber aclarado si la asistencia del curador puede o no significar en algún caso concreto la representación de la persona para la que se había establecido el apoyo, aunque de las apreciaciones hechas a lo largo de resolución pudiera deducirse que, en el caso concreto, esa persona, D. Leopoldo, no lo necesitaba, pues varias veces se insiste en que el interesado conserva la iniciativa y que la función de su curador es meramente supervisora. Por otro lado, entiendo que en este modelo resulta superfluo y hasta contraproducente la alusión al interés de la persona con discapacidad objetivamente considerado, pues este criterio no ha de ser determinante para la decisión; según mi parecer, y por lo que atañe al nombramiento del curador, si la voluntad, deseos y preferencias del interesado no existen o no pueden manifestarse ni interpretarse en modo alguno, será necesario aplicar el orden legal porque es el establecido de modo subsidiario, sin que sea precisa referencia alguna al mejor interés apreciado por la autoridad o por cualquier tercero; no obstante, reconozco que la postura del Tribunal Supremo en este punto concuerda con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una de sus últimas decisiones sobre el tema, por lo que me permito detenerme en ella con cierto pormenor.

Se trata de la STEDH de 23 de marzo de 2017 (*Caso A.-M.V. v. Finland*), que aborda un caso en el que la persona con discapacidad había manifestado de forma reiterada su voluntad de trasladar su residencia a un lugar remoto y aislado, en el norte de Finlandia donde se habían mudado sus padres adoptivos. En sucesivas instancias administrativas y judiciales las autoridades habían ratificado la decisión del tutor, acorde con la cual el interesado quien, según los informes psicológicos, tenía una capacidad de decisión equivalente a la de un niño entre seis y nueve años, debía permanecer en su ciudad natal, donde tenía una vida mucho más fácil y ordenada, una red de relaciones familiares y de amistad, un trabajo y hasta una compañera sentimental. Todos los órganos administrativos y judiciales internos consideraron que la decisión del tutor había sido tomada en el mejor interés de la persona con discapacidad y debía mantenerse. En la sentencia citada, donde el Tribunal de Estrasburgo

toma, como puntos de partida, los artículos 12 y 16 CDPD y la Observación de 2014 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, además de la Recomendación del Consejo de Europa (99) 4, y otros actos normativos de este mismo Consejo, los jueces europeos se alinean unánimemente con las autoridades finlandesas, al estimar que estas no habían interferido en los derechos del litigante que dimanaban del artículo 8 del Convenio Europeo de derechos humanos. Para el tribunal las opciones legales, administrativas y judiciales finlandesas entraban dentro del margen de apreciación concedidos a los Estados a la hora de implementar la norma convencional, habían sido tomadas con todas las garantías, y mostraron sus dudas sobre si, efectivamente, la decisión de mudarse al norte era la genuina voluntad del litigante. Estimó también el tribunal que el tutor había tomado en consideración las circunstancias concretas de manera individualizada y no simplemente porque se tratara de una persona con discapacidad, sino porque su concreta discapacidad le impedía darse cuenta de las implicaciones de su decisión de cambiar su residencia para un lugar tan lejano y aislado. En definitiva, la corte de Estrasburgo acepta la ponderación hecha por los tribunales finlandeses entre el respeto a la dignidad y la autonomía del individuo y la necesidad de protegerlo y salvaguardar su interés, especialmente cuando sus particulares circunstancias lo colocan en una situación de especial vulnerabilidad³⁰.

Volviendo a la jurisprudencia española, otra Sentencia del Tribunal Supremo sobre la que también es oportuno pararse es la de 11 de octubre de 2017³¹. En ella se parte de la flexibilidad y amplitud de la fórmula del vigente artículo 200 CC, al considerar la limitación parcial o total de la capacidad de autogobierno como el presupuesto de la incapacitación. Recordando el reiterado artículo 12 de la Convención de Nueva York y la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo que compatibili-

³⁰ En el procedimiento intervino una institución llamada *Mental Disability Advocacy Centre*, que hizo observaciones en el sentido de que se deberían adoptar sistemas de apoyo en la toma de las propias decisiones, con respeto a los deseos de la persona con discapacidad, en lugar de optar por las decisiones de terceros basadas en el mejor interés de aquella. Estima también el citado centro, que los estándares internacionales apoyan que la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad tenga preferencia sobre cualquier otra consideración y que en esta línea se están modificando muchos ordenamientos nacionales. Finalmente considera que las personas con discapacidad tienen que poder elegir donde y con quien vivir y tener la oportunidad de vivir de forma independiente en la comunidad con base en sus propias elecciones y en igualdad de circunstancias que los demás.

³¹ RJ/2017/4290; ponente Ignacio Sancho Gargallo.

za el sistema del Código con el mencionado precepto convencional³², insiste en la necesidad de confeccionar un «traje a medida» en cada juicio de incapacidad. En el caso en cuestión, donde se trataba de una paciente psiquiátrica por un trastorno delirante de tipo persecutorio, el Tribunal Supremo considera desproporcionadas las limitaciones impuestas a la interesada, así como su sometimiento a tutela. En atención a su enfermedad, estima la sentencia que el principal apoyo que precisa la interesada radica en seguir el tratamiento prescrito por el médico y es precisamente en este ámbito donde se debe incidir al nombrarlo; reconoce que el trastorno puede afectar a las facultades patrimoniales, pero sin que justifique su completa privación; afirmación esta última que cohonesta, a mi juicio, con los principios de intervención mínima y proporcionalidad presentes en la Convención de Nueva York. En atención a todo ello termina estableciendo un grado de capacidad de obrar que no afecta esencialmente a la necesidad de representación personal y patrimonial de la persona discapacitada, razón por la cual estima que ha de establecerse la curatela.

Hasta aquí nada que decir de la precitada sentencia. Sin embargo algunas de sus afirmaciones me suscitan ciertos reparos. El primero, porque la resolución, con cita del precedente que supone la STS de 1 de julio de 2014, trata de distinguir cuándo procede la tutela o la curatela, para lo cual literalmente señala que «hay que atender a si la sentencia de incapacitación atribuye al guardador legal la representación total o parcial del incapacitado, pues es ésta la característica diferencial entre la tutela y la curatela. En el primer caso, aunque la representación tan solo sea patrimonial, debe constituirse la tutela, aunque sus funciones serán las que se correspondan con la extensión de la incapacidad; mientras que en el segundo caso, en que no se atribuye representación, procede constituir la cura-

³² En especial se refiere a la STS de 1 de julio de 2014 (RJ/2014/4518); esta sentencia plantea una cuestión procesal que termina incidiendo en la situación de la persona con discapacidad. En las instancias inferiores se decretó su incapacitación total y el sometimiento a tutela; el recurso se interpone únicamente sobre la designación del tutor, de suerte que el enjuiciamiento sobre el grado de incapacitación devino firme. En el recurso de casación el informe del Ministerio Fiscal cuestiona la idoneidad de ese enjuiciamiento y considera, con base en la Convención de Nueva York, que hubiera debido establecerse una incapacitación parcial. El Tribunal estima que no puede modificarse el pronunciamiento, pues para ello se debería solicitar la revisión en el marco de un juicio con contradicción; estima además que tampoco de oficio se ve razón evidente para declarar la nulidad de la actuación y remitir de nuevo la causa al tribunal de instancia. En consecuencia, la discapacitada sigue privada totalmente de su capacidad de obrar y continúa sometida a tutela lo que, desde luego, no parece lo más conforme con los dictados de la Convención.

tela con independencia de si las funciones asistenciales pertenecen a la esfera patrimonial o personal del incapacitado». De lo dicho parece deducirse, pues, que cualquier representación, por mínima que sea, supone el nombramiento de un tutor y, en consecuencia, que el curador nunca puede tener facultades representativas por escasas que estas sean; sigue así esta sentencia el criterio de otras decisiones del Tribunal Supremo como la ya citada de 1 de julio de 2014, o como la de 17 de julio de 2012 que directamente establece para el caso por ella enjuiciado una «tutela parcial», al entender que la representación del sujeto al que se incapacita de manera limitada «únicamente lo es en lo relativo a la disposición de sus bienes». A mi juicio, este punto de vista choca con el que se desprende de otras decisiones del propio Tribunal Supremo ya citadas, que ponen el fulcro de la distinción entre tutela y curatela en el alcance de la actuación de la persona que presta apoyo (total o parcial) y no en su carácter representativo o no representativo; es oportuno recordar, al respecto, que la posibilidad de una curatela representativa no es extraña a nuestro ordenamiento, pues se encuentra ya explícita en el artículo 150.2 Código de Derecho foral de Aragón (CDFA)³³ y, aunque con menos claridad, parece también recogida en el artículo 223-6 Código civil de Cataluña (CCCat)³⁴.

