El ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y los apoyos cuya prestación asume la Administración como derecho público subjetivo de las mismas

Varios Autores

Mc Graw Hill | AULAMAGNA
PROYECTO CLAVE

El ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y los apoyos cuya prestación asume la Administración como derecho público subjetivo de las mismas

Primera edición: 2024

ISBN: 9788419786319
ISBN eBook: 9788419786685
Depósito legal: SE 407-2024

© de los textos:
Varios Autores

© de esta edición:
Editorial Aula Magna, 2024. McGraw-Hill Interamericana de España S.L.
editorialaulamagna.com
info@editorialaulamagna.com

Impreso en España – Printed in Spain

Quedan prohibidos, dentro de los límites establecidos en la ley y bajo los apercibimientos legalmente previstos, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, ya sea electrónico o mecánico, el tratamiento informático, el alquiler o cualquier otra forma de cesión de la obra sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. Diríjase a info@editorialaulamagna.com si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Índice

"La Dimensión procesal del apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica **11**

Las modalidades de colaboración público-privada para la prestación de los servicios de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica **79**

Mecanismos de control de la gestión indirecta de los servicios a las personas en Catalunya **105**

Variaciones sobre la reforma de la discapacidad. Las resistencias y la reconstrucción de la voluntad **139**

Las bases de la reforma del Código civil de Catalunya en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica y el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto **177**

***Nothing about us, without us*: la noción de capacidad jurídica que se incorpora al Título XI, Libro I, del Código civil español *** **209**

Presentación de Síntesis "*Nothing about us without us*": La noción de capacidad jurídica incorporada al Título XI, Libro I, del C.c. español **227**

Nothing about us, without us: la noción de capacidad jurídica que se incorpora al Título XI, Libro I, del Código civil español *

Juana Marco Molina
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona

1. Antecedentes: gestación e inspiración del Convenio de Nueva York, sobre Derechos de las Personas con Discapacidad[202]

Por imperativo del art. 12 del Convenio de Nueva York, la Ley 8/2021, de reforma del Código civil español[203] concibe a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad como una manifestación

[202] Hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Su ratificación por el Reino de España tuvo lugar en 2008 (el Instrumento de Ratificación se publicó en el *BOE* núm. 96, de 21 de abril de 2008).

[203] La Ley citada (*BOE* núm. 132, de 2 de junio de 2021) no solo reforma el C.c. español, sino también otros cuerpos legales, como su propia rúbrica hace saber (ley «por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad

de su derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, concepción que transciende al Derecho civil, pero que también lo transgrede al prescindir de su árbol de categorías.

Ese nuevo derecho lo debemos a un movimiento de lucha por los derechos civiles, gestado en Estados Unidos e Inglaterra a mediados del s. XX.[204] Se trata del llamado «Movimiento por la Vida Independiente» y de su secuela inglesa, que es el *Modelo Social de la Discapacidad*, identificados con el lema «Nada sobre nosotros, sin nosotros», que parafrasea una expresión reivindicativa adoptada por el nacionalismo centroeuropeo, húngaro y polaco (*Nihil de nobis sine nobis*).[205]

Según explican sus propios activistas, el Movimiento por la Vida Independiente arrancó aquel día de 1962 en que Ed Roberts, estudiante de Ciencias Políticas afectado de poliomielitis,[206] consiguió al fin ser admitido en la Universidad elegida (la de Berkeley, California), que inicialmente lo había rechazado por falta de dormitorios aptos para alojarlo junto a su pulmón de acero. Su lucha individual por la igualdad de oportunidades acabó siendo asociativa y de agitación,[207] consiguiendo en pocas décadas impulsar cambios adminis-

---

jurídica». Los textos legales reformados son, entre otros, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (modificada por el art. 4º. de la Ley 8/2021), la Ley 20/2011, del Registro Civil (modificada por el art. 6º. de la Ley 8/2021) y el Código de Comercio (modificado por el art. 8º. de la misma Ley 8/2021).

204 Para una mayor precisión de fechas, véase la presentación *power point* que hemos adjuntado al final del texto.

205 El lema lo popularizó el activista de la Vida Independiente James I. CHARLTON, quien, según relata él mismo, lo conoció a través de dos activistas sudafricanos, Michael Masutha y William Rowland, quienes le atribuían la referida inspiración centroeuropea (véase CHARLTON, James I. *Nothing about us without us. Disability, Opression and Empowemen*t, University of California Press, Berkeley, Los Ángeles y Londres, 1998, capítulo 1º., págs. 3-4).

206 Tras conseguir sobreponerse a todo tipo de trabas burocráticas y logísticas.

207 El relato es de Joseph SHAPIRO, en su libro *No Pity: People with Disabilities forging a New Civil Rights Movement*, Times Books, 1993 (véase el capítulo II, págs. 5 y ss.).

trativos e incluso legislativos, como la ley de 1990[208] que inspiró al Convenio internacional de Nueva York: se trata de la *Americans with Disabilities Act* o «Ley sobre Norteamericanos con Discapacidades», a la que el Convenio debe, como mínimo, su nombre o designación y, sobre todo, su idea rectora, que es la de plena participación en la sociedad de las personas con discapacidad.

El propósito de las líneas que siguen es examinar dos nociones de nuestro Código civil reformado que proceden del Convenio:

- La noción de *capacidad jurídica* que, predicada de las personas con discapacidad, adquiere un nuevo sesgo.
- Y la elíptica noción de *discapacidad* que, aun sin estar definida en la Ley 8/2021, ha sido prevista para sustituir nociones ahora erradicadas, como las de incapacidad e incapacitación.

