

**Pedro A. MUNAR BERNAT (Dir.)**

***Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política<sup>1</sup>***

*M<sup>a</sup> Eugenia Torres Costas*

Doctora en Derecho  
Universidad de Santiago de Compostela

El 17 de julio de 2020 se publicaba en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG) el Proyecto de 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 (en adelante, el Proyecto). Hemos tenido que esperar casi trece años desde la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) para que nuestro legislador haya acometido, por fin, una reforma legislativa que supondrá una verdadera revolución en nuestro ordenamiento jurídico y un hito histórico en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad. Ha sido un largo camino cuyo impulso definitivo se inició con los trabajos llevados a cabo de manera minuciosa por las Secciones Primera y Quinta de la Comisión General de Codificación, que dieron lugar al Anteproyecto de Ley que precedió al Proyecto, cuya fase parlamentaria está a punto de concluir.

En el momento de escribir estas líneas, el Proyecto se encuentra en fase de enmiendas en el Senado, por lo que la entrada en vigor de la reforma que supondrá la esperada adaptación de nuestra legislación civil y procesal al que también se ha dado en llamar Primer Tratado de Derechos Humanos del Siglo XXI, resulta inminente. Por ello, es obligado destacar, en primer lugar, la oportunidad en la publicación de este libro, que permite conocer al lector, como su propio título indica, los principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad, antes de que ésta se apruebe definitivamente, como es lógico en una colección que recibe el nombre de *lege ferenda*.

<sup>1</sup> MUNAR BERNAT, Pedro A. (Dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*. Colección *lege ferenda*, Marcial Pons, Madrid, 2021, 322 pp, ISBN 9788413810157.

La obra está dirigida por PEDRO MUNAR, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Baleares, miembro también de la Sección Primera de Comisión General de Codificación y, por tanto, profundo conocedor y uno de los artífices de que la adaptación de nuestra legislación civil a la CDPD esté hoy mucho más cerca.

La nueva regulación toma en consideración que la capacidad jurídica para el ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos. Sigue así las directrices marcadas por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad (el Comité), órgano supervisor de la CDPD, en su Observación General Primera referida al artículo 12 CDPD, que recoge el reconocimiento a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. La interpretación de este precepto, piedra angular del Tratado, por parte del Comité ha sido tachada de radical por un importante sector de la doctrina española que, en consecuencia, califican de la misma manera la próxima modificación de nuestra legislación civil. Otro sector doctrinal, sin embargo, considera que la reforma no llega a alcanzar en su plenitud los mandatos de la CDPD, pues observan resquicios del tradicional sistema sustitutivo en algunos preceptos. Un sector minoritario opina que no hacía falta realmente hacer nada, pues nuestro actual sistema es compatible con la CDPD, tal como así ha reconocido el propio Tribunal Supremo en numerosas sentencias.

Esta obra viene a visibilizar de manera muy acertada las dos principales posturas opuestas en las que, en torno a este importantísimo cambio de nuestro ordenamiento jurídico, se viene posicionando la doctrina de nuestro país; lo hace abordando algunos de los temas que serán objeto de cambio con la entrada en vigor de la nueva ley.

Cada uno de los autores del libro expone una temática diferente; sin embargo, pese a la diferencia de asuntos tratados entre unos y otros, el abordaje de cada uno de ellos refleja fielmente su posicionamiento respecto a la reforma y a las observaciones del Comité sobre la interpretación, adaptación y aplicación de la CDPD.

Considero que la elección de los autores, por tanto, no ha sido fruto de la casualidad, sino de la intención del director de la obra de mostrar al lector las diferentes posturas existentes ya antes de la aprobación de la ley y de provocar en aquel una reflexión crítica sobre el nuevo paradigma; lo que debe ser destacado como otra virtud de la obra.

Abarcar todos y cada uno de los asuntos que serán objeto de modificación legislativa en un texto reducido sería un claro error, máxime si se tiene en cuenta que nos encontramos ante una reforma que afectará al menos a siete leyes y, entre éstas, a más de cien artículos del Código Civil. Por ello, se han seleccionado solo algunos que servirán, por una parte, para mostrar una panorámica general de los principios de la reforma desde diferentes perspectivas del Derecho; y, por otra parte, para introducirnos en algunos de los temas que serán objeto principal de la incorporación del nuevo paradigma en nuestro ordenamiento jurídico, o lo han sido ya, tras la aprobación de leyes recientes fuera del ámbito civil. Ello supone un nuevo acierto de esta obra a la que también se añade un prólogo de lujo a cargo de ANTONIO PAU, Presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación.

Participan diez autores en esta monografía, que se estructura, a su vez, en diez capítulos precedidos del prólogo mencionado y de una presentación realizada por su director.

El primer capítulo redactado bajo el título «Una crítica a los principios de la reforma del Régimen Jurídico de la Discapacidad», corre a cargo de uno de los más beligerantes críticos de la Observación General Primera del Comité y, en consecuencia, de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad en curso, MACARIO ALEMANY. El primer epígrafe de este capítulo muestra su posicionamiento sin tapujos bajo la denominación «A contracorriente» y, reiterando una postura que viene defendiendo desde hace años, califica a la reforma de radical.

El autor destaca el triunfo de lo que denomina ideología de «lo políticamente correcto», que según dice, pone en peligro serio la pervivencia del espíritu crítico porque con frecuencia da lugar a un lenguaje único que termina convirtiéndose en un «pensamiento único» y que ya ha calado en los grupos políticos de todas las ideologías.

