

LOS APOYOS A LA CAPACIDAD JURÍDICA DE OBRAR DE TODAS LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Carlos Marín Calero

*Padre de una persona con síndrome de Down, asesor jurídico de Down
España y notario de Gandía (España).*

1. PANORAMA PREVIO:

Los juristas especializados en el ámbito del llamado Derecho Privado, como ciudadanos informados que somos, sabemos que, desde hace años, se dictan por todo el mundo, en el Derecho Internacional y en los ordenamientos nacionales, normas destinadas a crear, reconocer, defender y promocionar derechos y competencias de personas pertenecientes a colectivos desfavorecidos. Y existe la conciencia probablemente aceptada y compartida por la gente de bien (y los juristas privados seguramente pertenecemos a esa categoría) de que el Derecho intenta beneficiar a todas esas personas, y que debe hacerlo.

Sin embargo y en cierto sentido, ese discurso se considera totalmente ajeno al mundo propio del Derecho Privado, en el que, desde sus orígenes, se ha levantado una impenetrable barrera que aleja a ciertas personas de sus propios asuntos económicos, de sus negocios en general, incluyendo su testamento, su matrimonio, la adopción, etc. En un cierto sentido, digo, y añadido: “por su bien”; porque el Derecho no hace nada sin una buena razón.

En el Derecho privado y en el sentido gramatical del término, las personas con discapacidad intelectual no son sujetos pero sí objeto de las relaciones jurídicas: el Derecho Privado se propone protegerlas y cuidar de ellas; pero apartándolas cuidadosamente de sí. Al clásico modo de la Ilustración, “todo por ellas pero desde luego sin ellas”.

En realidad, la mayor parte de las normas destinadas a implantar una cultura de igualdad de oportunidades no se ha tenido que enfrentar a previas prohibiciones; no han necesitado tanto derogar normas como crear otras nuevas, destinadas a invertir prácticas sociales injustas o erróneas. No había leyes que le dijeran al empresario que no puede contratar a una mujer con preferencia a un hombre o a un negro con preferencia a un blanco, o que aquellos tienen que cobrar menos salario por igual trabajo; no había normas que prohibieran a las personas en silla de ruedas usar el transporte público, etc. Sin embargo, si las hay y muy meticulosas para impedir a las personas que no tienen “plena capacidad” (otra manera clásica de denominar en Derecho Privado a los que tienen discapacidad) que realicen por sí toda clase de actos y negocios jurídicos; ni siquiera se ha conformado este Derecho con dar una instrucción general sino que, muy atento a conseguir su objetivo, la repite a cada paso.

2. EL CATACLISMO DE LA CONVENCION

Y, a todo esto, una norma de muy alto rango, la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, firmada el año 2006 (que yo citaré aquí simplemente como “la Convención”), dice algo tan sencillo y revolucionario como que “*las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*”.

Probablemente, la anécdota más conocida y más repetida en la literatura científica sobre esa Convención es la relativa a la fugaz inclusión en ella de una insólita nota a pie de página, por la

que ciertos países quisieron dejar claro que ellos no iban a incluir en la expresión “capacidad jurídica” otra cosa que la de ostentar derechos y nunca la capacidad de obrar. Retirada la reserva de la versión final del texto, fue pacífico que todos los Estados y todos los sistemas jurídicos del mundo y todos y cada uno de sus ordenamientos se ponían manos a la obra para adaptar sus ahora discriminatorios dictados al nuevo derecho reconocido a las personas con discapacidad, y un derecho reconocido nada menos que con la categoría de “humano”.

E inmediatamente empezó la controversia: “¿que podrán hacer qué?”, “no será toda clase de contratos; ¿sobre inmuebles, también?”, “imposible”; y, sobre todo, “¿quiénes?, ¿todos?, seguro que todos no”; “¿todas las personas incapaces? ¿Las judicialmente incapacitadas también?; ¿y los dementes?, ¿y los que están en coma?, ¿y...?”.

Cualquier jurista sabe que una norma de Derecho Privado es poco más que una invitación al debate. Que cada ley, cada artículo, cada párrafo... cuenta con una amplísima dotación de las auténticas joyas del trabajo jurídico: las interpretaciones.