Antes de abordar por separado ambos conceptos, formulo dos observaciones sobre su incorporación al Convenio de Nueva York que pueden contribuir a aclararlos:

1ª. La primera es que los movimientos sociales impulsores del Convenio, que mayoritariamente representaban a personas con discapacidad física, ejecutando su lema «Nada sobre nosotros sin nosotros», consiguieron un texto plegado a sus aspiraciones, dado que, con la aquiescencia de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se les concedió en las deliberaciones del Convenio la misma capacidad de decisión que a los Estados nacionales.[209] Por contra, según denuncian los propios interesados, no fueron,

[208] Fue promulgada el 26 de julio de1990 por el Presidente George Bush (*Sr*).

[209] Véase la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 56/168, de 19 de diciembre de 2001, y, sobre todo, el documento oficial núm. A/57/357, con fecha de 2 de agosto de 2002 rubricado «Decision on the modalities of the participation of accredited non-governmental organizations in the Ad Hoc Committee to consider proposals for a comprehensive and integral international convention to promote and protect the rights and dignity of persons with disabilities», accesible en https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/adhocdecision2.htm

en cambio, consultados colectivos profesionales que, como psiquiatras[210] y asistentes sociales, se sentían naturalmente implicados.

2ª. La segunda observación, que ya es opinión personal, es que la imperativa adaptación del ordenamiento jurídico español a las normas del Convenio[211] quizá hubiera podido efectuarse sin asumir tan fielmente su lenguaje y su marco mental, plasmado en la «Observación General 1 (2014) sobre el art. 12», emanada del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,[212] cuya interpretación, tan acríticamente obedecida por los redactores de la Ley 8/2021, ha sido, en cambio, objetada por otros Estados signatarios del Convenio.[213] En particular, el Gobierno alemán ha cuestionado el carácter imperativo de la interpretación del Comité, reconociéndole solo competencia para formular «recomendaciones», pero no «obligaciones» para los Estados nacionales.[214]

Si considero recomendable adoptar distancia, es pensando que los movimientos sociales que impulsaron el Convenio se desenvolvieron en un marco sociopolítico que no coincide enteramente con el nuestro, que es el de la Europa continental: así, mientras que los activistas norteamericanos de la Vida Independiente tuvieron que

---

[210] Por parte de la Psiquiatría, lo denuncian Melvyn Colin FREEMAN y otros psiquiatras en un artículo de *The Lancet*, en 2015. *Vid.* así FREEMAN, Melvyn Colin, *et alii*, "Reversing hard won victories in the name of human rights: a critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *The Lancet. Psychiatry*, 2015, volumen 2, Septiembre, págs. 844 a 850; *vid.*, en especial, la pág. 848.

[211] Que desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado en 2008 (vid. supra nota 202) es ley española (art. 1.5. C.c.).

[212] Véase COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general sobre el artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*, accesible en http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf

[213] Como Francia, Noruega y Alemania y también Australia.

[214] *Vid.* FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY, *German Statement on the Draft General Comment on art. 12 CRPD*, de 20 de febrero de 2014, https://www.ohchr.org › files › CRPD › Germany

enfrentarse a un Estado del Bienestar rudimentario, donde el individuo con necesidades especiales puede quedar casi abandonado a sus propios recursos, los activistas ingleses —y los norteamericanos también— tuvieron que luchar sobre todo contra el internamiento forzoso, quizá porque, en su entorno, los lazos familiares son más laxos y algo menos acogedores que los nuestros.

2. Las nociones de *capacidad jurídica* y de *discapacidad* que el Código civil reformado toma del Convenio

2.1. La noción de capacidad jurídica implícita en el Código civil reformado

La noción de *capacidad jurídica* es una noción universal, pero, predicada de las personas con discapacidad, el art. 12.2 del Convenio —y, con él, implícitamente nuestro Código (art. 249,1)— la concibe como emanada del derecho a su reconocimiento como persona o sujeto de derecho ante la ley, en igualdad de condiciones con todas las demás personas.

Esa perspectiva especial del Convenio está tomada de dos convenios internacionales de derechos humanos: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de Naciones Unidas (art. 16), de 1966,[215] y el Convenio, también de Naciones Unidas, de 1976, sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (art. 15.2.).

[215] Data de 19 de diciembre de 1966 y fue ratificado por España en 1977 (BOE, no. 103, de 30 de abril de 1977).

[216] Tal inspiración no es casual,[217] ya que los referidos movimientos sociales impulsores del Convenio tomaron como referente ideológico —y de agitación social— a las luchas sociales previas del siglo xx contra la discriminación racial y sexual.

Por esa filiación constitucional o de Derecho público, la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, tal y como la concibe ahora el Código civil reformado, no solo no encaja en la noción de personalidad civil que todavía mantienen preceptos como los art. 29 y 30 del propio Código, sino que —aunque sea por afán reivindicativo— la subvierte, de varias maneras:

- En primer lugar, parece artificioso enunciar, como hace el art. 12.1. del Convenio de Nueva York, un *derecho a* ser reconocido como persona, ya que, como resulta del art. 29 del Código civil español, la cualidad de persona o sujeto de derecho antecede al Derecho,[218] por ser inherente al nacimiento, y, por tanto, no cabe ser privado de ella, pese a las reiteradas manifestaciones de la citada Observación 1 (2014)[219] del Comité de Naciones Unidas,[220] de que, antes de adaptarse a la Convención, los De-

[216] Dicha Convención, hecha asimismo en Nueva York el 18 de diciembre de 1976, ha sido también ratificada por España (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984).