El segundo reparo que pongo a la resolución ahora comentada se refiere a la designación del curador; al plantearse cómo vincula al juez el orden legal de llamamientos para constituir tutor o curador la sentencia, utilizando el mismo precedente jurisprudencial de 2014³⁵, afirma

³³ De conformidad con el cual «*La sentencia podrá conceder al curador la representación para determinados actos de administración o disposición de bienes del incapacitado. También podrá limitar la curatela al ámbito personal*».

³⁴ A cuyo tenor, «*La sentencia de incapacitación puede conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de esta para hacer los demás actos de esta naturaleza por ella misma*». Como de «resurrección de la curatela representativa» rubrica su comentario al precepto catalán, RIBOT IGUALADA, 2017:412; la función representativa de este curador ha sido expresamente reconocida por la SAP Barcelona, ya citada, de 23 de septiembre de 2016. Sin embargo, para la Recomendación del Consejo de Europa (99) 4, precisamente al aclarar el significado de los términos «asistencia» y «representación», señala: «Los términos «representación» y «asistencia» se utilizan aquí en una acepción funcional. La representación designa, ante todo, la toma de decisiones por o en nombre de una persona mayor. La asistencia designa, ante todo, la ayuda o los consejos ofrecidos a una persona mayor en relación con las decisiones o la aceptación de decisiones tomadas por esta persona. Estas dos nociones pueden comprender funciones de administración».

³⁵ Esta era la cuestión central en la STS de 1 de julio de 2014 que, de hecho, devuelve al tribunal de instancia el tema del nombramiento del tutor al considerar que no estaba suficientemente motivado el apartamiento del orden legal.

que «el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla». Por consiguiente, pone en primer término el interés del discapacitado, sin mencionar siquiera que, como era el caso, el priorizado en el orden legal era, precisamente, quien había rechazado de modo expreso la interesada, voluntad que no parece tener relevancia para el tribunal, toda vez que considera que cualquier excepción en el orden legal «hace referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela»; en consecuencia, nombra curador al hijo que ella expresamente no quería que lo fuera, lo cual en mi opinión y tal como se ha venido explicando, no es nada conforme con los dictados de la Convención de las Naciones Unidas para la que de ninguna manera el interés de la persona con discapacidad puede prevalecer sobre su voluntad, deseos y preferencias.

Otra vuelta de tuerca en la distinción entre tutor y curador la da la STS de 8 de noviembre de 2017³⁶. En esta ocasión, ante la controversia sobre la designación de una tutela como medida de apoyo para una mujer que sufría de una enfermedad mental cuyo alcance, según la sentencia, requería de funciones de representación en el ámbito sanitario y de mera asistencia en el patrimonial, se dice expresamente: «lo que importa, por encima de la denominación de la institución de guarda, es la delimitación adecuada de los ámbitos en los que la persona puede actuar por sí, de los actos para los que necesita un apoyo y de aquellos en los que es necesaria la decisión por otro. También es cierto que precisamente la necesidad de atender a las circunstancias personales del incapacitado puede aconsejar que, limitada la capacidad de una persona, necesite la función de asistencia para determinados actos que pueda hacer por sí, pero no solo, y la función de representación para otros. La doctrina del Código civil admite una curatela con funciones de representación³⁷ y expresamente se reconoce esta posibilidad en otros Derechos civiles españoles, como el catalán (arts. 223-4 y 223-6 CCCat) y el aragonés (art. 150.1 y 2 CDFA). Lo que importa, en esencia, es dotar al incapacitado de un sistema de guarda flexible adoptado a su concreta situación y necesidad de representación en unos casos y mera asistencia en otros, con independencia del nombre que se asigne al cargo, a la institución tutelar, en sentido amplio». A partir de ello, la resolución judi-

³⁶ STS 597/2017, de 8 de noviembre (RJ/2017/4760).

³⁷ De nuevo, la cursiva es añadida.

cial considera que el apoyo que precisa la interesada es el que le brinda la curatela y no el de la tutela, la cual resulta ser «la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas». Sin embargo, existe cierta incoherencia en la argumentación judicial, cuando añade a continuación de lo antedicho que la curatela, «(es) concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC)»; tal afirmación parece impedir, en contra de lo que había dicho precedentemente, una curatela con funciones de sustitución en la toma de decisiones concretas o parciales, como parecía suceder en este caso en lo referente a las ciertas cuestiones sanitarias que afectaban a la persona con discapacidad. No obstante, hay que reseñar que la magistrada ponente evita utilizar términos como sustitución o representación, estableciendo: «(en) el ámbito personal un apoyo que complementa su capacidad en el ámbito médico-sanitario, en todo lo relativo a la necesidad de ingresos hospitalarios, seguimiento de tratamiento, asistencia a las citas médicas y control de su medicación»³⁸. En esta ocasión, la senten-

³⁸ Esta sentencia plantea también la legitimidad de la supresión *ex ante* de la capacidad para contraer matrimonio; al respecto señala: «En ausencia de norma expresa que permita privar «in genere» de la capacidad para contraer matrimonio, debe considerarse que las personas con enfermedades mentales o deficiencias sí pueden contraerlo cuando puedan prestar válido consentimiento matrimonial, cuando posean la capacidad natural de entender y querer la unión matrimonial, lo que es posible tanto si la persona está incapacitada (lo confirma el artículo 171.4.º CC) como cuando, sin estarlo, adolezca de alguna deficiencia psíquica. Así resulta del tenor del artículo 56 CC vigente que exige que quienes deseen contraer matrimonio acrediten previamente que reúnen los requisitos de capacidad exigidos y, si alguno de los contrayentes está afectado por anomalías psíquicas, se exige dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento»; añade a continuación: «En la redacción del artículo 56 CC dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio (y que todavía no está en vigor) se profundiza en esta tendencia al prever que, al tramitar el expediente matrimonial, solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. De esta forma, se refuerza el desarrollo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, cuyo artículo 23 establece la obligación de los Estados parte de evitar la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio y la familia y, con este fin, reconocer «el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges».

cia no menciona expresamente ni a la voluntad y preferencias de la persona en cuestión, ni apela en ningún momento a lo que resulte ser su mejor interés.

Sí lo hace en cambio, a mi juicio con discutible acierto, la STS de 8 de noviembre de 2017³⁹, en un supuesto en el que se discute la designación de la tutora en los aspectos personales de la persona con discapacidad, enfermo de Alzheimer y que había otorgado en su día un poder a favor de su cuidadora que ahora se declara extinguido, y donde se afirma, en relación con las sentencias de instancia y apelación, que «No existe ninguna duda de que el interés de la persona con discapacidad es el interés superior; interés que se encuentra por encima de cualquier otro, y así se colige de la motivación de ambas sentencias».

Mencionaré todavía dos sentencias fechadas en el mismo día, el 15 de marzo 2018, que tratan de la validez y eficacia de dos actos especialmente significativos e importantes, otorgados por personas con discapacidad. Me refiero a la STS 145/2018 donde se suscita la nulidad o validez de un matrimonio contraído por una persona diagnosticada de Alzheimer⁴⁰ y la STS 146/2018, relativa a la validez o no de dos testamento otorgados por una persona con discapacidad intelectual⁴¹; en ambas fue también ponente la Magistrada Parra Lucán.

La primera de ellas estima el recurso de casación y casa la sentencia que, admitiendo la demanda interpuesta en su día por la hijas de un matrimonio anterior, había considerado la nulidad del segundo matrimonio de su padre, celebrado en China, por falta de capacidad para emitir el consentimiento al estar enfermo de Alzheimer; el matrimonio había sido celebrado cinco años antes del fallecimiento del padre y pocos meses antes de la sentencia que modificó su capacidad de obrar, y tras un tiempo de convivencia prematrimonial con la que fue su segunda esposa. La sentencia considera, de conformidad con lo estimado también por la Audiencia, que el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental derivado de la dignidad del ser humano, reconocido en los textos internacionales que protegen este tipo de derechos y reforzado también por la CDPD. Estima que la integridad del consentimiento matrimonial está salvaguardada en nuestro Derecho por normas *ad hoc* (entre otras, artículos 45, 73.1 y 56 CC) que ponen de relieve que las deficiencias a anomalías psíqu-

³⁹ RJ/2017/4745.

⁴⁰ RJ/2018/1478.

⁴¹ RJ/2018/1090.

cas no impiden, por sí mismas, la celebración de un matrimonio válido. Apoyándose en alguna decisión precedente⁴² y tomando en consideración la nueva redacción dada al artículo 56 CC por la Ley 4/2017, se inclina por la validez del matrimonio en cuestión, apoyándose además en la presunción general de capacidad para la prestación del consentimiento matrimonial, que no ha sido desvirtuada mediante una prueba cumplida, en que en su día se había decretado judicialmente el divorcio para el que no se discutió la capacidad del marido, siendo así que la misma voluntad que se considera apta para celebrar el matrimonio lo es para disolverlo por divorcio, en que tampoco el cónsul encargado de la inscripción detectó la incapacidad y en que las demandantes no interpusieron la demanda de nulidad tras la sentencia de incapacitación de su padre, sino tras su fallecimiento producido varios años después, tiempo en el que estuvo conviviendo con su esposa.