ALEMANY defiende la necesidad de mantener el paternalismo jurídico «justificado» sobre las personas con discapacidad adultas en los casos que éstas muestren algún déficit de autonomía, se pueda obtener un beneficio objetivo y sea plausible que la persona tratada paternalísticamente hubiera consentido (hipotéticamente) la medida. El paternalismo justificado legitima así el ejercicio del poder sobre una persona para evitarle daños, lo que supone, en última instancia sustituir su voluntad; justamente lo contrario al paradigma de la discapacidad y al sistema de provisión de apoyos que propugna la CDPD.

A criterio de este autor, la reforma que se quiere construir sobre los principios de la CDPD y de su Comité solo se hace en parte, ya que no se alcanza a eliminar totalmente aspectos del tradicional paternalismo, aunque ello implique una incoherencia, como prueba la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo desde que dictara su conocida sentencia de 29 de abril de 2009.

Critica abiertamente el modelo social propugnado por la Convención y el Preámbulo del Proyecto, rotundamente alineado con los postulados de la CDPD, y defiende con igual ahínco el denostado modelo médico tradicional. Se opone a la separación entre el tratamiento de la minoría de edad o minoridad y la discapacidad mental o intelectual, pues entiende que el tratamiento de los adultos con esta última condición debe ser equiparado al de los niños. Para ALEMANY, las barreras externas que configuran el concepto de discapacidad de la CDPD podrían ser precisamente, en los casos de personas con discapacidad intelectual, la ausencia de una interferencia paternalista como en el caso de los menores, para salvaguardar sus propios intereses; por ello, defiende que el paternalismo justificado sería el apoyo que necesitaría la persona con discapacidad mental o intelectual.

Califica el principio de unidad de tratamiento de la discapacidad recogido en el Proyecto como uno de los principales errores de la reforma, lo cual, desde mi punto de vista supone, o bien un desconocimiento de que dicha unidad de tratamiento fue unánimemente consensuada por todas las partes negociadoras de la CDPD a la que el Proyecto busca adaptarse; o bien que el rechazo del autor se extiende a la voluntad unánimemente aceptada por todos los Estados parte y por todas las entidades representantes de todas las personas con todo tipo de discapacidad de todo el mundo y culturas durante la elaboración del Tratado. El principio de excepcionalidad de la representación tuitiva es considerado por el autor como una medida desproporcionada. Le resulta acertada, sin embargo, la previsión y la preferencia por los mecanismos de autoguarda que identifica como supuestos de «autopaternalismo».

Para ALEMANY, el otorgamiento del peso tan fuerte que el Proyecto otorga al principio de no interferencia en la libertad individual de las personas adultas con discapacidad mental o intelectual resultará perjudicial para quienes realmente necesitan medidas paternalistas y aventura que terminarán siendo las víctimas que todo cambio revolucionario genera, algo que asevera, sí plantea problemas con el principio de dignidad.

Concluye su exposición afirmando abiertamente: «[...] considero a la discapacidad un mal». En efecto, para ALEMANY es lo mismo vivir con una discapacidad que vivir con

dolor o con una enfermedad. Así, continúa textualmente: «Del mismo modo que considero que son un mal la enfermedad, el dolor o la muerte»; y aunque luego suaviza estas afirmaciones explicando que ello no significa que los «discapacitados» o los enfermos sean malos y que los que consideran sus afirmaciones como insultos confunden el mal físico con el mal moral, resulta evidente su visión capacitista de la discapacidad. Como expone la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad en su informe de 2019 (A/HRC/43/41, párr.9), este pensamiento capacitista considera la experiencia de la discapacidad como una desgracia que conlleva sufrimientos y desventajas y, de forma invariable, resta valor a la vida humana. En nuestra opinión, que sigue la línea de la Relatora Especial, esta visión capacitista genera prejuicios que dan lugar a prácticas discriminatorias como, entre otras, la negación de la capacidad jurídica por razón de la capacidad mental que, en definitiva, es lo que defiende con contundencia este autor.

Siendo ésta su postura, es fácil entender su crítica feroz contra quienes defienden el modelo social bajo el argumento de que ponerlo en cuestión es una falta de respeto para las personas con discapacidad, o a quienes, como ASÍS, al que cita expresamente, concluyen que todos los argumentos que suelen aducirse a favor de la incapacitación (entre ellos, el paternalista) expresan una minusvaloración de determinadas personas. A este tipo de argumentos los bautiza con el nombre de *falacia del insulto*. Después de esto, no puedo dejar de ocultar mi sorpresa ante el hecho de que en sus críticas ALEMANY no mencione nunca, al contrario de lo que hacen los autores a los que critica, la opinión de las propias personas con discapacidad ni el papel que ellas jugaron en la elaboración de lo que tanto éste como otros autores han venido en llamar «constructo social», que recoge la ideología de «lo políticamente correcto» y del «pensamiento único». No me resisto a recordar que la CDPD es el resultado de una negociación sin precedentes en la que las voces de todas las personas con discapacidad de todo el mundo y culturas no solo fueron escuchadas, sino que fueron intencionadamente buscadas e invitadas a sentarse a la mesa de Naciones Unidas a debatir y negociar un texto histórico que recogería sus derechos durante años y años vulnerados y por ellas reivindicados. Se pusieron a su disposición todos los medios que fueron precisos para facilitar su participación y comunicación. Tuvieron lugar intensos debates donde, efectivamente, en un principio las opiniones eran distintas y en muchos aspectos contradictorias, pero, tras reuniones oficiales y oficiosas, se alcanzó la unanimidad entre los Estados y también entre los representantes de las personas con discapacidad. Confundir ese acuerdo unánime con un aborregado «pensamiento único», eso sí me parece, utilizando las palabras del propio autor, una radical *falacia del insulto*.