[217] La síntesis o presentación en *power point* que adjuntamos a nuestro texto muestra cómo los citados preceptos de ambos Convenios inspiran, respectivamente, al art. 12, apdos. 1., 2. y 5. del Convenio de Nueva York.

[218] No hay ley ni sentencia que pueda privar de la capacidad jurídica al ser vivo que nace cumpliendo el elemental requisito biológico que, para ostentar personalidad civil, exige el art. 30 C.c. Así quedó establecido desde el movimiento codificador, donde llegó a señalarse a la personalidad civil como una cualidad «ilegislable» (véase SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho civil*, ed. por Rivadeneyra Sucesores, Madrid, 1889, tomo II, pág. 128) y como uno de esos valores tan evidentes o «firmes» que ni siquiera requieren declaración especial (así, ENNECERUS , Ludwig, y NIPPERDEY, Hans Carl, *Derecho civil. Parte General*, ed. Bosch (2ª. ed.,), Barcelona, 1953, volumen 1º., pág. 319).

[219] *Vid. supra* nota 212.

[220] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

rechos nacionales habían venido privando a las personas con discapacidad de su capacidad jurídica.[221]

- En segundo lugar, el art. 12. 2 del Convenio de Nueva York discrepa asimismo de valores consolidados en el Derecho civil, cuando enuncia el «derecho» de la persona con discapacidad a ser reconocida como persona o sujeto de derecho «en igualdad de condiciones» con todas «las demás personas», ya que la capacidad jurídica (esto es, la aptitud potencial para ostentar derechos) es un valor individual, pero absoluto, que se ostenta sin necesidad de comparación con nadie más: cada uno tiene la suya y —como recalca uno de los códigos civiles más exquisitos en la aproximación a la persona, el Código civil suizo de 1907 (art. 11)[222]— la de cada uno es la misma que la de todos los demás.

  Por tanto, formular esa noción, como hace el art. 12.2. del Convenio de Nueva York, en términos comparativos es relativizarla y, por ende, menoscabarla.
- Por último —si bien como cambio de formulación más llamativo—, la Ley 8/2021, de reforma del Código civil español, también por fidelidad al Convenio internacional de Nueva York, altera la distinción entre los dos clásicos componentes de la personalidad civil: la *capacidad jurídica* y la *capacidad de obrar.*[223]

---

[221] *Vid.* así, por ejemplo, el apdo. 7º. de la citada Observación 1 (2014): «Históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones . . . ».

[222] Según ese art. 11 del C.c. suizo, que traduzco de sus versiones francesa y alemana, «Todo hombre es capaz jurídicamente» (apdo. 1); «En consecuencia, dentro de los límites del ordenamiento jurídico, todos los hombres ostentan la misma capacidad o aptitud para llegar a ser sujeto de derechos y obligaciones» (apdo. 2.).

[223] Esa distinción, profundamente arraigada en el acervo dogmático del Derecho civil, se remonta al *ius civile* romano, aunque su sistematización y su moderna formulación se debe a la Escuela Pandectística (nos ocupa-

Partiendo de la premisa, inamovible tanto para el Comité de Naciones Unidas intérprete del Convenio como para los redactores de la Ley 8/2021,[224] de que todas las personas han de ser iguales, no solo en cuanto a la aptitud para ostentar derechos, sino también en cuanto al modo en que se ejercen,[225] se decreta erradicar, por discriminatorio, hasta el uso verbal de la expresión «capacidad de obrar», que, en la dogmática clásica del Derecho civil, había venido designando al componente graduable y modificable de la personalidad civil.

Por imperativo del Convenio y, sobre todo, de su interpretación oficial (la de la citada Observación 1 [2014] del Comité), ya no se admite la gradación y, mucho menos, modificación de la capacidad de las personas para el ejercicio de sus derechos[226] y, por tanto, en

---

mos de ello en otro lugar; *Vid.* MARCO MOLINA, Juana, "La noción de capacidad jurídica que se incorpora al Título XI, Libro I, del Código civil español", en LLEDÓ YAGÜE, F., FERRER VANRELL. P. *et alii* [Dir.], *Reformas Legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor,* Dykinson, 2022, pp. 429 a 480, y, en especial, p. 437, nota 34).

[224] Preámbulo, Sección III, párr., párr. 2º., y Sección I, último párr.

[225] Dicha premisa parece haber sido interiorizada también por nuestra jurisprudencia menor. *Vid.* así, por ejemplo, el f.j. 2º. de una Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 21 de abril de 2022, que afirma que, tras la reforma del Código civil, ya no cabe modificar la «capacidad» o aptitud personal para ejercer por sí mismo los propios derechos, ya que también esa aptitud es inherente a la persona: «El proceso de provisión de medidas de apoyo ha dejado de ser un proceso para protección de la persona, y de modificación de su capacidad porque no puede modificarse lo que es inherente a la persona, y se sustituye por el de «asistencia» con la atención que requiera su situación concreta».

[226] Los intérpretes oficiales del Convenio (el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) se aferran a la siguiente premisa irreductible: la gradación o modificación de la capacidad de las personas consistente en modificar su aptitud para ejercer personalmente sus derechos por falta de la suficiente capacidad natural o «mental» (lo que hasta ahora calificábamos de restricción de la capacidad de obrar) equivale a negar la capacidad jurídica. Así lo declara el apdo. núm. 14 de la

adelante, ya solo será posible referirse a la «capacidad jurídica»[227] que «abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercerlos»,[228] con exclusión o proscripción de la expresión «capacidad de obrar», tildada de discriminatoria.[229] Así pretenden

ya citada Observación General 1 (2014) sobre el art. 12 del Convenio: «La segunda [faceta de la capacidad jurídica] es la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley. Este es el componente que frecuentemente se niega o reduce en el caso de las personas con discapacidad . . . La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano. Por consiguiente, para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de ésta: esas dos facetas no pueden separarse».