La segunda de las sentencias mencionadas responde a la acción de impugnación de dos testamentos, otorgados con 19 años de diferencia, por una mujer con discapacidad intelectual moderada, respecto de la cual se había dictado en su día (dos años después del primer testamento) una sentencia de incapacitación en la que se declaraba que Dña. Eufrasia era incapaz para la administración de sus bienes y quedaba sometida a curatela, aclarándose posteriormente que la incapacidad estaba referida a los actos de disposición de sus bienes. Mostrándose de acuerdo con la sentencia recurrida en el punto en que sostuvo que la limitación de la capacidad de obrar para realizar actos de disposición sin intervención del curador no comprende los actos de disposición *mortis causa*, el Tribunal Supremo sostuvo la validez de los testamentos (por lo demás, muy coincidentes); se basó en la presunción general de capacidad, reforzada por la CDPD y expresada en el artículo 662 CC para el negocio testamentario; en el dato de que tratándose de un acto personalísimo, ni el tutor ni el curador pueden otorgar testamento por representación o asistir al testador en su otorgamiento, en que para juzgar la capacidad para testar ha de estar-se al tiempo del otorgamiento ex artículo 666 CC y en que el procedimiento a seguir en los casos en los que exista previa sentencia de modificación de la capacidad es el previsto en el artículo 665 CC, el cual es, precisamente, el que se cumplimentó en el segundo de los testamentos citados.

⁴² STS 234/2015, de 29 de abril (RJ/2015/2208).

B) Las líneas maestras del trabajo realizado en la Sección Primera de la Comisión General de Codificación

Con todas las premisas expuestas, dejo para la parte final de esta exposición el bosquejo de las líneas maestras que se han trazado en la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, con el fin de modificar de modo radical el Código civil español para hacerlo conforme con la nueva concepción de la capacidad jurídica contenida en el artículo 12 CDPD.

La propuesta del organismo técnico parte de una idea amplia y genérica de la discapacidad, la cual centra su regulación en aquellos supuestos en los que dicha discapacidad afecta, sobre todo, a la integridad de la conciencia y la voluntad en la toma de decisiones, esto es, a la que algunos han venido a llamar «capacidad natural de autogobierno»⁴³ y que, evidentemente, es la que más interesa al Derecho civil. Tal vez hubiera sido deseable que, al modo que se ha hecho en algún modelo comparado, se hubiera explicitado un poco más el concepto de discapacidad del que se parte, que podría haber sido construido de modo funcional, como sucede al algunos países del *common law*⁴⁴; no obstante, creo que este es el enfoque más adecuado, al centrarse en el acto concreto que ha de realizarse y precisamente en el momento que se realiza y el ser, además, el mantenido por la CDPD⁴⁵. Sobremanera, también se prevén algunas disposiciones específicas en ciertas materias para otro tipo de discapacidades; es el caso de las discapacidades sensoriales o físicas que implican necesidades específicas de apoyo para emitir determinadas declaraciones de voluntad, especialmente las formales, o de otras discapacidades físicas cuando repercuten en cuestio-

⁴³ Así, por ejemplo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2014:35.

⁴⁴ Puede verse, a título de significativo ejemplo, el art. 3 de la *Assisted Decision-Making Capacity Act* de la República de Irlanda, que con la rúbrica «*person's capacity to be construed functionally*» especifica muy detenidamente las circunstancias a tener en cuenta para valorar la capacidad de decisión de una persona. Puede consultarse el texto íntegro de la ley en <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/act/64/enacted/en/html>. De interés es la publicación del trabajo preparatorio de la citada ley, realizado por la *The Law Reform Commission* en 2005, con el título *Consultation Paper on Vulnerable adults and the Law: Capacity*.

⁴⁵ ORDINAIRE, 2017:97; frente al enfoque funcional de la discapacidad, estaría por un lado el enfoque basado en el status, propio de los sistemas sustitutivos de las decisiones de la persona con discapacidad, y por otro enfoque basado en el resultado de la decisión individual de esa misma persona; ya hemos visto que el primero ha de darse por superado y el segundo plantea problemas enormes de inseguridad jurídica; la descripción de los tres enfoques puede verse en LUSH, 2013:38.

nes a las que ha de atender la normativa civil, como pudiera ocurrir con los mayores gastos o necesidades requeridas por la persona o en el seno de una familia.

Como creo no puede ser de otra manera, toda la propuesta de regulación está basada en el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad, la tutela de sus derechos fundamentales y, en la línea indicada por las Observaciones Generales del Comité de Expertos de la ONU, la de su voluntad, deseos y preferencias, por encima de cualquier consideración relativa a su mejor interés⁴⁶. Este planteamiento de base se hace en la inteligencia de que, como regla general, es la persona con discapacidad y sólo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su mejor interés⁴⁷, incluso aunque se equivoque, pues las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás⁴⁸. De este modo, hasta sería posible afirmar que el respeto de la dignidad de la persona con discapacidad, de la que dimana el también debido a su

⁴⁶ En cambio las ideas de «función de protección» e «interés del protegido» se mantienen en la regulación del Libro II del CCCat (cf. espec. artículo 221-1 y comentario de FLORENSA I TOMÁS, 2017:197 y 198).

⁴⁷ El Informe del Comité de derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas de 2017, en relación al artículo 12 de la CDPD (Observaciones 33 y 34) manifiesta la preocupación por los regímenes jurídicos que continúan privando o restringiendo la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en múltiples áreas de su vida; por la falta o la insuficiencia de apoyo a estas personas para el ejercicio de su capacidad, particularmente en situaciones de emergencia y de crisis; por el hecho de que las mujeres con discapacidad sean privadas de su capacidad más frecuentemente; por el hecho de que las personas con discapacidad siguen siendo privadas de su capacidad sobre la base del juicio de un tercero sobre lo que es su mejor interés; y por el hecho de que esa privación de la capacidad frecuentemente deriva en una involuntaria institucionalización. Por todo ello, el Comité recomienda a los Estados partes que deroguen las leyes y las prácticas que priven de capacidad e introduzcan mecanismos de apoyo en la toma de decisiones; que aseguren que las personas con discapacidad tienen acceso a apoyos individualizados que respeten totalmente su voluntad, deseos y preferencias, y que se otorguen sobre la base de el consentimiento libre e informado de la persona concernida y, cuando sea aplicable, con el recurso a lo que sería la «mejor interpretación de sus deseos y preferencias», todo ello en la línea de lo ya expresado por el Comité en su Observación General de 2014.

⁴⁸ Por su elocuencia me permito reproducir una frase del juez Heldey J. en la sentencia británica *NHS Trust v. P and another (2013) EWHC 50 (COP)*, par. 10, interpretando un precepto de la *Mental Capacity Act* de 2003, que dice lo siguiente: «*The intention of the Act is not to dress an incapacitous person in forensic cotton wool but to allow them as far as possible to make the same mistakes that all other human beings are at liberty to make and not infrequently do*». Conviene advertir de que la decisión a tomar por la mujer que sufría una enfermedad que afectaba a su capacidad para decidir era especialmente difícil, pues se trataba de continuar o de interrumpir su embarazo.

voluntad, deseos y preferencias, se equipara en realidad a la salvaguarda de su mejor interés⁴⁹ que es, en realidad, el interés por ella preferido.

La nueva regulación parte de la capacidad jurídica *tout court* de todas las personas y, en la terminología utilizada, no hace distinciones entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar: sencillamente se habla de capacidad, entendiendo que esta no puede ser objeto de limitación ni restricción de ninguna especie. En consecuencia, no es que ya no puedan utilizarse términos como los de incapacitado o proceso de incapacitación⁵⁰, sino que resultaría igualmente incorrecto hablar de procesos de modificación de la capacidad de obrar de la persona o de capacidad modificada judicialmente, como ha hecho, sin ir más lejos, la Ley 15/2015 de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. El planteamiento es claro: la capacidad se tiene por el hecho de ser persona y, por ello, ni se puede restringir ni se puede modificar⁵¹.

Como líneas maestras se inserta expresamente en el texto del Código que las medidas de apoyo deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, e irán destinadas a fomentar que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro⁵². De los mencionados principios se deriva que las medidas de apoyo no podrán exceder de lo que precisa la persona con discapacidad (principio de necesidad), pero también que han de ser suficientes para que con ese apoyo pueda ejercer su capacidad jurídica en plenitud de condiciones (principio de proporcionalidad). En relación a lo primero y tomando la expresión que resulta muy cara a la jurisprudencia más reciente, se parte de una concepción del apoyo como un «traje a medida», o mejor aún, como «tantos trajes a medida como sean necesarios», pues el apoyo ha de ajustarse a las necesidades y deseos de la persona que lo requiere. Como no puede ser de otra manera, el apoyo puede afectar tanto a su esfera personal (aspectos médicos, domicilio, correspondencia, relaciones afectivas, derechos de la personalidad, etc.), a la estrictamente patrimonial (contratos, disposiciones a causa de muerte, propiedad, etc.), o a ambas.