La profesora PATRICIA CUENCA GÓMEZ muestra en el Capítulo II, «De objeto a sujetos de derechos. Reflexiones filosóficas sobre el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad», una visión radicalmente opuesta a la de su predecesor. En los primeros epígrafes, realiza una introducción que nos acerca principalmente al proceso negociador del artículo 12 CDPD. CUENCA alude a las discrepancias generadas entre los Estados durante la negociación que dieron lugar, a la postre, a la interpretación del precepto en la Observación General Primera del Comité.

Para la autora las diferencias sobre este controvertido artículo se centran en que el reconocimiento de la capacidad jurídica plena a las personas con discapacidad cognitiva choca con lo que denomina teoría estándar de los derechos humanos cimentada sobre la capacidad racional del ser humano. El artículo 12 CDPD, refleja un nuevo modelo teórico de derechos que cuestiona la preferencia de la racionalidad como justificación del especial valor y consideración moral que merecen los seres humanos.

También son objeto de análisis del capítulo los conceptos de igualdad y autonomía introducidos por la CDPD. Sobre este último destaca el hecho de que, en el caso de las personas con discapacidad cognitiva, la autonomía ha cedido siempre frente al principio de protección, justo al contrario de lo que ocurre con las demás personas. Frente a esto, propone reequilibrar el conflicto entre protección y autonomía reivindicando la dignidad del riesgo y el derecho de las personas con discapacidad a equivocarse. Pese a ello, CUENCA mantiene que la Convención no niega todo tipo de paternalismo, aunque entendido desde la doble vertiente del concepto de autonomía: una negativa, que supone el rechazo del Estado o de terceros en la esfera de poder de elección autónoma de la persona; y otra positiva, que reclama la intervención del Estado o de terceros para permitir o facilitar esa elección autónoma de la persona. Se trata de promover la autonomía y no de negarla o impedirla.

El epígrafe 4 se dedica a responder a diversas críticas que ha suscitado la Observación General Primera del Comité referidas principalmente a la insuficiencia del modelo de apoyos para la adecuada protección de los derechos de las personas con discapacidad, especialmente en aquellas situaciones donde las necesidades de apoyo son extraordinariamente intensas.

Sobre la reforma de la legislación española en materia de discapacidad, destaca que el Proyecto supone un avance sustancial en la adaptación de nuestra legislación al artículo 12 CDPD, pero, en su opinión queda todavía margen para la mejora en aspectos como: el reconocimiento expreso de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; la adición de una referencia a la accesibilidad y ajustes razonables; la

homogeneización de la terminología; o el cambio de ésta respecto a las figuras de apoyo, que mantienen la tradicional denominación aunque su contenido haya variado. También considera mejorable la regulación de la guarda de hecho o de las medidas voluntariamente otorgadas por la propia persona; pero, sobre todo, le preocupa la regulación de la curatela con facultades de representación, donde observa ciertos resquicios del sistema sustitutivo tradicional; y la posibilidad de que los apoyos puedan ser impuestos incluso en contra de la voluntad de la persona sin que se contemple su derecho a rechazarlos.

Los Capítulos III y IV de la obra se dedican a dos importantes reformas legislativas llevadas a cabo al margen del Proyecto que, por no afectar a la legislación civil, sino a derechos fundamentales, debieron tramitarse siguiendo el procedimiento reservado a la reforma de ley orgánica. Me refiero a las que afectaron al reconocimiento del derecho al voto y a la extinción del procedimiento que permitía la esterilización forzosa de las personas con discapacidad.

En el Capítulo III, el Catedrático LUÍS A. GÁLVEZ MUÑOZ explica de manera pormenorizada el proceso de reforma del derecho de sufragio de las personas con discapacidad culminado con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, al que obligaba principalmente el artículo 29 CDPD.

Nos sitúa primero en el contexto institucional internacional destacando el papel del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad en el impulso del reconocimiento del derecho por los Estados parte, a través de las observaciones efectuadas a los distintos informes periódicos presentados por estos, pero también, por medio de los Dictámenes dictados como consecuencia de distintas Comunicaciones interpuestas por personas con discapacidad privadas de ese derecho. En la misma línea y contexto destaca también las aportaciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

En cuanto al contexto nacional, el autor detalla el rol que han jugado históricamente en el reconocimiento del derecho órganos e instituciones como la Fiscalía General del Estado, la jurisdicción ordinaria, el Defensor del Pueblo o el Tribunal Constitucional.