227 Apoyándose en «la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en Naciones Unidas» (*sic*), el Preámbulo de la Ley 8/2021 establece o, cuando menos, declara la premisa que exponemos en el texto: « . . . [E]l elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser . . . la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y que, por ello, no puede modificarse» (así, Preámbulo, Sección III, párrafo, 2º., en conjunción con la Sección I, último párrafo, del mismo Preámbulo).

228 Preámbulo de la Ley 8/2021, Sección I, último párrafo.

229 Esa clásica distinción entre los dos componentes de la personalidad civil (*capacidad jurídica* y *capacidad de obrar*), además de descalificarse por «discriminatoria» —tal y como señalamos en el texto—, ha sido, además, minimizada. En efecto, algunos valedores de la inflexible interpretación oficial del Convenio han menoscabado su universalidad y su solvencia técnica tildándola de mera especialidad «latina»: «Lo que hace la convención es eliminar esa diferencia que en otros ordenamientos jurídicos del área no latina no existe... Pues bien, la convención cambia esto y dice: no señor, todo el mundo tiene capacidad, todo el mundo tiene que poder ejercerla y, si no lo puede hacer porque existe un obstáculo, la ley ha de darle los medios para que pueda hacerlo. En eso estamos y es la finalidad que persigue la convención y este proyecto de ley de reforma del Código Civil español. Y la Comisión de Codificación de Cataluña sigue la misma línea» (así, María del Carmen *GETE-ALONSO* ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados*; vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones [Comisión de Justicia]*, 2020, núm. 187, sesión de 26 de octubre de 2020; vid. pp. 29-30).

imponerlo los redactores de la Ley 8/2021, de reforma del Código civil. [230]

No obstante, la realidad se muestra mucho más tozuda que la voluntad del legislador, ya que la proscrita distinción entre *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar* aflora inevitablemente —además de en el Preámbulo de la Ley 8/2021[231]— en todos aquellos preceptos[232] del Código reformado (muchos y muy significativos, como, p. ej, los nuevos art. 249 y 269 C.c.)[233] que contraponen la «titularidad» y el «ejercicio» de los derechos que pueda ostentar la persona con discapacidad.

Como ya he expuesto en otro lugar (MARCO MOLINA, «La noción . . . », cit. *supra*, p. 442, nota 52), discrepo de dicha aseveración, como mínimo, porque la distinción entre «capacidad jurídica» y «capacidad de obrar», lejos de constituir una peculiaridad «latina», es compartida por las tradiciones romanista y anglosajona, como demuestra cualquier tratado inglés o incluso un modesto digesto de casos. Así, a título de ejemplo, véase JENKS, Edward, *A Digest of English Civil Law*, Butterworth & The Boston Book Co., Londres y Boston, 1905, pp. 1 y 26-27: "The expression "legal capacity" is used in English Law to cover two diffferent notions – the notion of ability to acquire rights (which may be called "passive capacity"), and the notion of the ability to transact legal business (active capacity). The former may be said to date from the time of birth, the latter is only completely acquired on the attainment of full age...Whether a person is of unsound mind, for the purposes of a particular transaction, is a question of fact in each case. There is no «status» of lunacy for the purposes of legal capacity. A will may be valid, though it has been made by a person found to be a lunatic by an inquisition".

230 Así, el Preámbulo, Sección I, último párrafo, de la Ley 8/2021.

231 *Vid.*, p. ej., su Sección IV, párrafo 2º., en su alusión a la «capacidad de ejercicio de los derechos».

232 Y a todo lo largo del Preámbulo de la Ley de reforma.

233 Además de muchos otros importantes, como los arts. 255, 257, 258, 268, 269 y 271. Esa misma dualidad o contraposición entre la «titularidad» y el «ejercicio» de los derechos, equivalente a la tradicional contraposición entre la *capacidad jurídica* y la *capacidad de obrar,* está asimismo presente en los demás textos legales reformados por la Ley 8/2021, como la LEC (p. ej., arts. 7.2., 222, apdo. 3º., y 770, regla 4ª.) y la Ley de Jurisdicción Voluntaria (arts. 28 a 30 y Exposición de Motivos, Sección X, párrafo décimo de esa misma Ley).

Es más, incluso verbalmente, la noción prohibida de *capacidad de obrar* se hace patente en la referencia del art. 1302.3 del Código reformado (y sus concordantes art. 624 y 1160) a la «capacidad de contratar» u obligarse, que sigue constituyendo el máximo exponente de la *capacidad de obrar* de las personas para ejercer eficazmente sus derechos.