⁴⁹ Idea que recoge FLORENSA I TOMÁS, 2017:203.

⁵⁰ Que incluso su impulsor en la versión precedente de 1983, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1999), 2011:985, consideraba que tenía algo de agresión a las personas y de cosificación e infantilización del individuo.

⁵¹ En sentido similar, PEREÑA VICENTE, 2016:7

⁵² *Cfr.* en un sentido en cierta medida similar, el artículo 222-38, párrafo 2, CCCat, que impone al tutor a hacer todo lo que sea necesario por favorecer la recuperación de la capacidad del tutelado, y el comentario de RUDA GONZÁLEZ, 2017:336, quien señala que es un nivel de exigencia objetivo, que en abstracto puede ser más alto que lo que el tutor pueda hacer.

La Propuesta diferencia claramente dos tipos de medidas: las anticipatorias o preventivas, basadas en la voluntad de la persona, en tanto que se toman por el interesado *ex ante*, es decir, en previsión de una futura necesidad de apoyo, y las medidas reactivas o *ex post*, esto es, las que se establecen una vez constatada la necesidad de apoyo⁵³. Puesto que se parte del respeto a la autodeterminación de la persona, las segundas son en todo caso subsidiarias de las primeras⁵⁴, siendo esta una de las ideas básicas que quiero subrayar en el nuevo sistema.

En efecto, la prevalencia de la voluntad del interesado implica el carácter prioritario de las medidas de apoyo que establezca la propia persona en previsión de su futura discapacidad: poderes preventivos, autotutela, medidas *ad hoc* previstas en documentos de voluntades anticipadas, por ejemplo, en materias relacionadas con la salud o con otras cuestiones de índole personal, como el domicilio, o incluso para actos concretos. Se trata de medidas que en gran parte ya son conocidas en el actual sistema⁵⁵, pero que el nuevo pretende potenciar dejando

⁵³ En el punto n.º 12 del *Memorandum* explicativo de la Recomendación CM/Rec. (2009)11, se dice que las medidas dirigidas a la incapacidad pueden clasificarse en dos grandes categorías: reactivas y anticipatorias. Las primeras se inician después de aparecida la incapacidad y generalmente requieren la intervención de una autoridad judicial u otra autoridad pública. Las anticipatorias son establecidas por la persona capaz, antes de la pérdida de la capacidad. Conviene poner el énfasis en que los términos utilizados en la Recomendación y en su *Memorandum* explicativo no coinciden con los de la CDPD y sus Observaciones Generales.

⁵⁴ Es lo que MEIER, 2016:12, llama «*subsidiarity in principle*», y que opone a lo que denomina '*subsidiarity in measure*' que aludiría a la necesidad de ajustar la protección a las específicas necesidades de cada individuo particular y no exceder de lo que este realmente requiere, si bien ha de ser a la vez lo suficientemente intenso para garantizar la protección que la persona necesita.

⁵⁵ Los apoderamientos preventivos y la autotutela se introdujeron en el Código civil por la Ley 41/2003; vid. las consideraciones hechas por la RDGRN de 25 de octubre de 2016 (BOE 18 de noviembre), sobre el alcance de la modificación del artículo 1732 CC por mor de la citada Ley al introducir los «poderes preventivos generales», así como del artículo 222-2.1 CCCat. Forman parte también de este tipo de instituciones las medidas contenidas en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, precepto que como es sabido regula las llamadas «instrucciones previas». entre las que se incluyen «una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud.... El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas». Las leyes civiles autonómicas sobre la materia recogen figuras análogas.

claro que han de prevalecer sobre las establecidas o reconocidas por la ley (curatela, guarda de hecho, defensor judicial), ahorrando con ello costes al sistema y protegiendo al máximo la libre determinación de los ciudadanos adultos. A mayores, la prevalencia de la voluntad del interesado exige que en el diseño de estas últimas medidas de carácter no voluntario también se dé el más amplio margen posible a la voluntad del concreto individuo necesitado de apoyo. Nada impide que, en la línea de priorizar la voluntad de la persona con discapacidad, se provean apoyos específicamente destinados a asistir a esta precisamente para el otorgamiento de poderes y voluntades de naturaleza preventiva.

Con los poderes preventivos y otras directivas anticipadas reconocidos en el texto prelegislativo al que estoy haciendo mención, se cumplen los dictados de la Recomendación CM/Rec (2009)11, de 9 de diciembre de 2009, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios relativos a las autorizaciones permanentes y las directivas anticipadas relacionadas con la incapacidad⁵⁶. Este documento europeo expresamente recomienda a los gobiernos de los Estados miembros que promueva la autonomía de la voluntad de los adultos a través de instrumentos otorgados en previsión de una eventual futura incapacidad, enfatizando además la exigencia de que tales instrumentos tengan prioridad sobre cualesquiera otras medidas de protección⁵⁷. Todo ello responde a la lógica preocupación por el creciente número de diagnósticos, más o menos tempranos, que antici-

⁵⁶ En el n.º 23 del *Memorandum* explicativo de esta Recomendación se dice que este tipo de disposiciones tienen su origen en los países anglosajones, lo que no estoy seguro de que sea del todo cierto; en todo caso se han extendido por todos los países de nuestro entorno cultural y jurídico en los primeros años del siglo XXI.

⁵⁷ Aprovecho la ocasión para mostrar en este punto mi más absoluto desacuerdo con la, por otra parte y en general, desafortunada STC 133/2017, de 16 de noviembre (RTC/2017/133) que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto diez años antes, contra determinados artículos de la Ley de Derecho Civil de Galicia (Ley 2/2006 de 14 de junio). La sentencia declara la inconstitucionalidad, por falta de competencia de la Comunidad Autónoma, de los preceptos gallegos impugnados; entre ellos está el referido a la autotutela, institución que el alto tribunal vincula, con razón, con los instrumentos de instrucciones previas previstos en numerosas leyes autonómicas. Lo que me parece absolutamente criticable es que en uno de sus puntos trate de convencernos de que este tipo de documentos carecen de vinculación con la legislación civil, argumentando que supongan exclusivamente desarrollos competenciales en materia de sanidad. Parece bastante más sensato y técnicamente correcto considerar que estamos ante instrumentos de derecho de la persona, vinculados al respeto de los derechos humanos, basados en la autonomía privada y destinados a procurar su futura protección en ámbitos personales y/o patrimoniales, lo que evidentemente les vincula de modo estrecho con el Derecho civil.

pan enfermedades neurodegenerativas en un estadio muy incipiente, lo que permite a una persona plenamente autónoma tomar decisiones en relación con sus necesidades de apoyo en el futuro⁵⁸, cuando sus condiciones cognitivas y volitivas hayan sufrido un mayor deterioro. No obstante, su utilidad no se limita a este tipo de situaciones, por otra parte cada vez más frecuentes dada la mayor longevidad de la población; también pueden ser utilizados por personas con dificultades para tomar decisiones plenamente conscientes y voluntarias en relación a determinados actos, pero con discernimiento suficiente para decidir quién desea que le ayude a la hora de adoptar este tipo de decisiones o incluso quién, llegado el caso, ha de tomarlas por él⁵⁹. Todo ello sin olvidar que pueden ser igualmente convenientes para personas jóvenes con condiciones volitivas y cognitivas intactas, pero que deseen hacer previsiones para el caso de posibles futuros accidentes o enfermedades⁶⁰.

En relación a los poderes preventivos, que como ya he señalado pueden alcanzar asuntos de todo tipo, personales y/o patrimoniales, la propuesta de la Comisión contempla tanto la posibilidad de que el poder sea eficaz a partir de su otorgamiento con la previsión de que subsista si en el futuro el poderdante se ve necesitado de apoyo, como que se prevea solo para este último caso⁶¹. Respecto a la determinación de cuándo se producirá, en su caso, esa necesidad de apoyo, se sigue el criterio del Comité de Expertos de la ONU, de suerte que la concreción de la llegada de tal situación no podrá dejarse a la decisión de un tercero, sino que se juzgará conforme a las previsiones del propio poderdante sin necesidad de homologación judicial, si bien para garantizar el cumplimiento de esas previsiones se podrá otorgar acta notarial que incorpore el juicio del notario y un informe pericial⁶². Igualmente, se prevé la posibilidad de que se establezcan otras medidas preventivas de naturaleza voluntaria más flexibles, tanto en lo que se refiere a actos concretos, como a otras de alcance más general, como podría ser simplemente el otorgamiento de ruegos, instruccio-

⁵⁸ El n.º 15 del *Memorandum* de la Recomendación CM/Rec (2009) 11, recomienda también que se haga testamento.

⁵⁹ *Memorandum* de la Recomendación CM/Rec (2009) 11, n.º 15 *in fine*.