A continuación, resume los antecedentes parlamentarios, así como las distintas iniciativas presentadas con carácter previo a la que dio lugar definitivamente a la reforma, presentada por la Asamblea de Madrid. Dedicar varios epígrafes a relatar la

tramitación ante las Cámaras, primero ante la Asamblea de Madrid, donde la iniciativa fue aprobada por unanimidad, y después, ante el Congreso de los Diputados y el Senado donde finalmente la tramitación parlamentaria culminó con la aprobación igualmente por unanimidad de la Ley Orgánica 2/2018, si bien en esta ocasión el exitoso resultado final no estuvo exento de discrepancias entre los partidos. El origen de la polémica se encuentra en una enmienda transaccional presentada por el grupo popular a una enmienda previamente interpuesta por el mismo grupo que había sido rechazada por todos los demás. Esta enmienda transaccional introducía una adición en el texto propuesto por la iniciativa presentada por la Asamblea de Madrid, consistente en la incorporación de la exigencia de que el voto fuese «consciente, libre y voluntario». Para algunos, este añadido generaba inseguridad jurídica y abría un resquicio a interpretaciones que conllevaba la limitación del derecho a las personas con discapacidad. Pese a ello, finalmente todos los grupos votaron a favor de la reforma con la inclusión de esta enmienda transaccional atendiendo los más reticentes a las peticiones realizadas por el Comité Español de Representantes de las Personas con Discapacidad (CERMI) en nombre de las propias personas con discapacidad que, ante el inminente proceso electoral, prefirieron garantizar su derecho al voto aun con el texto añadido.

Curiosamente el autor no hace referencia a las controvertidas Instrucciones de la Junta Electoral sobre aplicación de la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad: la Instrucción 5/2019, de 11 de marzo y la Instrucción 7/2019, de 18 de marzo, de la Junta Electoral Central, que, tras la negativa reacción provocada en el colectivo de la discapacidad por permitir a los presidentes de la mesa identificar a las personas con discapacidad que, según su criterio, no estuvieran emitiendo su foto de forma libre, voluntaria y consciente, da nueva redacción a la Instrucción 5/2019, retirando la alusión expresa a las personas con discapacidad, pero dejando al colectivo igualmente insatisfecho.

El Capítulo IV, titulado «Derecho Penal y Discapacidad a partir del nuevo paradigma de la Convención», aborda, en primer lugar, diferentes aspectos de las dos posiciones que la persona con discapacidad puede asumir respecto al delito en el ordenamiento jurídico español: la de sujeto activo y la de sujeto pasivo. Entre las interesantísimas cuestiones tratadas por los coautores del Capítulo, MARTA PANTALEÓN DÍAZ Y LEOPOLDO PUENTE RODRÍGUEZ, quisiera apenas citar las relativas, por un lado, al concepto de inimputabilidad y a las medidas de seguridad, en especial, el internamiento de la persona con discapacidad, cuando ésta se encuentra en la posición de sujeto activo. Por otro lado, querría referirme también a una de las reformas más reivindicadas

principalmente por las mujeres con discapacidad: la derogación del párrafo 2 del artículo 156 CP y de la disposición adicional primera de la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, que permitía la esterilización forzosa de las personas con discapacidad, situadas aquí como sujetos pasivo del delito, mediante la reciente Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzosa o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

Los autores dejan claro, respecto a la primera cuestión mencionada, que, en principio y, de conformidad con el artículo 12 CDPD, la discapacidad no conlleva la inimputabilidad, sino que para que esta se declare, deben confluir además otros requisitos que analizan detalladamente. En relación con este aspecto, se detienen también en la determinación de la responsabilidad penal y civil de la persona con discapacidad. Tras analizar brevemente los distintos modelos existentes en el Derecho comparado y en el español, llegan a la conclusión de que el Derecho penal español es compatible con la CDPD, concretamente con su artículo 12, que reconoce la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad «en todos los aspectos de su vida». En este punto, afirman que son tratadas por el ordenamiento penal en las mismas condiciones que los demás, ya que no será nunca su condición de discapacidad la que fundamente la declaración de inimputabilidad del sujeto, y con ello la posibilidad de imponerle una medida de seguridad que podría ser más perjudicial que la libre absolución que se podría acordar respecto a otro sujeto imputable que actuase en idénticas condiciones de exclusión de la responsabilidad que un inimputable, por ejemplo, por actuar en error de prohibición invencible, estado de necesidad exculpante o miedo insuperable.

En cuanto a la reclamada y aplaudida reforma llevada a cabo para erradicar la esterilización forzosa de las personas con discapacidad, PANTALEÓN DÍAZ Y LEOPOLDO PUENTE RODRÍGUEZ mantienen que para adecuar nuestro ordenamiento jurídico al artículo 23 CDPD, no era necesario derogar el párrafo 2º del artículo 156 CP ni la disposición adicional mencionada, sino que hubiera bastado con añadir al propio precepto que ninguna esterilización podría ser llevada a cabo sin el consentimiento de la persona concernida, suprimir la referencia a las situaciones de «grave conflicto entre bienes jurídicos protegidos» y reconducir el procedimiento a la jurisdicción voluntaria. De este modo, el precepto hubiera permitido una interpretación acorde que concibiera la nueva regulación no como una vía para esterilizar a quien no quisiera ser esterilizado, sino como un sistema de «apoyos y garantías» para quien quisiera serlo, pero precisase de apoyos para otorgar consentimiento en la intervención. La opción del legislador al suprimir el párrafo 2º del artículo 156 CP y la disposición adicional primera

no soluciona, a criterio de los autores, los problemas de compatibilizar la regulación española con el artículo 23 CDPD, sino que lo agrava, ya que excluye de la esterilización voluntaria a parte importante de las personas con discapacidad. Así lo ha advertido también quien aquí suscribe en ocasiones anteriores, al indicar que el párrafo 2 del artículo 155 CP niega toda validez al consentimiento prestado por las personas necesitadas de especial protección; es decir, niega *de facto* la voluntad de la persona con discapacidad necesitada de especial protección a efectos de decidir sobre su esterilización.