2.2. La elíptica o no definida noción de *discapacidad* en el Código civil reformado

Pese a que —tal y como trasluce su propia rúbrica[234]— la idea motriz de la reforma legislativa emprendida por la Ley 8/2021 es el ejercicio de la propia capacidad jurídica por «las personas con discapacidad», su articulado prescinde de definir la «discapacidad». Dicha omisión se produce no obstante la demanda de definición o precisión legal por parte de operadores jurídicos tan destacados como el Consejo General de la Abogacía Española.[235]

Esa falta de definición no constituye un olvido, sino una opción deliberada del legislador español, que tiene mucho que ver con su asunción de la noción de *discapacidad* sostenida por el ya mencionado «Modelo Social de la Discapacidad», que —como apuntábamos en nuestros I. ***Antecedentes***— es uno de los movimientos de lucha por los derechos civiles que auspiciaron la Convención internacional de Nueva York. Cuando menos, así permite saberlo el Preámbulo de nuestra Ley de reforma, cuando declara que « . . . muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido

[234] «Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica».

[235] Da cuenta de dicha demanda tanto el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley (*vid. Dictamen* 34/2019, de 23 de abril de 2019, p. 11) como asimismo el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Justicia*, 2020, núm. 187, correspondiente a la sesión de 26 de octubre de 2020; *vid.* pág. 4).

de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas . . . ».[236]

Lo que caracteriza a esa noción del Modelo Social, implícita al menos en la parte expositiva (aunque no en la dispositiva) de nuestra Ley de reforma, es poner el mismo énfasis en las barreras sociales que en la propia enfermedad o «deficiencia»[237] individual como obstáculo para el autogobierno. Ilustra perfectamente esa tesis el ejemplo propuesto por Jenny Morris, activista inglesa del *Movimiento por la Vida Independiente*:[238] una dificultad para caminar puede constituir una deficiencia personal, pero la imposibilidad de acceder a un edificio porque, en su entrada, solo hay escalones eso ya es una discapacidad.[239]

Pues bien, si nuestro legislador se ha abstenido deliberadamente de definir la «discapacidad», [240] es porque suscribe la tesis —sin duda, reivindicativa, pero jurídicamente discutible— propia de los movimientos sociales promotores del Convenio de Nueva York, de que definir esa noción supone hacer responsables de su propia situación a quienes se encuentran en ella.

---

[236] Preámbulo Ley 8/2021, Sección III, párr. 3º.

[237] Aunque ha quedado también erradicado por la Ley 8/2021, el término «deficiencia» era el que utilizaba el precedente art. 200 C.c. al establecer las causas de incapacitación: «Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

[238] Sobre su influencia en el Convenio, *vid.* asimismo *supra* el epígrafe que dedicamos a los *Antecedentes* del Convenio de Nueva York.

[239] Así, MORRIS, J., *Pride against prejudice. A Personal Politics of Disability*, Women´s Press Ltd., London, 1991, p. 17, accesible en https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/morris-Pride-and-Prejudice.pdf

[240] Otros Derechos nacionales, como, p. ej., el alemán, a la hora de adaptarse al Convenio, no han renunciado, en cambio, a precisar mínimamente los presupuestos de la situación de discapacidad o dificultad para el autogobierno (*vid.* así el § 1814 [1] del Código civil alemán, redactado por la Ley de reforma, de 4 de mayo de 2021 [*Gesetz zur Reform des Vormundschafts-recht- und Betreuungsrechts*]).

En cualquier caso, esa imprecisión deliberada por parte de nuestro legislador se traduce en una serie de distorsiones y lagunas que entorpecen la aplicación de los preceptos reformados por la Ley 8/2021:

1ª. En primer lugar —y en contra del propósito enunciado por el propio legislador— han dejado de coincidir las nociones de incapacidad o discapacidad de las leyes reformadas. Así, pese a que el Preámbulo de la Ley 8/2021 anuncia la reforma del art. 4º. del Código de Comercio,[241] para trasladarle el nuevo entendimiento de la capacidad implícito en las normas generales del Código civil, la reforma anunciada, inexplicablemente, no se ejecuta, por lo que el precepto mercantil mantiene su originaria dicción de 1885. De ese modo, por seguir restringiendo el ejercicio habitual del comercio «a las personas mayores de edad y *que tengan la libre disposición de sus bienes*» —expresión decimonónica identificada con la *plena* capacidad de obrar[242]— el citado art. 4 estaría impidiendo ejercerlo a quienes, por razón de discapacidad, hayan sido provistos de alguna medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

2º. Por si fuera poco, incluso dentro del propio Código civil, coexisten nociones diversas de discapacidad,[243] como mínimo, tres:

a. La primera es una «discapacidad administrativa»,[244] contemplada en la Disposición Adicional 4ª., apdo. 1º., del Código civil. Es una situación de discapacidad que cabría calificar de «cierta», por cuanto ha quedado oficialmente constatada por una resolución

---

241 *Vid.* Preámbulo, Sección IV, párrafo 2º.

242 La expresión procede del Proyecto de Código civil de 1851 y, tal y como aclara el comentario de Florencio García Goyena al art. 893 de ese texto, se identifica con el máximo grado de la capacidad de obrar, que era la capacidad de contratar u obligarse propia de los mayores de edad no incapacitados (*vid.* GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, ed. por la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza [reimpresión de la edición Madrid, 1852], pág. 447).

243 Abordamos más pormenorizadamente esta cuestión en nuestro ya citado trabajo (*supra* nota 223).. «La noción de capacidad jurídica que se incorpora . . . », pp. 462 a 470.