⁶⁰ *Memorandum* de la Recomendación CM/Rec (2009) 11, n.º 47.

⁶¹ Es el llamado en la Recomendación CM/Rec (2009)11, «*continuing power of attorney*», que se define en su Principio 2, como «*a mandate given by a capable adult with the purpose that it shall remain in force, or enter into force, in the event of the grantor's incapacity*».

⁶² En atención al Principio 7 de la Recomendación CM/Rec (2009)11.

nes, o deseos del interesado para el caso de que pudiera necesitar apoyo en el futuro⁶³.

Una importante novedad en relación con el sistema hasta ahora vigente es la mayor amplitud de las situaciones en las que pueden convivir los negocios preventivos nacidos de la voluntad del interesado con otras medidas de apoyo, coexistencia que pasa a ser la regla general, de modo que en línea de principio los poderes preventivos mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si éstas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado, salvando evidentemente las situaciones de absoluta incompatibilidad.

No se ha dicho nada en particular acerca de las llamadas voluntades digitales en caso de una futura discapacidad, como sí ha hecho el legislador catalán a través de la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña⁶⁴ en todo caso, no cabe duda de que estos aspectos bien pueden ser objeto de un poder preventivo como los mencionados⁶⁵.

Tomando una decisión que es dispar en los ordenamientos vecinos, la Propuesta⁶⁶ establece que todas estas disposiciones voluntarias de

⁶³ Son las «*Advance directives*» de la Recomendación CM/Rec (2009)11, que el Principio 2 define como «*instructions given or wishes made by a capable adult concerning issues that may arise in the event of his or her incapacity*».

⁶⁴ El artículo 1 de la citada ley añade un párrafo 4 al art. 222-2 CCCat, de conformidad con el cual «*El poderdante puede establecer la gestión de sus voluntades digitales y su alcance para que, en caso de pérdida sobrevenida de la capacidad, el apoderado actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el poderdante tenga cuentas activas a fin de gestionarlas y, si procede, solicitar su cancelación. En la medida de lo posible, el poderdante también ha de poder conocer las decisiones sobre las cuentas activas que deba adoptar el apoderado y participar en ellas*». Los artículos 6, 8, 10 y 11 y la disposición final primera de la Ley mencionada 10/2017, de 27 de junio, están pendientes de la resolución del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno, que fue admitido a trámite y con suspensión de los efectos de la vigencia de los preceptos recurridos (17 de octubre de 2017, *BOE* 26 de octubre); por Auto 25/2018, de 20 de marzo de 2018 se mantiene la suspensión acordada en el recurso de inconstitucionalidad.

⁶⁵ Tampoco se recogen en esta nueva propuesta de regulación otras posibles figuras que tienen cabida en el sistema, como contratos de alimentos, renta vitalicia, destinados al acogimiento de personas mayores, o similares, sobre los que se detiene, en el régimen vigente, PÉREZ MONGE, 2013:738 ss. Tampoco se entra a considerar ni a reformar otras figuras de índole estrictamente patrimonial, como la hipoteca inversa o el seguro de dependencia, que menciona como mecanismos de protección de la persona con discapacidad en la esfera patrimonial, GARCÍA GARNICA, 2013:247.

⁶⁶ Sobre los requisitos formales y de publicidad de los mandatos preventivos en Alemania y Suiza, menos exigentes en el primer caso, BOENTE, 2015: 215 ss.

naturaleza preventiva habrán de hacerse en escritura pública⁶⁷ y se comunicarán de oficio al Registro Civil⁶⁸.

Se promueve un reconocimiento amplio de los apoyos no formales o no formalizados; en este sentido es de resaltar la apuesta de la nueva propuesta por la juridificación del guardador de hecho⁶⁹, figura que estadísticamente es, y con probabilidad rayana en la certeza seguirá siendo, el apoyo más frecuente. Como sucede en la actualidad, se trata de un instituto cuyos contornos exactos no se definen en el nuevo texto⁷⁰, lo que le permite una gran plasticidad. No obstante, a diferencia de la concepción del Código vigente, deja de ser contemplada como una situación provisional destinada a ser sustituida por otra más estable⁷¹, para pasar a consagrar su permanencia en tanto constituya el apoyo adecuado para la persona necesitada de él. Por consiguiente, la guarda de hecho va a ser considerada como una genuina institución de apoyo a la que se dan mayores posibilidades de actuación eficaz en el tráfico que las que posee en la regulación actual, pues se le permite realizar incluso actuaciones representativas para actos concretos previa autorización judicial, por un procedimiento no contencioso que trata de ser rápido y eficiente⁷². Se pretende así solventar, al menos en parte, algunos de los problemas planteados por la doctrina y la jurisprudencia en torno a la validez y eficacia de los actos realizados por un guardador de hecho que, por su condición meramente fáctica, no goza *ex ante* de la función de representante de la persona con discapacidad⁷³. Por añadidura, se mantiene la regla introdu-

⁶⁷ Se cumple así el Principio 5 de la Recomendación CM/Rec (2009)11. La escritura pública añade además todas las ventajas derivadas de la intervención notarial, cuales sería, como señala CASTRO-GIRONA, 2015:181, las derivadas del juicio de capacidad sobre las partes intervinientes, la emisión y formación libre de su voluntad, y la feahciencia derivada de la fe pública que ostenta el notario, todo lo cual contribuye a conseguir una cotas importantes de seguridad jurídica.

⁶⁸ Principio 8 de la Recomendación CM/Rec (2009)11.

⁶⁹ Término utilizado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2014:125.

⁷⁰ Sobre la guarda de hecho en la regulación del Código procedente de 1983, *vid.* PARRA LUCÁN, 2014:2485 ss y PÉREZ MONGE, 2016:1347 ss.

⁷¹ El carácter transitorio de la guarda de hecho en el CC vigente es resaltada por PÉREZ MONGE, 2016:1350.

⁷² No se trata pues del sistema de atribución legal de funciones representativas en materia de cuidado y actos de administración, como el que realiza el artículo 159.2 del Código de Derecho foral de Aragón, del cual se hacen también eco las autoras mencionadas en la notas precedentes.

⁷³ En la doctrina, PARRA LUCÁN, 2014:293-296, al analizar la validez de los actos jurídicos que redunden en utilidad del incapaz ex artículo 304 CC actual, considera anulables los que no lo hagan, postura que también apoya PÉREZ MONGE, 2016:1360. El tema se trata en la relativamente reciente STS 17 de marzo de 2016 (RJ/2016/845), Ponente

cida en la reforma de 1983 que declara plenamente válidos y eficaces los actos que redunden en utilidad de la persona con discapacidad⁷⁴, si bien se omite la referencia a los actos realizados en interés de la persona con discapacidad, como no puede ser de otro modo, siendo coherentes con los nuevos criterios que no consideran relevante en esta materia el principio del mejor interés; también se establecen sobre el guardador o la guardadora mecanismos de control o salvaguarda.

Por lo que atañe a los apoyos de naturaleza judicial, conviene comenzar señalando que, con carácter general, se trata de evitar en lo posible el recurso a las figuras que implican modelos de sustitución plena en la toma de decisiones, esto es, básicamente la tutela tal y como hoy la conocemos, así como la patria potestad prorrogada y rehabilitada. En consecuencia, la tutela se expulsa de las medidas de apoyo de las personas con discapacidad y se mantiene únicamente para los menores no sometidos a patria potestad. Asimismo, se eliminan la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, que habían sido introducidas en la reforma del Código operada en 1983⁷⁵; la supresión se realiza

Pantaleón Prieto, donde se admite el carácter discutible y discutido de la sanción que ha de corresponder a los contratos y actos jurídicos celebrados por los incapaces no incapacitados; menciona la sentencia una serie de decisiones jurisprudenciales que optan por la nulidad de pleno derecho, pero acepta que pudiera plantearse un cambio en la jurisprudencia a favor de la anulabilidad; Rechaza, sin embargo, impulsar ese cambio al entender que no es el problema jurídico básico planteado en el pleito si los actos cuestionados habían sido hechos por la incapaz y debían ser declarados nulos por inexistencia de consentimiento, o más bien anulables; estima, por el contrario, que de lo que se trata es de un asunto de interpretación y aplicación del artículo 304 CC, esto es, de actos realizados por el guardador de hecho en los que la cuestión a decidir es si redundaron o no en utilidad del discapacitado; si no lo han hecho, considera el alto tribunal que ha de aplicarse la norma general dimanante del artículo 1259 CC, lo que supone su nulidad de pleno derecho, salvo la posterior ratificación, así como la necesidad de restituir las cantidades que se habían movido en virtud de los actos nulos. Resulta curioso que la sentencia, no obstante apreciar la nulidad de los actos realizados por el guardador e imponerle la obligación de restituir las cantidades procedentes del patrimonio de la persona incapacitada en beneficio de la herencia, reconoce de manera expresa que fue el guardador, y no quien le venció en juicio, quien ejerció las labores de cuidado y administración del patrimonio en cuestión, lo que probablemente le costó tiempo y esfuerzo, como también se dice en la sentencia.