En el Capítulo V, «La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Derecho internacional privado», la profesora SALOMÉ ADROHER BIOSCA nos ilustra sobre la cuestión relativa a la regularización del Derecho internacional privado en el contexto de esta reforma. La cuestión es ciertamente relevante si se tiene en cuenta, por una parte, la importancia cada vez mayor de los movimientos migratorios y el aumento de la movilidad transfronteriza, especialmente de personas mayores que, deciden vivir su jubilación en nuestro país. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta también la variedad de modelos de protección de personas adultas vulnerables en el Derecho comparado, no todos ellos compatibles con la CDPD. La autora apunta muy certeramente a que la combinación de estos dos factores puede aumentar todavía más la vulnerabilidad de quienes precisan apoyos o tienen asignadas cualquier otra medida de protección, si éstas no son reconocidas en los demás Estados a los que se desplacen. Por ello, se expone sobre la problemática que supone la ausencia de una regulación supraestatal que regule esta materia y propone como solución, en tanto en cuanto esto no ocurra, que todos los Estados parte de la Unión Europea, España incluida, ratifiquen el Convenio de la Haya de 2000 sobre la protección de adultos, ya que la Unión Europea no tiene competencia para hacerlo como tal, pero sí para requerir a los Estados parte que lo hagan.

Aunque hay quien se opone a esta solución por entender que el Convenio de La Haya no es del todo compatible con la CDPD, ADROHER aporta diferentes razones a lo largo de su exposición para defender la necesidad urgente de proceder a dicha ratificación. Esas razones se aglutinan principalmente en torno a tres cuestiones: que la autonomía de la voluntad es un principio coincidente entre la CDPD y los objetivos del Consejo de Europa; que supondría un apoyo jurídico en el ejercicio de la capacidad y acceso a la justicia; y que permitiría la libertad internacional de desplazamientos al dar reconocimiento y continuidad a las medidas voluntarias o judiciales asignadas en su país a la persona con discapacidad que se desplaza.

Para finalizar, destaca la importancia de que esta ratificación se realice de forma simultánea a la aprobación del nuevo marco regulador civil en nuestro país, para que la incorporación de la CDPD sea realmente completa y no descuide a las personas adultas con discapacidad en el ejercicio de su libertad de movimiento.

En el Capítulo VII, MUNAR entra de lleno en el proceso de elaboración de la reforma de la legislación civil y procesal. Para ello, presenta unas «Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto», ilustrándonos sobre las vicisitudes hasta la versión definitiva del texto que precedió al actual Proyecto de ley, elaborado por la Comisión General de Codificación de la que forma parte, y sobre la filosofía de la propuesta finalmente redactada en línea con los principios de la CDPD, en la versión de su órgano de supervisión, el Comité. Respecto a esto último, cabe decir que tampoco duda en manifestar sus reticencias sobre algunos de los aspectos no incluidos en el Anteproyecto por no coincidir con la visión del Comité como, por ejemplo, el rechazo absoluto del principio de mejor o superior interés de las personas con discapacidad en determinadas situaciones extremas y con necesidades de apoyo especialmente intensas. No oculta tampoco MUNAR que las discrepancias y los debates fueron intensos en el propio seno de la Comisión General de Codificación.

El autor pone especial énfasis en destacar el papel protagonista de las personas con discapacidad tanto en la elaboración de la Convención como en la redacción del propio Anteproyecto de Ley.

A continuación, diserta sobre la desaparición de la figura de la tutela y sobre la polémica acerca del alcance que se ha de dar al criterio relativo a los deseos y preferencias de la persona con discapacidad; y es en este punto donde se muestra a favor de que entre en juego, en determinados casos, el criterio del interés. En concreto se refiere a los casos más extremos, a los que define como aquellos en los que «nos hallemos ante personas que, desde su nacimiento, se hallan en una situación en que no han podido manifestarlas». Ante estas situaciones, alude a un párrafo de la Exposición de Motivos del Proyecto incorporado en la fase final de su tramitación y que se refiere al «valor del cuidado», y a la obligación de que todas las personas con discapacidad sean tratadas con la atención que requiera su situación concreta. Para MUNAR, esta atención concreta es la que puede exigir que quien preste el apoyo actúe orientado por el que él entiende que es el interés de esa concreta persona con discapacidad, «de quien no es posible, ni lo ha sido antes, descubrir su voluntad o deseos». Llegados a este punto, no alcanzo a entender a qué interés se refiere exactamente el autor, si al interés superior objetivo; o al interés que, a criterio de quien le preste su apoyo, preferiría o elegiría esa concreta persona, de poder expresarse de modo comprensible