244 Así la llama el f.j. 3º., apdo. décimo, de la citada SAP de Pontevedra de 21 de abril de 2022.

administrativa (o judicial, en caso de controversia) que acredita un determinado «grado» de discapacidad, física o psíquica, o de dependencia. Por su certeza o fehaciencia, es esa discapacidad administrativamente acreditada la que se requiere para beneficiarse de determinados efectos favorables de Derecho matrimonial y sucesorio (los de los art. 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041), sin que el legislador explique por qué específicamente esos y no otros.

b. A continuación, dentro de esa misma Disposición Adicional 4ª. C.c., pero en su apartado 2º. hallamos otra noción de discapacidad a la que cabría calificar de residual o general, porque es la prevista para todos los demás efectos civiles.[245] Sin embargo, pese a su alcance o importancia, el legislador persiste en no definirla o lo hace incurriendo en una tautología, ya que —leído en conjunción con el articulado del Código y, particularmente, con el primer párrafo del trascendental art. 249— ese apdo. 2º. de la Disposición Adicional 4ª viene a decir que se tiene por discapacitado a quien precise medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y que el apoyo se presta a quien lo necesite.

c. Finalmente, aún se detecta dentro del Código civil una posible tercera noción de discapacidad, propia del ámbito negocial, esto es, de la tradición (art. 1163) y del contrato (art. 1301 y s.s.). Es la situación de quien, teniendo ya establecidas medidas de apoyo para asistirle (art. 250,2) o —excepcionalmente, sustituirle (art. 249,3)— en el ejercicio de su capacidad jurídica, actúa (cobra o contrata) prescindiendo de ellas.

Paradójicamente, resulta, además, que, en esa tesitura, el trato que legalmente se dispensa a la persona con discapacidad empeora res-

[245] Véase el apdo. 2º. de esa Disposición Adicional 4ª.C.c.: «A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica».

pecto a la anterior legislación. Ello ocurre por la conjunción de dos factores:

- En primer lugar, porque, por primera vez, se ha restringido la legitimación para anular el contrato celebrado sin el preceptivo «apoyo» en caso de desconocimiento del otro contratante sobre la necesidad de ese apoyo. En efecto, si este lo desconocía, la persona a quien hubiera correspondido prestar el apoyo no podrá impugnar el contrato que la persona con discapacidad ha celebrado sin él (art. 1302, 3., párrafo 2º.).[246]
- Por si fuera poco, esa buena fe o desconocimiento por terceros de la necesidad del apoyo por razón de discapacidad se está fomentando legalmente, por cuanto —por contraposición a lo que se había previsto en el Anteproyecto de Ley— ha acabado suprimiéndose del texto definitivo de la Ley 8/2021 la inicialmente prevista constancia obligatoria o de oficio en los registros de bienes (el Registro de la Propiedad y el Registro de Bienes Muebles)[247] de las medidas de apoyo constituidas judicialmente.[248]

---

[246] Sí subsiste, aun en ese caso, la legitimación para impugnar de la propia persona con discapacidad.

[247] Además de en el Registro Mercantil y en cualquier otro registro público.

[248] En contra de la previsión del Anteproyecto de Ley, el reformado y vigente art. 755, último párrafo, de la LEC solo prevé la comunicación a esos registros de las resoluciones judiciales constitutivas de medidas de apoyo «a petición de parte». La razón aducida en sede parlamentaria para el cambio de criterio legal —por acuerdo entre casi todos los grupos parlamentarios, salvo Ciudadanos— fue considerar que la previsión inicial atentaba contra los «derechos fundamentales» (derecho a la intimidad y a la protección de datos personales) de las personas con discapacidad, ya que la comunicación de oficio a registros públicos diversos del Registro Civil daría pie a que llegasen a constar en ellos datos sobre la salud de las personas. Esa Enmienda transaccional de todos los Grupos parlamentarios, menos el antes citado (*vid. BOCG. Congreso de los Diputados* Serie A: Proyectos de Ley, núm. 27-3, de 18 de marzo de 2021, p. 19), está basada en otra enmienda (la núm. 50) presentada por el Grupo Parlamentario EAJ-PNV al art. 2,4º. de la Ley Hipotecaria y, por tanto, es esta última la que expone la Justificación para el cambio de criterio acordado: «La inclusión de las resoluciones judiciales y medidas que contengan medidas de apoyo para las

Ni que decir tiene que ese sigilo registral, además de dificultar que la persona con discapacidad pueda liberarse de contratos que no debiera haber celebrado, siempre redundará en la inseguridad del tráfico jurídico y en la desprotección de terceros adquirentes.

3. Conclusiones

Sin ánimo de aferrarme a los tecnicismos del Derecho civil, sí quiero concluir manifestando que no comparto algunas de las premisas —propias de los intérpretes oficiales del Convenio de Nueva York y de los autores y valedores de nuestra Ley de reforma— que llevan o debieran llevar a desterrarlos:

1ª. No comparto que quepa tildar de «discriminatoria» a la noción de *capacidad de obrar*, porque tampoco lo es admitir que hay situaciones personales —muchas de las cuales pueden llegar a afectarnos a todos— que nos diversifican en el ejercicio de nuestra capacidad jurídica y así lo avala, sin más, el amplio abanico legal de posibles medidas de apoyo ("desde el acompañamiento amistoso . . . [a] la representación en la toma de decisiones").[249] Por el contrario, admitirlo sería mucho más congruente con el espíritu de una reforma legislativa cuya idea rectora es que lo único que distingue a las personas

personas con discapacidad es inapropiada por las siguientes razones . . . atenta contra su dignidad personal, ya que convierte su discapacidad en una cualidad aneja a los bienes (inscrita en el folio real de cada finca) . . . Hacerlo constar en el registro de la Propiedad es una medida desproporcionada, y, por tanto, contraria a los principios de la Convención y atentatoria de la intimidad de estas personas . . . ».