⁷⁴ Lo que plantea la necesidad de concretar el concepto de utilidad, término que, a mi juicio, debe ser ahora interpretado de conformidad con los nuevos parámetros; por lo tanto, no ha de pivotar sobre la idea de mejor interés de la persona con discapacidad, mucho menos si se trata del mejor interés económico; más bien ha de entenderse la utilidad en el sentido subjetivo de lo que como tal hubiera considerado el necesitado de apoyo.

⁷⁵ Figuras que respondían a la demanda de los padres de las personas discapacitadas que no tenían así que pasar por los trámites necesarios para la constitución de la tutela

por la convicción de que la nueva concepción sobre la autonomía de las personas con discapacidad pone en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el niño-adolescente-joven-adulto con discapacidad llegue a adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, quienes, en buena parte de los casos, morirán antes que él. No se puede olvidar, además, que cuando el padre y la madre se hacen mayores, esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede llegar a ser una carga demasiado pesada para ellos, de suerte que otras personas pueden estar en mejores condiciones para servir de apoyo a sus hijos adultos con discapacidad. En consecuencia, el menor discapacitado que alcanza la mayoría de edad tiene el mismo tratamiento que cualquier discapacitado mayor de edad que solicita, o para el que se solicitan, medidas de apoyo. Es de notar que, con el fin de evitar que no haya solución de continuidad en el apoyo cuando este se requiera de manera ininterrumpida se dispone que cuando se prevea razonablemente en el año anterior a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial, a petición de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal podrá acordar, si lo estima necesario, la procedencia de la curatela o el nombramiento de un defensor judicial para cuando concluya la minoría de edad. Se añade además que estas medidas se adoptarán dando participación al menor en el proceso y atendiendo en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

Como referente institucional del apoyo judicial se recoge una figura flexible, a la que se ha optado por designar con el nombre clásico de curatela. La curatela ha de ser establecida en un procedimiento judicial, que será de provisión de apoyos y no de modificación de la capacidad, en cuya tramitación y desarrollo no se podrá prescindir de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Aun cuando se utilice un nombre único, hay que destacar que la figura del curador no

cuando sus hijos adquirieran la mayoría de edad, según señala su impulsor DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1999), 2011:981. No se debe desconocer que fueron instituciones muy bien recibidas por la doctrina, como señala TORRES GARCÍA, 2013:163-165, autora que además pone de manifiesto como en el régimen vigente y en virtud de lo previsto en el párrafo 2 del artículo 223, en relación con el núm. 1 del artículo 234 CC, el sujeto con capacidad de obrar suficiente y en previsión de una futura incapacitación podrá en documento público notarial mostrar su preferencia por no quedar sometido a la potestad ni a la guarda de sus padres, decisión que vinculará al juez, salvo que el beneficio del incapacitado exija otra cosa, lo que deberá ser motivado por el juez en virtud del artículo 224 CC.

va de suponer una institución monolítica, sino un mecanismo de gran plasticidad, proporcionado a las necesidades de apoyo concretas de la persona necesitada del mismo y que, como regla general, estará destinado a la asistencia e intervención, de modo que, en línea de principio, no podrá sustituir al interesado en la toma de sus decisiones, sean estas de índole personal o de naturaleza patrimonial.

Ello supone que solo de modo excepcional se acepta la curatela representativa, incluso aunque sea para actos aislados, con lo que más excepcional será todavía la curatela representativa de alcance general⁷⁶; esta última solo deberá decretarse en aquellas situaciones en la que la persona con discapacidad esté absolutamente privada de sus facultades volitivas y cognitivas, de suerte que únicamente el mecanismo representativo puede garantizar su participación en la vida jurídica⁷⁷. Es interesante resaltar la idea de que, en aras al respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, en los supuestos en los que actúe en representación o sustitución de esta, el curador estará obligado a tratar de averiguar el sentido de la decisión que hubiera tomado la persona con discapacidad si no hubiese requerido representación; para ello habrá de tener en cuenta los factores que esa misma persona habría tomado en consideración y no otros ajenos. Por consiguiente, el motivo de la decisión no ha de descansar en lo que el curador (ni la autoridad judicial, ni ningún tercero experto) pueda considerar como lo mejor para la persona con discapacidad o lo que mejor satisface su interés, sino en aquello que, tras un delicado trabajo de reconstrucción hermenéutica, hubiera sido concorde con su voluntad, deseos y preferencias del necesitado de apoyo.

Reitero, pues, que la curatela se configura como una institución de apoyo de gran flexibilidad, que ha de adaptarse al grado real de posibi-

⁷⁶ Por tanto, no se elimina completamente el modelo de sustitución en la toma de decisiones, pesar de las exigencias del Comité de seguimiento de la CDPD en su informe de 2014 en tal sentido; como la mayor parte de los países que han modificado su legislación para adaptarla a la CDPD, el mantenimiento excepcional de la decisiones sustitutivas se ha hecho en la convicción de que existen casos en los que esta es el único apoyo viable (piénsese, por ejemplo, en la persona que permanece en coma durante años; o en el que, víctima de una grave enfermedad, carece de cualquier conciencia de sí mismo y de la realidad circundante). No son pocos quienes opinan que en este punto los requerimientos del Comité, negando la evidencia, han sido excesivos (v.gr. ORDINAIRE, 2017:105); como señala PEREÑA VICENTE, 2016:10, tan contrario a la Convención es abusar del sistema de representación, como no recurrir a él cuando sea necesario para el ejercicio de los derechos de la persona.

⁷⁷ Como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2014:96.

lidades de autogobierno de cada persona y cuyo alcance se limitará a lo que sea estrictamente necesario. Por consiguiente, a través de la curatela se pueden atender situaciones muy dispares que pueden ir desde la mera asistencia, puntual o sostenida, para actos en los que la persona precise un apoyo de pequeña intensidad⁷⁸, hasta la prácticamente total sustitución en la toma de decisiones, cuando la persona en cuestión no pueda hacerlo en manera alguna por sí misma y que será una especie de «última ratio»⁷⁹. Por consiguiente, la curatela no se diseña como una medida estándar, sino como una «medida sobre medida»⁸⁰. Las exigencias impuestas por la CDPD explican también que la curatela esté siempre sujeta a revisión periódica.

En otro orden de cosas, se admite que puedan ser curadores tanto las personas físicas como las jurídicas, si bien en este último caso solo podrán serlo si carecen de ánimo de lucro. Puede tratarse de personas jurídicas públicas o privadas entre cuyos fines figure la promoción y asistencia a las personas con discapacidad. Se establece un orden de

⁷⁸ Por tanto, no se regula de manera autónoma una institución de «asistencia» al modo de la contenida en los artículos 226-1 ss. del CCCat para los supuestos de «disminución no incapacitante de (sus) facultades físicas o psíquica», que puede tener un contenido personal y/o patrimonial. En el nuevo sistema del Código Civil español esta asistencia sería simplemente, si se me permite la expresión, «una curatela de baja intensidad»; no creo que con esta respuesta, unitaria pero flexible, el ordenamiento estatal vaya a ser «más retrógrado, anticuado o vaya por detrás de la realidad social» que cualquier otro, como sin embargo consideraba alguna autora al echar en falta la regulación de la asistencia en el Código civil español (NÚÑEZ ZORRILLA, 2014 bis:2317). No obstante es cierto que existen diferencias entre ambas regulaciones, en tanto que en el modelo catalán solo el solicitante que requiera la asistencia está legitimado para promover el nombramiento en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, mientras que la Propuesta de la CGC plantea una legitimación mas amplia para instar el procedimiento judicial de provisión de apoyos: la persona que los precise, el cónyuge o pareja de hecho, los descendientes, ascendientes, hermanos y el Ministerio Fiscal; además cualquier persona puede poner en conocimiento de este último la necesidad de la medida judicial. Sobre la figura de la asistencia en el CCCat, puede consultarse, en extenso, NÚÑEZ ZORRILLA, 2014, *passim*, y ARROYO AMAYUELAS, 2017:468 ss. Probablemente la diferencia tampoco estará en la innecesariedad del procedimiento de incapacitación judicial, que ahora califica la figura de la asistencia, toda vez que este también desaparece en la Propuesta.

⁷⁹ Término que utiliza MAIER, 2016: 15, en relación con esta curatela en el Derecho suizo.

⁸⁰ Expresión que está también en el *Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, de 28 junio 2006, donde se explica la reforma del CC suizo en la materia; la reforma fue aprobada por Ley de 19 de diciembre de 2008, y que entró en vigor el 1 de enero de 2013 (vid. espec. p. 6637 del citado *Message*) .

prioridad para ser curador encabezado por el previamente designado por la persona con discapacidad, aunque el juez puede alterarlo para dar prelación a quien mejor salvaguarde la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyo.