El Tribunal Supremo español, en sentencia de abril de 2009, ya ha avanzado una bastante sencilla: que España no necesita de la Convención; no en esta materia. Que, en el Derecho Privado español, hace ya muchos años que aplicamos un régimen más adecuado, más justo y más beneficioso para las personas con discapacidad intelectual que el de la propia Convención. ¡Y desde 1948, nada menos! ¿Para qué perder el tiempo hablándole a tal alto organismo del cambio de modelo, del meramente asistencial y protector –sustitutivo, en fin- al médico y rehabilitador –al menos, integrador-, y de éste al social; o de los modelos de calidad de vida, de la promoción de la autonomía personal o del paradigma de los apoyos?, cosas todas ellas que el mundo predica para la discapacidad desde hace no más de treinta años e incluso algunas no más de diez. Todas han llegado demasiado tarde para España; aquí, ya lo hacíamos, y además de modo teóricamente inmejorable. Según ha decidido, sin apelación posible, nuestro Más Alto Tribunal.

3. UN INTENTO DE SOLUCIÓN:

Una forma de contribuir a la solución de este problema puede estar en enzarzarse en ese debate de argumentos “interpretativos”, pues también los demás, como buenos juristas, disponemos de una inagotable batería de explicaciones razonables. Pero lo cierto es que yo intenté otra. Me dirigí a un grupo de preclaros y experimentados juristas y mejores amigos y le pedí que trabajáramos juntos en un proyecto; un grupo de fiscales especializados en la discapacidad, de dirigentes de organizaciones del llamado tercer sector, de profesores de universidad que han estudiado estos asuntos y, en su mayor parte, de notarios como yo, pero que, a diferencia de mí, no tienen una implicación personal en el asunto (una perspectiva digamos “independiente” que me interesaba muchísimo aportar).

Y les propuse que aceptaran acriticamente partir de una hipótesis: que cuando la Convención dice que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica” -las personas, todas ellas-, lo que está queriendo decir es que **todas** las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica. “Una hipótesis atrevida, ya me doy cuenta, y ya rechazada por nuestras más altas instancias judiciales, lo sé, pero tampoco absurda de por sí”, les dije.

Con ello, pretendía varias cosas: la primera, abrir una fisura en un viejo tabú: acostumar a juristas profesionales a hablar de las personas con discapacidad (de ellas, no de sus intereses) en el ámbito de su profesión, porque habitualmente no lo hacen, ni las tratan físicamente tampoco; las personas con discapacidad no suelen ir a los despachos jurídicos y, cuando van, la

principal preocupación del profesional es estar atento para detectar la falta de capacidad plena, para no dejarse engañar por una falsa apariencia de pleno conocimiento. Para, una vez comprobado o siquiera sospechado que la persona puede tener una discapacidad intelectual, inmediatamente cesar en su actividad profesional e impedirle que continúe actuando jurídicamente. Conforme a la ley, claro, en defensa de sus intereses y por “por su bien”, por supuesto. Y porque así lo ordena tajantemente la ley, que además hace inútiles sus esfuerzos, puesto que declarará nulos *a posteriori* los actos que hayan podido escapar a la vigilancia.

El segundo objetivo era atender al aspecto técnico-jurídico del problema. Es decir, si realmente las personas con discapacidad intelectual, todas, han de actuar jurídicamente, ejerciendo por sí mismas su capacidad de obrar, ¿cómo debe ser eso?, ¿qué precauciones deben tomarse?, ¿qué consecuencias habrá, en Derecho?, ¿qué debe ocurrir antes, qué, después? Por un lado, todas las actuaciones jurídicas personales están regladas, ninguna persona actúa enteramente a su arbitrio, ¿por qué no iba a haber reglas para la actuación de las personas con discapacidad y por qué no buscar las que mejor se adecuen a sus características y sus necesidades? Por otro, ¿acaso no es posible hacer eso sin perjudicar sus derechos humanos y con pleno respeto de la Convención? En fin, porque la Convención plantea y exige a los Estados retos y obligaciones en relación con la actividad negocial de las personas con discapacidad, como veremos; y todo ello requiere de un análisis técnico.