para los demás. A mi modo de ver, esto último es lo que ha buscado la Convención; éste es su espíritu; este es el paradigma de apoyo en la toma de decisiones que muy bien explicaba el representante del Caucus al Presidente del Comité Especial, al que se refiere también MUNAR en este capítulo; y así lo asume el Comité en su Observación General Primera al aclarar que el principio de superior interés objetivo no constituye ninguna salvaguardia para las personas con discapacidad. No me resisto en este punto a recordar lo que algunas organizaciones de personas con discapacidad han venido manifestando sobre esta cuestión. En concreto, la organización *Inclusion International*, que aglutina a personas con discapacidad intelectual y sus familias de 115 países de diferentes partes del mundo, defiende que «todas» las personas, sin excepción, tienen derecho a tomar decisiones y que las personas pueden tener una discapacidad grave y profunda, pero quienes están con ellos, comprenden sus deseos con claridad. Por lo tanto, no es posible afirmar que existen personas que no tienen voluntad. Partiendo de esta base, resulta posible apoyar a la persona en el sentido que obliga la Convención y entonces quienes sirvan de apoyo sí pueden decir cuál es el interés concreto de esa persona, entendido éste como interés elegido o preferido por ella y no como interés superior objetivo en el significado del paradigma médico tradicional.

Finaliza el autor su discurso exponiendo algunas de las modificaciones introducidas en la fase final de redacción del Proyecto, destacando las diferencias respecto al Anteproyecto predecesor, debidas, en algunos casos a las recomendaciones efectuadas durante la tramitación por organismos como el Consejo de Estado. Por último, cita alguno de los preceptos que presentan problemas de interpretación como, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 1263 CC, cuya redacción no parecía muy acorde con el espíritu de la Convención ni con el del propio Proyecto de Ley que, finalmente, ha sido suprimido durante la tramitación parlamentaria.

El «Régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del código civil» es tratado en el Capítulo VII por la profesora MONTSERRAT PEREÑA quien, se muestra muy crítica con la reforma al considerar, ya desde el inicio, que puede desembocar en lo que denomina una «deriva peligrosa que puede impregnar el Derecho de una ideología radical». La postura de PEREÑA se encuentra claramente en la línea de ALEMANY, ya que ambos tachan desde hace años la Observación General Primera de radical y, por ende, también califican así a las posturas que la hagan suya, incluida la reflejada en el propio preámbulo del Proyecto de Ley objeto de la reforma que aquí se comenta. Para PEREÑA, el Comité no interpreta, sino que dice lo que la Convención no dice y ejemplo de ello es el propio concepto de capacidad jurídica que, según aquél (y el Proyecto) engloba tanto la titularidad de derechos, como la capacidad de obrar. La profesora rebate con vehemencia este principio mayoritariamente aceptado e insiste en que el artículo 12 CDPD mantiene la tradicional distinción. En su opinión, la interpretación del Comité

responde a una opción de militancia política y no de técnica jurídica, cuyo postulado más peligroso es justamente la eliminación entre capacidad jurídica y de obrar. Además, considera que la eliminación del interés de la persona como estándar de intervención y actuación, sustituyéndolo por el único criterio de la voluntad y la abolición de cualquier medida que suponga la sustitución en la toma de decisiones, propugnadas por los defensores de esta interpretación en su versión más radical, ponen en riesgo el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad que precisan el apoyo. Al igual que ALEMANY, la autora omite o desconoce el contenido de los debates y participación de las personas con discapacidad durante todo el proceso negociador de la CDPD a la que el Proyecto se adapta.

Reconoce que los poderes preventivos están llamados a convertirse en una de las instituciones del nuevo sistema, porque vehiculan la voluntad, cuyo respeto se constituye en la reforma en el eje sobre el que todo debe girar, y esta es trasunto de la libertad. En este punto, la autora se posiciona nuevamente contra aquellos que, al igual que ALEMANY, sitúa dentro de «lo políticamente correcto», cuyos postulados conducen al «pensamiento único», que utilizan los poderes preventivos como armas contra quienes se salen de ese camino «políticamente correcto». Para ambos autores, los «políticamente correctos» defienden la libertad de la persona por encima de todo, desvinculada de su interés superior y, por ende, con el derecho a hacer todo lo que le dé la gana, incluso aunque le perjudique, so pretexto de defender su «derecho a equivocarse», convirtiendo, de este modo, sus derechos en *boomerangs* que se tornan y vuelven para hacerles daño. Insiste en que nuestro ordenamiento jurídico debe girar hacia un mayor respeto de la voluntad de la persona, pero sin caer en esa ideología neoliberal y manipuladora de los derechos fundamentales. De no hacerlo así, se pregunta, de qué sirve regular las medidas de apoyo si la persona, en uso de su libertad, puede rechazarlas y nadie imponérselas.

A partir de ahí, analiza la reforma tratando de dar respuesta, entre otras cuestiones, a la posibilidad de que los poderes preventivos puedan quedar sometidos a ciertos límites, si es que estos pueden imponerse; o a la de excluir toda autorización judicial; o la posibilidad de otorgar facultades de autocontratación aún existiendo conflictos de intereses, etc. Tras su lectura, encontraremos respuestas y averiguaremos la filosofía que inspira el proyecto para comprender mejor si convierte la libertad en el *boomerang* del que habla la autora o crea una estructura científica que permite y garantiza su pleno ejercicio a las personas con discapacidad, todo ello desde un análisis riguroso y crítico, cuyas conclusiones, sin duda, no todos compartirán.