La función primordial de cualquier curador es la de asistir a la persona a la que presta apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica en los aspectos personales y/o patrimoniales que lo necesite, respetando su voluntad, deseos y preferencias y garantizando su participación activa en la toma de las decisiones que le afecten. Reiterando ideas ya anticipadas, cabe decir que el curador deberá además tener en cuenta en su actuación la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que presta apoyo cuando actúe con facultades representativas, en cuyo caso tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta para ello los factores que esa persona habría tomado en consideración. El curador que ejerza funciones representativas precisará de la autorización judicial *ex ante* para los actos más trascendentes, que pueden ser tanto de naturaleza personal como patrimonial; como novedad se admite que esa autorización afecte a una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica⁸¹.

En el nuevo texto se recoge también la figura del defensor judicial especialmente diseñado para cierto tipo de situaciones: la necesidad de apoyo ocasional que no está garantizado por otra medida voluntaria o fáctica, las situaciones de conflictos de intereses entre la figura de apoyo estable y la persona con discapacidad, o la imposibilidad de que coyunturalmente la figura de apoyo habitual esté imposibilitada para ejercerlo.

No pueden, sin embargo, acabar aquí las reformas en el Código civil exigidas por el nuevo modelo extraído de la Convención de Nueva York. Todo este revolucionario sistema implica la necesidad de realizar una adaptación cruzada de toda la regulación codificada en un sinfín de materias, como son algunas normas relativas al DIPr⁸², a la nacionalidad, la reglas sobre los efectos de las crisis matrimoniales, especialmente cuando hay hijos mayores de edad con discapacidad que precisen apoyo,

⁸¹ Lo que ya reconoce el artículo 222-44.2 CCCat.

⁸² La reciente RDGRN de 23 de marzo de 2018 (BOE, 6 abril) plantea precisamente un problema de ley aplicable en relación con las facultades representativas del encargado de proveer los apoyos de un ciudadano alemán, en un negocio jurídico realizado en España con acceso al Registro de la Propiedad. Se deniega la inscripción toda vez que la Dirección General considera que en el caso, «de la escritura calificada no resulta ningún juicio o valoración del notario autorizante sobre la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto escriturado, conforme a la legislación alemana aplicable».

lo que puede tener repercusiones, por ejemplo, en la atribución de la vivienda familiar, o las reglas sobre el establecimiento de la filiación cuando hay implicados progenitores o hijos con discapacidad. También experimentan modificaciones puntuales algunos preceptos relativos a la sociedad de gananciales cuando uno de los cónyuges precisare de medidas de apoyo. Con todo los sectores más afectadas van a ser el Derecho de Sucesiones, el Derecho de contratos y, en menor pero relevante medida, el Derecho de daños o responsabilidad civil.

Por lo que respecta a las normas sucesorias, resulta especialmente intensa la repercusión en materia testamentaria. Sin ánimo de exhaustividad, se establece una nueva regulación de la capacidad de testar; al respecto, insisto en la idea, ya expuesta más arriba, de que en el nuevo sistema no es correcta una incapacitación judicial *ex ante* para testar, de modo que dicha capacidad ha de ser juzgada únicamente en el momento de testar por el notario y, en su caso, por los facultativos que este designe. Por otro lado, se admite que en el testamento abierto el testador pueda expresar su última voluntad por cualquier medio técnico, material o humano, se elimina la prohibición del testamento cerrado para los ciegos, y se introducen algunas modificaciones en sede de incapacidad relativa para suceder en relación con los titulares de los apoyos de la persona fallecida y las instituciones de cuidado, así como sus administradores y empleados: para los cuidadores personas físicas se pide que la atribución *mortis causa* se haya hecho en testamento abierto a fin de que el Notario controle la ausencia de influencias indebidas en la voluntad del testador; además, se mantiene la posibilidad de gravar la legítima para favorecer a descendientes con discapacidad y no están sometidos a colación los gastos destinados a cubrir las necesidades especiales a favor de los hijos con discapacidad.

Importantes son también las alteraciones introducidas por la Propuesta de la Comisión de Codificación en el ámbito de las Obligaciones y Contratos, área en la que ha sido necesario buscar el equilibrio entre las nuevas ideas sobre la más amplia capacidad posible de actuación de las personas adultas con discapacidad y la protección de los derechos de los terceros de buena fe con quienes aquellos pueden llegar a celebrar todo tipo de contratos. Con ese objetivo se han alterado, entre otras, las disposiciones sobre la validez y eficacia del contrato. Como regla, el consentimiento contractual habrá de ser prestado por la persona que pretenda celebrarlo, si bien esta puede o no, según cuál sea la complejidad del negocio concreto, necesitar de un apoyo de mayor o menor intensidad. Como consecuencia de ello sufren algún cambio de interés y relevancia las normas sobre la rescisión y las relativas a la anulabilidad de

los contratos. También hay algunas modificaciones concretas de menor calado en la sede de algunos contratos especiales, como la compraventa, el arrendamiento o, de mayor enjundia, el mandato, claramente influido por las nuevas normas sobre el valor de la voluntad preventiva.

Por último conviene aludir a las disposiciones del Código civil relativas a la responsabilidad extracontractual; al fin y al cabo, decía D. Luis Díez-Picazo hace ya más de cuarenta años, que los dos grandes puntos de encuentro entre estas personas y el ordenamiento jurídico son, ante todo, el ámbito de su capacidad de obrar y el de su responsabilidad⁸³. Como he dicho con reiteración rayana en el tedio, en la nueva concepción dimanante de la CDPD se parte de que toda persona, por el hecho de serlo, tiene plena capacidad jurídica y que esta abarca tanto la titularidad como el ejercicio de sus derechos. Nada se dice, en cambio, respecto de sus deberes y, más en concreto, del deber general de no dañar a otro, que en nuestro Derecho se recoge en el artículo 1902 CC a través de la cláusula general de responsabilidad civil que nos es bien conocida. No me cabe duda de que esa nueva concepción de la discapacidad ha de tener su repercusión en lo que atañe a la llamada capacidad para responder civilmente, es decir, a la imputabilidad o, si se prefiere, en lo que tradicionalmente se ha venido denominando «capacidad de culpa». No parece lógico considerar que una persona tenga plena capacidad para actuar, que lo haga efectivamente (con o sin apoyos), y que al hacerlo cause un daño a otro, con la consecuencia de que, sin embargo, el daño no pueda ver resarcido ese daño ni por quien lo ha causado porque no es imputable, ni por la persona encargada de supervisar y de sustituir la actuación de aquel, sencillamente porque, a diferencia del tutor que todavía hoy se nombra en el artículo 1903 CC, tal supervisor y sustituto ya no existe⁸⁴. No olvidemos que a partir de la entrada en vigor de las nuevas normas las instituciones de apoyo no serán como regla general de tipo representativo, ni de sustitución de alcance general, ni encargadas de vigilar o controlar a la persona con discapacidad; muy al contrario, estarán destinadas a realizar ese apoyo *ad hoc* cuando sea necesario y con mínima intervención, de tal modo que sólo en casos excepciona-

⁸³ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (1975), 2011:948.

⁸⁴ En Derecho suizo si el hecho dañoso se produce en el ámbito de una medida de protección del adulto de carácter institucional, la responsabilidad que se concreta en una suma de dinero a título de reparación moral, es del cantón y no del curador, si bien aquel tiene derecho de regreso frente a este (artículo 454 CC suizo); si la medida de apoyo es de naturaleza voluntaria la responsabilidad se rige por las normas del mandato (artículo 456 CC suizo).

les tendrán también deberes de vigilancia, control o similares. Con estos parámetros, se ha optado por establecer que la persona con discapacidad responda por sus propios hechos en virtud del artículo 1902 CC⁸⁵ lo que, a mi juicio, obligará a plantearse una nueva idea acerca del significado de la culpa⁸⁶ y solo responderán por hecho de otro, *ex* artículo 1903 CC, aquellos curadores que tengan facultades representativas y convivan con la persona que ha causado el daño, dentro del ámbito de su actuación⁸⁷; de darse ambas los responsables lo serán de manera solidaria. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad por hecho propio de cualquier encargado de suministrar apoyo cuando pueda considerarse que ha incurrido en culpa a tenor del reiteradamente mencionado artículo 1902 CC.

Es preciso hacer notar que, en el caso de los poderes y mandatos preventivos, cuyo origen se halla en la voluntad de mandante y mandatario, la responsabilidad del mandatario por incumplimiento de sus obligaciones habrá de integrarse con las reglas propias del contrato de mandato (vid. arts. 1725 y 1726 CC), que también pueden tener repercusión cuando dicho incumplimiento cause un daño a un tercero.