La tercera finalidad que perseguía era la de dar tiempo a que abordaran el problema y sus soluciones otras personas, otras instancias, otras sensibilidades, distintas de las que están enquistadas en los espacios iusprivatistas profesionales. Pretendía esperar al resultado del debate social y de los compromisos políticos; al producto de la actividad reivindicativa de las familias y organizaciones representativas de la discapacidad. Estoy convencido de que la batalla por el reconocimiento efectivo de la capacidad jurídica de obrar por parte de las personas con discapacidad no se ganará (ni se perderá del todo) en las Cortes Supremas ni en las Facultades de Derecho. Por muchas razones, empezando por la más simple: porque la inclusión social, la normalización de vida, el cambio en las conciencias y la remoción de obstáculos a la plena integración social, que a los juristas del Derecho Privado se les antoja misteriosa o directamente inviable, es la rutina habitual de los ministerios y servicios sociales de cualquier país. Aunque la Convención no ha tenido empacho en declarar una verdad tan hiriente como que *“las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo”* (aunque a algunos excelsos tribunales les moleste la reprimenda), lo cierto es que, en la mayoría de las sociedades y en la mayoría de los ordenamientos, los principios no se discuten y, aunque los avances sean lentos e insatisfactorios y dependientes de la exasperante falta de recursos económicos, los objetivos finales están claros en otras áreas; ¿por qué no ha de llegar el día en que también haya consenso en ésta?

Pero, si esos círculos sociales y las propias personas y asociaciones implicadas tienen más hábito, más capacidad y más recursos mentales para abordar satisfactoriamente la solución del reto a que me estoy refiriendo, también es cierto que hay aspectos que son meramente técnicos. Por debajo de las ideas, hay un espacio para la “ingeniería” jurídica, para el “trabajo de campo”. Y esa era la parte que pedía a mis colegas que hiciéramos. Porque me preocupa enormemente que se piense por parte de los políticos que han de aprobar las leyes necesarias para aplicar la Convención que tal cosa no es posible; que a ellos “les gustaría ser respetuosos

con la Convención y llevarla a sus últimas consecuencias, pero...”; que “los *técnicos* les dicen que no puede ser, que, al menos, no por ahora”; “que un sistema que lleva tres mil años en vigor no puede ser transformado radicalmente de la noche a la mañana; que hay que ser prudentes, que merece la pena ir despacio y avanzar cautelosamente. Que, por más decididos que estemos a llegar, hace falta tender los puentes hasta el punto de destino y que eso llevará su tiempo (quizá una generación)”.

También se ha dicho que, desgraciadamente, hay algunas clases de discapacidad en las que levantar la prohibición legal de actuar sería irresponsable y muy peligroso. Se mencionan los casos de inconsciencia (estados de coma) o de demencia completa (enfermedad de alzheimer muy avanzada) y, conviniendo en que tales personas no pueden realizar por sí mismas ningún acto voluntario, se extraen dos consecuencias distintas: algunos, exigen que la solución sea, digamos, “democrática”, pues lo contrario sería discriminatorio con los más débiles; y como es el caso que algunos *discapacitados* (muchos autores suelen evitar el que les parece innecesario circunloquio de “persona con discapacidad”, y prefieren hablar de discapacitado o incluso de incapaz), no pueden ejercer sus derechos por sí, entienden que lo adecuado es impedirlo por ley a todos. Otros plantean la continuidad del mecanismo de la actuación sustitutiva o vicaria solamente en esos casos más extremos de discapacidad, por imperiosa necesidad, y admiten o recomiendan aplicar el sistema de apoyos en los demás casos.

Respetándolas, no me parece adecuada ninguna de esas propuestas; y la primera me parece además radicalmente injusta. Todos los procesos históricos de superación de injusticias sociales con colectivos humanos, como los de supresión de la esclavitud, los de integración racial, los de igualdad de la mujer, etc., se han caracterizado por una serie de notas comunes; no pretendo citarlas todas aquí pero sí algunas: siempre había un motivo cultural y científico que dotaba de complacencia y de autoridad, respectivamente, a la situación discriminatoria (Aristóteles y destacados profesores de universidad de Europa y Estados Unidos, según la época, han defendido la moralidad y la justificación genética de la esclavitud y de la discriminación racial); siempre se ha propuesto hacer alguna distinción interior dentro el colectivo (la postergación de los derechos de la mujer se redujo en un cierto momento al ámbito de la mujer casada –y allí se conserva aún en muchos países–); siempre ha habido voces que aconsejaban avanzar despacio en las reformas, para conservar la paz social, para dejar que la sociedad se acostumbre, empezando por las propias personas discriminadas, para arrinconar a quienes proponen reformas demasiados radicales e irreflexivas; y, lo más importante, siempre, siempre, una vez que la realidad social ha sido, por fortuna, invertida y la medida igualadora ha sido implantada, han desaparecido radicalmente de la escena los partidarios del régimen anterior y nadie parece echar de menos la realidad ya superada.