Tal justificación me parece discutible: por obra de la función calificadora del registrador, lo que el Registro publicará es la constitución de alguna medida de apoyo y cuál sea esta, pudiendo obviarse los datos relativos a la salud de las personas.

[249] Preámbulo de la Ley 8/2021, Sección III, párrafo 2º.

con discapacidad de las demás es precisar de algún apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

2ª. Tampoco creo que el Derecho y la Medicina hayan de plegarse incondicionadamente (sin criterios alternativos de resolución, ya que no ha querido proporcionarlos el nuevo art. 249 C.c., párrafos 2 y 3) a las decisiones que, incluso en situaciones de crisis o en ejercicio del llamado «derecho a equivocarse»,[250] pueda adoptar la persona con discapacidad. De hecho —eludiendo el mandato legal de resolver en todo caso conforme a la «voluntad, deseos y preferencias» de la persona precisada de una medida de apoyo (*id.* art. 249,2 y 3)— tampoco se están plegando a ellas nuestros tribunales, que han degradado ese imperativo o mandato legal a un mero «derecho de audiencia».[251]

3ª. Finalmente, la seguridad del tráfico jurídico y el respeto a los derechos humanos[252] de las personas con discapacidad no debieran presentarse, tal y como se hizo en sede parlamentaria, como objetivos incompatibles. La validez y la consiguiente eficacia de los negocios y actos de intercambio que celebramos es de interés general. Puesto que sí comparto la premisa del legislador de que todas las personas somos iguales en cuanto a nuestra capacidad jurídica, el hecho de que se publique y pueda saberse que, para determinados actos, algunos la ejerceremos apoyados en nada nos «estigmatiza» o hace desmerecer ante los demás.

---

[250] Lo enuncian como nuevo derecho subjetivo algunas de las leyes nacionales de adaptación al Convenio de Nueva York, como, p. ej., la Ley colombiana 1996/2019, de 26 de agosto de 2019, por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad: vid. su art.4.

[251] Siguiendo la estela de la ya célebre STS de 8 de septiembre de 2021, nuestra jurisprudencia (por ahora, menor) oye a la persona con discapacidad que necesita ser apoyada, pero no acata incondicionadamente su voluntad, en contra de lo que propugna el legislador de 2021. Conforme a esa pauta, proceden, entre otras, sentencias como las de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 13 de julio de 2021 y de 15 de septiembre de 2021, de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 23 de septiembre de 2021 y de la Audiencia Provincial de Toledo, de 14 de marzo de 2022.

[252] *Vid. supra* nota 248.

ANEXO

Presentación de Síntesis "*Nothing about us without us*": La noción de capacidad jurídica incorporada al Título XI, Libro I, del C.c. español

I. ANTECEDENTES: ORIGEN e INSPIRACIÓN del Convenio NY (2006)

- Procede de DOS movimientos sociales y de lucha por los derechos civiles de las personas con discapacidad, gestados en el ámbito anglosajón: el ***Movimiento por la Vida Independiente*** (EEUU, años 60) y su secuela inglesa, **el *Modelo Social de la Discapacidad*** (Reino Unido, años 70).
  - Se identifican con el lema *"Nothing about us, without us",* tomado del nacionalismo centroeuropeo del s. XIX.
  - Adoptan reivindicaciones y modelos de acción característicos de luchas civiles previas, contra la discriminación **racial** y **sexual**.
    * Sus conquistas legislativas:
- **Movimiento por la Vida Independiente*: Americans with Disabilities Act*** (promulgada por George BUSH *Sr.* 26 julio

1990). INFLUENCIA en el Convenio: **su propia existencia, su nombre y la idea de plena participación en la sociedad de las personas con discapacidad.**

- **Modelo Social de la Discapacidad**: ***Mental Capacity Act*** (Inglaterra y Gales, 7 abril 2005) y ***Disability Act*** (República de Irlanda, 8 julio 2005). APORTACIÓN al Convenio: **parcialmente, la noción "social" de *discapacidad* y la adopción de decisiones conforme a "la voluntad, deseos y preferencias"** de la persona con discapacidad (*Section 4 Mental Capacity Act*)

II. LA NOCIÓN DE CAPACIDAD JURÍDICA IMPLÍCITA EN EL CÓDIGO CIVIL REFORMADO

1. ORIGEN LEGISLATIVO
   a. **Art. 12.1. Convención NY:** "*Derecho,* en todas partes, de las personas con discapacidad *al reconocimiento* de su personalidad jurídica".

INSPIRACIÓN: art. 16 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (1976;* ratificado por España, *BOE no. 103,* de 30 de abril de 1977): "Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica").

** Ese* Pacto *implementa derechos (políticos, pero también sociales, económicos y culturales)* **que han de hacer efectivos a los "derechos humanos" proclamados por la *Declaración Universal, de 10 de diciembre 1948,* de la Asamblea General de las Naciones Unidas.**

   b. **Art. 12.2. Convención NY: ". . . las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás. . ."**

INSPIRACIÓN (del art.12.2., pero también del art. 12.5 NY): art. 15.2 Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1976; ratifica-

da por España, *BOE no.* 69, de 21 de marzo de 1984): "*Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad.* En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales."

2. INTERPRETACIÓN OFICIAL DEL CONVENIO (ex arts. 35 y 37,2 Convenio)
   - Corresponde al Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad
   - Interpretación del art. 12 Convenio: Observación General no. 1 (2014) del COMITÉ (19 de mayo 2014). Sus interpretaciones son rígidas y sesgadas, negando, por ejemplo (apdos. 13 y 15 de la Observación) que la falta de capacidad natural permita restringir el ejercicio de la capacidad jurídica y cuestionando incluso la posibilidad de medir o valorar la capacidad natural mediante diagnósticos médicos.