Para finalizar, es preciso dejar constancia de que la profunda modificación del articulado del Código civil ha de ir acompañada de la adaptación de otros textos legales que también resultan afectados por el nuevo sistema y la nueva concepción de la discapacidad. Por supuesto, es imprescindible la acomodación de las normas procesales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y las pertinentes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, con el fin prioritario de establecer un nuevo proceso que ya no puede ser destinado a la incapacitación o modificación de la capacidad de la persona con discapacidad, sino únicamente a la provisión de los apoyos que, en su caso, necesite; de esta tarea se ocupa la Sección correspondiente de la CGC. En la Sección Primera de la Comisión General de Codificación hemos realizado también las propuestas de adaptación de la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro Civil. Pero será

⁸⁵ Como también sucede en Derecho comparado; *v.gr.* artículos 19 CC suizo o 414-3 CC francés.

⁸⁶ Lo que ya ha sucedido en Derecho francés, como se recoge en GARCÍA RUBIO, 2017:381.

⁸⁷ En cambio, en el CCCat, en relación con la figura de la asistencia, NÚÑEZ ZORRILLA, 2014:167, entiende que la responsabilidad del asistente es solidaria conjuntamente con la del asistido y que, además, la del asistente es una responsabilidad objetiva, aunque poco más adelante señala que corresponde al asistente la carga de probar que ejerció sus deberes de vigilancia de forma diligente para quedar liberado de su responsabilidad, lo que supondría que su responsabilidad está basada en la culpa con inversión de la carga de la prueba.

también necesario modificar el Código Penal, además de en el genérico artículo 25, al menos en el punto relativo a la responsabilidad civil del autor del delito causante de un daño y de quienes pueden responder por él cuando el hecho causante del daño sea constitutivo de delito⁸⁸; más complejo y discutible es decidir en qué medida la nueva concepción de la capacidad jurídica puede tener también repercusión en el concepto de imputabilidad penal y, con toda probabilidad, habrá de replantearse la regulación de la esterilización no consentida por la persona con discapacidad (art. 156 CP). También se verá afectada por la nueva concepción la ya varias veces mencionada Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Aunque serían muchos más los temas y los detalles que se podrían tratar de manera pormenorizada en relación con la Propuesta de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, concluyo aquí sin cerrar conclusiones, lo que es lógico tratándose de un trabajo que todavía puede seguir siendo objeto de reflexión y modificación. Lo que sí puedo asegurar es que se trata de un trabajo meditado, en el que se ha procurado escuchar las demandas de los colectivos más interesados y de los mejores conocedores del tema, y con el cual se trata de hacer nuestros los postulados de la CDPD. Ello, sin duda, deriva en un sistema que, desde el punto de vista jurídico, es mucho más complejo que los precedentes; es mi parecer que el hecho de que sea más respetuoso con la persona con discapacidad y con los derechos humanos de que es titular, lo justifica sobradamente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA EN EL TEXTO

- ARROYO Y AMAYUELAS, E., «Comentarios a los arts. 226-1 y 226-7», en *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. La persona física i les institucions de protecció de la persona*, J. Egea i Fernández/J. Ferrer i Riba (dir.), Farnós Amorós, E (Coord.), Barcelona, Atelier, 2017, pp. 468-495.
- BARRIO GALLARDO, A., «La repercusión del artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre el sistema tutelar español», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol I, Díez-Picazo, L. (coord.), Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 465-485.

⁸⁸ Arts. 20, 116, 118 y 120 Código Penal.

- BOENTE, W., «Autonomía de la voluntad y mandato preventivo en Alemania y Suiza» en *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, Pereña Vicente M/Delgado Martín, P, (dirs.), Herás Hernández, M.M. (Coord.), Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2015, pp. 215-224.
- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., «Nuevos retos para el notariado tras la Convención de Nueva York», en *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, Pereña Vicente M/Delgado Martín, P, (dirs.), Herás Hernández, M.M. (Coord.), Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2015, pp. 165-182.
- CUENCA GÓMEZ, P., «La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española», *Revista de Estudios Jurídicos*, (2012), vol. 12, pp. 1-21.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español*. Departamento de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid, 1975, «Prólogo»; aquí se cita en *Ensayos Jurídicos*, T. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 947-949.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Nuevas perspectivas del Derecho de las personas», en *Ponencias y conclusiones del Congreso sobre Tutela e Incapacitación*, Barcelona, 1999; aquí se cita por *Ensayos Jurídicos*, T. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 980-992.
- FLORENSA I TOMÁS, C., «Comentarios a los arts. 221-1 a 221-5», en *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. La persona física i les institucions de protecció de la persona*, J. Egea i Fernández/J. Ferrer i Riba (dir.), Farnós Amorós, E. (Coord.), Barcelona, Atelier, 2017, pp. 195-227.
- GARCÍA GARNICA, M.^a C., «Discapacidad y dependencia, II: configuración y contenido de su situación jurídica», en *Tratado de Derecho de la persona física*, t. I, Gete-Alonso y Calera, C. (Dir.), Solé y Resina, J. (Coord.), Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2013, pp. 211-274.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P., «El concepto de faute en el Avant Projet de Loi de réforme de la responsabilité civile. Novedad y continuidad en el Código civil francés», en *Culpa y responsabilidad*, Prats Albentosa L./Tomás Martínez G. (Coord.), Thomson-Reuters, 2017, pp. 373-394.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P., «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* (García Goldar, M./ Ammerman Yebra, J., Dirs.), 2017, pp. 7-18.
- GASPAR LERA, S., «Comentarios a los arts. 286, 287 y 289», en *Código civil comentado*, vol. I, Cañizares, A/de Pablo, P/Orduña, J/Valpuesta, R, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas –Thomson Reuters, 2016, pp. 1309-1321.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1992.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a C., «Persona, personalidad, capacidad», en *Tratado de Derecho de la persona física*, t. I, Gete-Alonso y Calera, C. (Dir.), Solé y Resina, J. (Coord.), Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2013, pp. 61-228.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Madrid, McGraw Hill, 1997.
- LUSH, D., *Cretney & Lush on Lasting and Enduring Powers of Attorney*, 7ª ed., Jordans, Bristol, 2013.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El tratamiento Jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Cizur-Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.
- MEIER, PH, «The Swiss 2013 Guardianship Law Reform. A presentation and a first assessment in the light of the Convention on the Rights of Persons with disabilities», (2016) 10 *Elder Law Review*, pp. 1-28.
- NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C., *La asistencia. La medida de protección de la persona con discapacidad psíquica alternativa al procedimiento judicial de incapacitación*, Madrid, Dykinson, 2014.
- NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C., «Los nuevos sistemas jurídicos de protección de la persona con discapacidad mental», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol II, Díez-Picazo, L. (coord.), Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 2315-2334. (citado como 2014 bis).
- ORDINAIRE, L., «Who Decides Now and to What Extent: A Critical Reading of the Assisted Decision-Making (Capacity) Act 2015», 16 *Hibernian L.J.* 91 (2017).
- PARRA LUCÁN, M.^a A., «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol II, Díez-Picazo, L. (coord.), Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 2485-2508.
- PEREÑA VICENTE, M., «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», RDP, marzo 2016, pp. 3-40.

- PÉREZ MONGE, M., «Edad avanzada», en *Tratado de Derecho de la persona física*, t. I, Gete-Alonso y Calera, C. (Dir.), Solé y Resina, J. (Coord.), Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2013, pp. 699-749.
- PÉREZ MONGE, M., «Comentarios a los arts. 303 a 306», en *Código civil comentado*, vol. I, Cañizares, A./de Pablo, P./Orduña, J./Valpuesta, R., 2.^a ed., Cizur Menor, Civitas –Thomson Reuters, 2016, pp. 1347-1363.
- RIBOT IGUALADA, J., «Comentarios al artículo 223-7» en *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. La persona física i les institucions de protecció de la persona*, J. Egea i Fernández/J. Ferrer i Riba (dir.), Farnós Amorós, E (Coord.), Barcelona, Atelier, 2017, pp. 412-417.
- RUDA GONZÁLEZ, A., «Comentarios a los arts. 222-35 a 222-47», en *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. La persona física i les institucions de protecció de la persona*, J. Egea i Fernández/J. Ferrer i Riba (dir.), Farnós Amorós, E (Coord.), Barcelona, Atelier, 2017, pp. 320-362.
- THE LAW REFORM COMMISSION, *Consultation Paper on Vulnerable adults and the Law: Capacity*, Ireland, 2005.
- TORRES COSTAS, M. E., «Capacidad jurídica e ingresos involuntarios de las personas con discapacidad psicosocial en el ordenamiento jurídico español a la luz de la STEDH de 20 de febrero de 2018». *Pendiente de publicación*.
- TORRES GARCÍA, T. F., «Efectos de la incapacitación», en *Tratado de Derecho de la persona física*, t. II, Gete-Alonso y Calera, C. (Dir.), Solé y Resina, J. (Coord.), Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2013, pp. 123-171.
- TORRES GARCÍA, T. F., «La incapacitación: de Don Federico de Castro al momento actual», *Glosas sobre Federico de Castro*, Díez-Picazo L. (Dir.), Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2015, pp. 385-408.