Y la pregunta es: ¿Qué derecho tiene nadie a imponerles a las personas con discapacidad un retraso en el ejercicio de sus derechos humanos? ¿Quién o qué justifica cada día que están ya perdiendo? Pues lo cierto es que sólo lo justifica su debilidad intelectual, su dificultad para defenderse por sí mismas. Sólo así ha podido prosperar la sensación que muchos tienen de que las personas con discapacidad intelectual no echan de menos sus propias vidas y prefieren que otros se ocupen de sus asuntos, “porque lo saben hacer mejor que ellas mismas”.

Se ha dicho que uno de los mayores méritos de la Convención es que en su redacción, desde el primer momento, se dio voz y voto a las propias personas con discapacidad, con su proclama de “*nada sobre nosotros sin nosotros*”. Pero eso no fue así para las personas con discapacidad intelectual; ellas no intervinieron en la redacción de la Convención ni lo están haciendo en su

implantación. Lo contrario de la discapacidad intelectual, no nos engañemos, es la plena capacidad intelectual, se tenga o no otro tipo de discapacidad. Las personas con discapacidad intelectual sin duda agradecerán que esas influyentes personalidades con discapacidad física o sensorial, a las que se reconoce un indiscutible liderazgo mundial en la implantación de la Convención, ejerzan todo su poder social para conseguir la plena eficacia de la Convención, de “su” Convención, también respecto de todos los derechos de todas las personas con discapacidad intelectual.

4. NUESTRA PROPUESTA:

Además de multitud de reflexiones, sociales, jurídicas y políticas, nuestro trabajo se ha traducido y concretado en tres textos: el primero es una especie de ley de bases, en diecisiete artículos; el segundo, un conjunto de cinco artículos destinadas a regular la publicidad registral de las situación personal de discapacidad y la existencia de apoyos obligatorios (ya se explicará el sentido de esta obligatoriedad); y, por último, el tercer texto es una lista ejemplificativa de lo que hemos llamado indicadores de abusos a personas con discapacidad. Los tres textos son propiamente jurídicos, se complementan entre sí y prevén una aplicación conjunta.

(Por lo demás y con carácter previo, debo aclarar que, si bien los textos están consensuadas por todo el grupo de trabajo, la exposición y el análisis que he hecho hasta ahora y el que seguiré, en estas líneas, es de mi exclusiva responsabilidad.)

Los apoyos a la capacidad de obrar: el primer texto, el más extenso, es una ley de bases, para que pueda ser utilizada tanto de punto de partida en la reforma de leyes civiles ya existentes, como el Código Civil español, como constituir una ley independiente, que prevalezca a toda regulación civil previa; siendo evidente que lo más operativo sería lo segundo, por esa realidad que al principio comentaba de que son muchas y muy dispersas las ocasiones en que el legislador ha menudeado la prohibición expresa de actuar jurídicamente a las personas con discapacidad. (De hecho, importantes normas civiles actuales, en trance todavía de anteproyecto, como por ejemplo el relativo a una ley sucesoria de la española comunidad autónoma valenciana, siguen ancladas en la realidad conceptual y jurídica anterior a la Convención, incluso, muy anterior al propio Código Civil). Es por lo tanto un texto que ha pretendido utilizar únicamente herramientas básicas de nuestra tradición jurídica común, sucesora del Derecho Romano.