En el Capítulo VIII, la profesora MARINA PÉREZ MONGE se encarga de exponer el tema de «La guarda de hecho a partir del nuevo paradigma de la Convención». Tras unos primeros apartados introductorios, esboza unas pinceladas en torno a la sistemática del Proyecto de ley que, a diferencia del actual Código Civil, ubica esta figura en el primer lugar entre las instituciones de apoyo. La autora explica el nuevo contenido y significado de la nueva guarda de hecho, que deberá funcionar siempre que exista como medida de apoyo y resulte suficiente, y quien la ejerza deberá hacerlo respetando también la voluntad, deseos y preferencias de aquella a quien presten apoyo.

Se hace eco también de la discusión doctrinal acerca de su carácter transitorio o estable, advirtiendo cierta inseguridad jurídica en la regulación actual, pero sin dejar clara su postura al respecto; sin embargo, reconoce abiertamente el carácter estable de la guarda de hecho en los proyectados artículos 265 y 267 CC del Anteproyecto. Dedicar un epígrafe a aspectos como la constatación, acreditación y publicidad, exponiendo la dificultad de justificar el cargo de guardador de hecho y las diversas soluciones aportadas por la doctrina para ello; y otro a las medidas judiciales de control del guardador. Además, se refiere a los actos que puede realizar el guardador, su eficacia, impugnación y responsabilidad, mostrando diferencias de redacción y concepto entre el Proyecto y el Anteproyecto, así como discusiones doctrinales y soluciones propuestas sobre este tema. Por último, se refiere a los derechos reconocidos al guardador en la reforma.

Finaliza su exposición con dos epígrafes dedicados, por un lado, a los actos realizados por la persona bajo guarda, destacando que en el Proyecto se ha suprimido la legitimación de quien presta el apoyo para poder impugnar los realizados por aquella - previsión que sí contemplaba en Anteproyecto advirtiendo de que, si bien, esto es coherente con el espíritu de la reforma, se puede volver en contra de la persona provista de guarda, lo cual recuerda al efecto *boomerang* del que hablaba PEREÑA. En este sentido, debemos matizar que, en un momento posterior de la tramitación parlamentaria, se ha vuelto a introducir la legitimación del guardador cuando hubiera habido mala fe en la otra parte contratante. Por último, enumera las causas de extinción de la nueva guarda de hecho y cierra su exposición con un apartado de conclusiones.

El siguiente capítulo se dedica a la «Curatela y Asistencia», encargándose de su exposición la Catedrática de Derecho Civil INMACULADA VIVAS TESÓN para quien, la iniciativa legislativa no resulta tan novedosa como otras que encontramos en el Derecho comparado, por ejemplo, la adoptada en países como Alemania o Portugal que han roto con las tradicionales figuras y han creado una única nueva, cuya

traducción al español puede ser la de «asistencia», afirmación con la que respetuosamente discrepo, pues considero que, a pesar de los cambios introducidos, ninguno de los dos países ha roto, a día de hoy, con el tradicional sistema sustitutivo de la voluntad, lo que ha merecido el reproche del Comité. En el caso de Alemania, por ejemplo, el propio Estado reconocía en sus respuestas al listado de cuestiones previas remitidas al órgano supervisor en el año 2019 (CRPD/C/DEU/2-3), que aunque se había producido un descenso de un 2,3% en el número de tutelas respecto al año anterior, en el año 2015 todavía se encontraban bajo tutela 1.276.538 personas (CRPD/C/DEU/2-3, párr.121); además, según informaba, el propio Tribunal Constitucional Federal avala la adopción de medidas sustitutivas de la voluntad en ciertos casos, motivo por el que el Gobierno Federal continúa manteniendo que este sistema no es incompatible con la CDPD e informando de que no hay planes para abolir todas las formas de decisión sustitutivas (CRPD/C/DEU/2-3, párr.120), pese a que el propio Comité mostraba su preocupación al respecto en las Observaciones generales formuladas al Estado alemán en relación con el Informe inicial periódico presentado en el año 2014 y le recomendaba que eliminase todas las formas de sustitución de la voluntad (CRPD/C/DEU/CO/1, párrs. 25-26). En cuanto a la figura del «acompanhamento» portuguesa introducida por la Lei nº 49/2018, de 14 de agosto, Cria o régimen jurídico do maior acompanhado, en realidad, como ha reconocido una buena parte de la doctrina y las instituciones del país vecino, no supone más que un mero cambio terminológico pues, en realidad, la figura no consiste solo en el mero acompañamiento o asistencia interesado por la persona de forma voluntaria, sino que puede ser acordado a instancia de terceros ajenos e impuesto judicialmente incluso en contra de la voluntad de la persona acompañada, lo cual, significa que el cambio terminológico no ha supuesto un cambio normativo real, ni por supuesto ha ido acompañado de una práctica adaptada al modelo convencional.

Según esta autora, España, opta por mantener el sistema tradicional de modificación de la capacidad, aunque con algunas modificaciones, cambiando su denominación por la de «provisión de apoyos», afirmación con la que muchos, entre los que también nos encontramos, no estarán de acuerdo. En efecto, una lectura detenida de la reforma muestra que, a pesar del mantenimiento de las denominaciones clásicas de curador, guardador de hecho o defensor judicial, su contenido cambia sustancialmente con la reforma, ya que en el sistema tradicional estas figuras se conciben como sustitutos o complementos de la persona con discapacidad, a la que se limita o niega su capacidad jurídica, mientras que, tras la reforma, se concebirán como apoyos para que la persona pueda ejercitar su capacidad jurídica, ahora plenamente reconocida.