   * ALGUNOS ESTADOS (v. gr. ALEMANIA) discuten el carácter IMPERATIVO de la INTERPRETACIÓN del Comité, reconociéndole SOLO competencia para formular "recomendaciones", pero no "obligaciones" para los Estados (vid. FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY, German Statement on the Draft General Comment on Art. 12 CRPD, de 20 de febrero de 2014, https://www.ohchr.org › files › CRPD › Germany).

3. Falta de sintonía entre las nociones de personalidad y capacidad jurídica, predicadas de las personas con discapacidad, y las categorías del Derecho civil
   - Innecesaria formulación de un "derecho a" ser reconocido como "persona" (art. 12.1. Conv): ser persona es consustancial al nacimiento (art. 29 C.c. español).

- Enunciar un derecho a la "capacidad jurídica" "en igualdad de condiciones con las demás personas" (art. 12 Convenio NY) es relativizar y, por tanto, menoscabar, un valor que para el Derecho civil es absoluto.
- Se proscribe la distinción entre "capacidad jurídica" y "capacidad de obrar", que es la dimensión graduable de la personalidad civil. Sin embargo, tal distinción, además de universal (compartida por la tradición jurídica romanista y la anglosajona), es insoslayable, como demuestra el nuevo articulado del C.c. (v. gr. arts. 249, 255, 257, 259, 268, 269, 271 y, sobre todo,1302.3) y el Preámbulo Ley 8/2021 (v. gr. Sección IV, párrafo 2º.).

III. LA ELÍPTICA NOCIÓN LEGAL DE "DISCAPACIDAD"

1. El C.c. español reformado **NO DEFINE** la noción o situación de discapacidad (a diferencia de otros ordenamientos igualmente adaptados al Convenio de NY, como el C.c. alemán: § 1814 [1] *BGB*, tras la Ley de reforma de 4 de mayo de 2021: *"Gesetz zur Reform des Vormundschaftsrecht- und Betreuungsrechts")*.
   Compárese con el precedente art. 200 C.c. español: "Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma".
2. Pero **presupone** una noción – la del mencionado *Modelo Social de la Discapacidad* (**1**) - que permanece en su parte expositiva y no se lleva al articulado del C.c.: *" . . . muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales,cognitivas, actitudinales y jurídicas . . . "* (**Preámbulo Ley 8/2021, Sección III, párr. 3º.**).
   -----} La discapacidad NO se define legalmente, para NO hacerla gravitar sobre la enfermedad o "deficiencia" individual y no "estigmatizar" a quien la padece (en términos análogos, las Enmien-

das núm. 50 y 58 del Grupo Parlamentario EAJ-PNV, a los arts. 755 LEC y 2,4º. Ley Hipotecaria, cuerpos legales también modificados por la Ley de reforma 8/2021).

3. Consecuencias de la **indefinición** en los textos legales reformados:
   a. **Discordancias entre textos legales**: v. gr.: ha dejado de coincidir el entendimiento de la "capacidad" o incapacidad para el "ejercicio" de derechos en el Código civil y en el Código de Comercio (art. 4 CdComercio, a través de su fórmula decimonónica (2) no reformada, mantiene la exigencia de máxima aptitud para el ejercicio habitual del comercio, por lo que pudiera entenderse que excluye a personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo).

(1) **Véase THE LAW REFORM COMMISSION [Rep. de Irlanda]**, ***Consultation Paper on Vulnerable Adults and the Law,*** Dublín, 2005, pág. 26,
en su referencia a "The alternative social or human rights model [which] focuses on the dignity of the human being and on issues of integration".
(2) **Utiliza la expresión "libre disposición de los propios bienes", tomada del Proyecto de Código civil de 1851 y, por cierto, todavía subsistente ¿por descuido? en varios preceptos del Código civil reformado (v. gr. arts. 1058 y 1160 Código civil). Esa fórmula ´designaba el máximo posible grado de capacidad de obrar, propio de los mayores de edad que no habían sido incapacitados.**

b. **Diversidad de nociones de *DISCAPACIDAD* dentro del propio Código civil**:

- Discapacidad "**administrativa**" (Disp. Ad. 4ª., 1. C.c.):
  - Resulta del reconocimiento administrativo (o, en su caso, judicial) de un determinado "grado" de *discapacidad* (psíquica o física) o de *dependencia,* requerido a determinados efectos **favorables de Derecho matrimonial o sucesorio** (¿por qué ésos de la Disp. Adic. y no otros?)
  - Es independiente de la constitución o establecimiento de medidas de apoyo.
- Discapacidad civil **general o residual** (Disp. Ad. 4ª., 2. C.c.): estado o situación que meramente "haga precisa" la constitución o establecimiento de medidas de apoyo.
- La propia del ámbito negocial (*ex* art. 1163) y, en especial, **contractual** (arts. 1301,4º. y s.s.):
  - Es la de aquel sujeto que ya tiene constituídas o está provisto de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.
  - Régimen **RESTRINGIDO** de **PUBLICIDAD REGISTRAL** de las MEDIDAS CONSTITUÍDAS (art. **755 LEC**, reformado). -------} **Contribuye a la BUENA FE del otro contratante, con correlativa RESTRICCIÓN de la legitimación para IMPUGNAR de "la persona a la que le hubiera correspondido prestar el apoyo" y no lo prestó (art. 1301,3., 2 C.c. esp.).**

IV. Conclusiones