Comienza, en sus tres primeros artículos, por hacer un reconocimiento expreso, voluntariamente redundante, de la plenitud de derechos jurídico-privados de la persona con discapacidad. Trata de despejar cualquier duda interpretativa y de atajar, incluso con un régimen transitorio específico, cualquier situación actual de desconocimiento o vulneración del derecho de todas las personas con discapacidad a ejercer por sí mismas su capacidad de obrar, con los apoyos precisos y en igualdad de condiciones a los demás. Así, prohíbe -a cualquier autoridad- incapacitar a una persona mayor de edad, y anula y desactiva cualquier tutela existente. Contempla (en realidad, exige) la existencia de apoyos para tal ejercicio propio, incluso de apoyos obligatorios, pero desanuda de ellos la representación legal o la actuación sustitutiva de la persona con discapacidad.

La delimitación del colectivo afectado plantea el problema de que la discapacidad no incluye a las personas en situación de dependencia. Algunas de ellas, generalmente de edad proveya, sin tener propiamente una discapacidad ni intelectual ni física, tienen en el ámbito contractual y patrimonial problemas muy semejantes a los que sufren las personas con discapacidad.

(Personalmente, soy partidario de extender todo el régimen jurídico que proponemos a esas personas, y alguna mención hay al respecto en nuestra propuesta, pero demasiado complicado parece ya el intento de hacerla prevalecer en un ámbito directamente amparado por la Convención como para abrir de inicio ese otro flanco.)

Continúa el primer texto, en su artículo 5, regulando la situación personal de las personas con discapacidad menores de edad, que evidentemente podrán estar sujetas a tutela, puesto que el derecho reconocido por la Convención es *“en igualdad de condiciones con las demás”*, de modo que los menores con discapacidad, al igual que los que no la tienen, estarán sometidos a patria potestad o tutela. De todos modos, se aprovecha para introducir también en esas instituciones principios básicos y objetivos de vida de los niños con discapacidad, en línea con el articulado todo de la Convención.

Complementariamente a lo anterior, se regula en la artículo 6, la situación de convivencia personal de la persona con discapacidad mayor de edad, de modo que prevalezca su interés superior y el ejercicio de todos sus derechos y legítimas expectativas. Siguiendo a la Convención, se declara expresamente el derecho de la persona con discapacidad a elegir su lugar de residencia, dónde y con quién vivir, su derecho a no ser separado de su propia familia, especialmente de su cónyuge e hijos menores, su derecho a mantener su fertilidad y la obligación de todos de procurarle un modo de vida que garantice que no se limitará la consecución plena de sus derechos.

Los artículos 7 y 9 (con sus necesarios correlatos en todo el resto de la propuesta) son un intento de regulación, sucinta pero intensa, del mecanismo de los apoyos al ejercicio de la capacidad de obrar. Sin una adecuada inteligencia de este mecanismo, todo el proceso se hace realmente inviable, pero por otro lado es inevitable una dimensión práctica, minuciosa y detallada, incluso casuística, del modo en que todos, empezando por los funcionarios públicos y demás profesionales jurídicos, debemos emprender una experiencia que desborda por completo toda nuestra tradición y nuestros *“tics”* operacionales. Sin embargo, el lugar de una regulación como esa no puede estar en la ley, sino que requerirá protocolos y manuales de buenas prácticas, que deberán permanecer en permanente revisión, durante muchos años. (En este sentido, he tenido también la ocasión de participar en otro grupo de trabajo, formado alrededor de la fundación Aequitas, que ha elaborado propuestas concretas de tales protocolos, que aparecen referenciados al final.)

Todo el conjunto de textos de nuestra propuesta se basa en el llamado paradigma de los apoyos, que pensamos, como muchos autores, que es el que sustenta los mandatos de la Convención. Nuestra idea, completamente contraria a la práctica jurídica actual, no es la de comprobar qué puede hacer por sí sola la persona con discapacidad, sin influencias externas, y entonces permitirle que lo haga (¿qué sería lo contrario, comprobar que puede hacerlo bien y entonces prohibírselo?), sino averiguar qué no sabe hacer, en qué se suele equivocar y de qué modo puede perjudicarse, y entonces enseñarle a hacerlo, corregir sus errores, ir retirando progresivamente la vigilancia y el apoyo directo, impulsarla a que ejerza su autonomía aunque se equivoque, calculando el riesgo y procurando que no exceda del beneficio de su integración social, aunque desde luego nunca al precio de quitarle el protagonismo de su propia vida.