A pesar de ello, VIVAS TESÓN considera que la reforma planteada se adapta a la Convención, aunque mantiene algunas trazas de la regulación de 1983. Critica duramente el procedimiento contencioso «de banquillo», con demandante y demandado, que mantiene la reforma, por considerarlo contrario a la dignidad de la persona concernida y ser una continuidad del procedimiento actual.

Dicho lo anterior, expone los rasgos principales que definen el régimen jurídico y los principios rectores de la nueva curatela, de la que destaca, en primer lugar, que se enmarca en el nuevo sistema de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona. De forma muy gráfica, explica que el curador ha de limitarse a ser el intérprete de la partitura creada por la persona que apoya, evitando crear una canción nueva, esto es, sin suplantar su voluntad, sus creencias, anhelos, aspiraciones vitales, también cuando le han sido atribuidas funciones de representación ya que, con carácter general, será meramente asistencial. En concordancia con esto, valora la prevalencia absoluta de las medidas preventivas o voluntarias proyectadas sobre las judicialmente adoptadas como algo muy positivo. De igual modo califica la temporalidad de la medida, advirtiendo del problema interpretativo que plantea el nuevo artículo 761 LEC respecto a la vigencia *ope legis* llegado el plazo máximo de revisión. Continúa ilustrando al lector acerca de aspectos como el nombramiento del curador, el ejercicio de la curatela, su extinción y su régimen transitorio y finaliza con un epígrafe aparte dedicado a la asistencia, figura ausente en la reforma.

La obra se cierra con el Capítulo X, con unas «Breves notas sobre la reforma del proceso de protección de personas con discapacidad en el Proyecto de ley por la que se reforma el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Discapacidad», presentadas por el Fiscal Coordinador de Civil y Protección de Personas con Discapacidad, CRISTÓBAL F. FÁBREGA RUIZ. Tras unas cuestiones generales y contextuales, el autor dedica un apartado a exponer las razones que justifican la necesidad de un cambio procedimental y de introducir ajustes en el procedimiento. Sobre este último aspecto, muestra su sorpresa ante el hecho de que el texto inicial del Anteproyecto no incluyese referencia alguna al importante concepto de «ajustes de procedimiento», sino que ésta apareció en versiones posteriores del texto original que incluyeron un nuevo artículo 7 bis en la LEC, donde obligaba a incluir la realización de «adaptaciones y flexibilizaciones necesarias» para garantizar la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, regulación demasiado parca, a criterio del autor. También destaca la evolución en la redacción del Anteproyecto, en cuanto al procedimiento principal de provisión de apoyos; al principio sería el contencioso para pasar a ser, en las últimas versiones, el expediente de jurisdicción voluntaria, mucho más acorde con el espíritu de la Convención.

A continuación, FÁBREGA se detiene en analizar sucintamente algunos aspectos del nuevo procedimiento de provisión de apoyos como la competencia territorial, que establece la excepción de la regla de la perpetuación de la jurisdicción civil, típica del proceso civil, lo que ya venía siendo práctica judicial; el incidente de modificación de medidas de apoyo judicialmente adoptadas, destacando, al igual que VIVAS TESÓN, los problemas de aplicación que presenta el artículo 761 LEC proyectado; la intervención del Ministerio Fiscal, que ha sido objeto de crítica por algún sector; los distintos tipos de procedimientos de provisión de apoyos, principalmente el expediente de jurisdicción voluntaria; las personas legitimadas; los trámites del procedimiento, donde el autor reivindica la necesidad de aplicar ajustes razonables como la realización de las resoluciones en formato de lectura fácil, facilitadores u otras de carácter ambiental; la prueba y las pericias con las que puede contar el juez, que no serán exclusivamente médicas, sino que dará lugar a una especie de mesa redonda sobre la que podrá apoyarse para dictar sus resoluciones; la adopción y duración de las medidas cautelares; y la resolución del procedimiento.

Cierra su exposición con un subepígrafe dedicado a la disposición transitoria para revisar las medidas ya acordadas, mostrando su preocupación ante las dificultades organizativas que supondrán para los tribunales la aplicación de las medidas transitorias.

En definitiva, nos encontramos ante una monografía que resulta muy completa al permitir al lector conocer, por un lado, los aspectos más relevantes de la necesaria reforma de la legislación civil en materia de discapacidad desde diferentes ángulos del Derecho y, por otro lado, las enormes discrepancias doctrinales que, ya antes de su aprobación, suscita la nueva regulación.

En esencia, estas diferencias se sitúan en polos claramente antagónicos: en uno de ellos, los que continúan manteniendo una visión capacitista de la discapacidad y defienden el modelo médico-rehabilitador aunque muestren su conformidad por otorgar mayor protagonismos a la voluntad de la persona, pero siempre que esa voluntad pueda ser, en ciertos casos, «controlada»; en el otro, quienes abiertamente defienden el modelo social donde prime la voluntad y la libertad de la persona por encima de todo, en línea con los postulados del Comité.

Los capítulos autónomos e independientes entre sí guardan, sin embargo, perfecta coherencia con el título de la monografía y su lectura, a pesar del carácter técnico de la

obra, resulta sencilla y apta para el público en general que, sin duda, al pasar la última de sus 321 páginas se quedará con ganas de más.

Por todo ello, no puedo más que dejar de recomendar su lectura. Estoy segura de que la disfrutarán y les hará reflexionar.

Fecha de recepción: 19.04.2021

Fecha de aceptación: 18.05.2021