(Nótese que, en el fondo, este designio no supera el modelo rehabilitador o integrador, y que desde luego no es propio del llamado modelo social de la discapacidad. No entraré a discutir esta peliaguda cuestión, pero llama la atención que, incluso así de limitado, se considere una propuesta excesiva, fantasiosa, visionaria y peligrosa.)

El régimen de apoyos que proponemos se configura pues con las notas de: a) Ser un derecho, que la persona con discapacidad puede exigir de la sociedad en general y del Estado en particular; b) Ser, por regla general, voluntario, de modo que la persona con discapacidad podrá elegir libremente a la persona que se lo preste, y sólo le podrá ser impuesto como obligatorio y por persona determinada cuando así lo ordene el juez competente y en circunstancias excepcionales, sin que ningún funcionario particular pueda imponerlo de facto, por su personal apreciación; c) Poder extenderse al ámbito psicológico, a la propia formación de la voluntad. Este es sin duda el punto fundamental de toda la propuesta y el más difícil de “digerir” para un jurista al uso, pero, sin él, es ilusorio pensar en un apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica de obrar, por lo que este punto de vista necesitará ser defendido e impuesto, por la fuerza de la ley, a quienes lo contradigan. d) Complementariamente a lo anterior, el apoyo debe ser suficiente y real; y no lo será cuando la persona con discapacidad, incluso con él, no llegue a alcanzar una comprensión suficiente del acto que realiza; no se puede apoyar ni aceptar una manifestación de voluntad desconectada con la realidad, caprichosa, errática o contradictoria; menos aún, el mero silencio o incluso la ausencia de la persona con discapacidad. En tales casos, la persona con discapacidad no actúa realmente, y los actos que le interesen los realizarán terceros, como veremos, pero no en su nombre ni representación, sino en su interés, en una especie de gestión de negocios ajenos, precedida de la oportuna autorización judicial. e) El régimen de apoyos voluntarios, o sea, el ordinario, es confiado, parte del derecho que la Convención atribuye a los familiares de la persona con discapacidad de contribuir a que éstas gocen de sus derechos, en este caso, de los jurídico-privados; no se sustenta pues, como excesivamente se ha hecho en la práctica legal y judicial, en la sospecha generalizada, pero sí es vigilante; como ordena expresamente el artículo 12 de la Convención, tratará de impedir los abusos, la influencia indebida, el conflicto de intereses y el expolio de los bienes. Además, proponemos que vaya acompañado de la corresponsabilidad patrimonial de la persona que presta el apoyo. f) Por último –y en contraposición con la primera nota indicada-, entendemos que, en ciertas circunstancias, debe ser obligatorio.

No puede negarse el carácter discriminatorio de esta medida y quizá –ojalá– llegue un día en que una nueva convención venga a prohibirlo; pero parece claro que hoy por hoy la Convención no sólo permite sino que expresamente regula este apoyo obligatorio, bajo la denominación de “*salvuardas*”. Se regula en el artículo 9 de nuestra propuesta y, para entenderlo, probablemente conviene empezar por decir lo que no es. Algunos juristas, al conocer nuestra propuesta han pensado que los apoyos deben ser obligatorios y tanto más obligatorios cuanto mayor sea la discapacidad intelectual, cuanto menor sea, por tanto, la capacidad de la persona para controlar, por sí sola, sus asuntos económicos. Que es como decir que el derecho a que se le eliminen barreras arquitectónicas para poder trabajar o para acceder al transporte público es mayor en el parapléjico, que al fin y al cabo puede dirigir su silla de ruedas, que en el tetrapléjico, que lo tendrá más difícil. En realidad, a quienes piensan así, lo que les interesa de los apoyos obligatorios es su naturaleza judicial y la seguridad de que estarán presentes, en el mejor remedo posible de la clásica y confiable tutela, que no querrían ver desaparecer, bajo ningún concepto. En nuestra propuesta, el escenario es justamente el contrario; el apoyo es obligatorio precisamente porque está dirigido a violentar la voluntad de la persona con discapacidad, que querría y sabría realizar el acto sin él, pero que se ha comprobado que no debería hacerlo, porque acostumbra a perjudicarse gravemente. Por eso reconocemos que se trata de una discriminación y además una discriminación por razón de

discapacidad, y por eso no encontramos otro sostén para proponerla que las *salvaguardas* ordenadas por la Convención, y por eso, según ella, pedimos que la salvaguarda o discriminación sea excepcional, fundamentada en riesgos ciertos y no en meras sospechas, limitada por el juez y por la propia ley, revisable, mínima y reducida a lo indispensable.

El artículo 8 y el 16 regulan, respectivamente, la prevención de las situaciones de abuso y el conflicto de intereses y la influencia indebida. Respecto de lo primero, me remito a la exposición que haré más adelante del tercer y último texto de nuestra propuesta; en cuanto al conflicto de intereses y la influencia indebida, el artículo 16, se desenvuelve en un doble plano que ya es habitual en la actual y periclitada tutela: de un lado, impide o vigila la adquisición de bienes o derechos de la persona a la que se presta apoyo; de otro, prohíbe la prestación de apoyos cuando hay intereses contrapuestos en el acto en cuestión.

El artículo 11 regula el régimen de publicidad. Tanto para imponer la forma pública a determinados actos de mayor relevancia pública, como para establecer la constancia de la situación de discapacidad y de los apoyos obligatorios, en un registro civil público. Me remito ahora, respecto a esto último, al segundo de los textos de nuestra propuesta.

El artículo 10, sin duda el más complejo de todos (además de un tanto reiterativo, y recuerdo que soy el único responsable de su redacción concreta), contiene el régimen de validez de los actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad. Su total comprensión sólo puede derivar de una lectura sosegada del texto completo; resumirlo induce probablemente a la confusión. Sólo en líneas muy generales, cabe decir que hace distinción en función de que la persona tenga asignado o no un régimen de apoyos obligatorios, de que haya utilizado o no esos apoyos, así como distingue en función de la naturaleza gratuita, onerosa o neutra del negocio. Así como que, en su caso, proponemos sustituir el tradicional mecanismo protector de la anulabilidad de los contratos perjudiciales a la persona con discapacidad por el de la rescisión por lesión. Este es un punto en el que he insistido especialmente delante de mis colegas, porque me parece importante el substrato conceptual que hay bajo cada una de esas dos modalidades de reparación: en la anulabilidad, lo que se constata es la concurrencia de los elementos esenciales del contrato, en este caso, la voluntad libre y no viciada; en la rescisión, las consecuencias patrimoniales. Anular el contrato por falta de consentimiento de la persona con discapacidad me parece lo contrario de reconocerle capacidad de obrar; la rescisión, por el contrario, es un beneficio, una discriminación positiva, un privilegio que la sociedad le otorga.

Aunque no debe olvidarse que todo privilegio es peligroso en materia de contratos, o mejor dicho, en el tráfico patrimonial. Si las personas con discapacidad quieren integrarse verdaderamente en él, y por supuesto quieren, no pueden permitirse ciertos lujos, porque quedarían expulsadas del mercado; podrían válidamente contratar y no encontrarían con quién hacerlo. No puede obligarse a nadie a que contrate con ellas, y no lo harán si nos excedemos en la protección de sus contratos. Precisamente por ello, la publicidad de las situaciones de discapacidad y los apoyos obligatorios no sólo juega a favor de la persona con discapacidad sino que también proporciona seguridad a la contraparte.

Otras normas que complementan el régimen jurídico de efectos de los actos otorgados por personas con discapacidad están en el artículo 12, que contiene reglas especiales respecto de los actos de consumo, en el artículo 13, que contiene reglas especiales para los bienes adquiridos a título gratuito, y en el artículo 14, que consagra el régimen de autoprotección, esto es, la posibilidad de que la persona con discapacidad o que se considere en riesgo de llegar a estarlo establezca reglas de su elección. Ambos siguen un mismo esquema porque la

especialidad del primero es extender al donante o transferente la posibilidad de imponer reglas o normas privadas casi en la misma medida y forma en que se las auto imponga la propia persona con discapacidad.

El régimen de responsabilidad contractual se complementa con una propuesta para la extracontractual. A tal fin, el artículo 18 propone un esquema completamente nuevo y muy alejado del tradicional, aunque entendemos que perfectamente congruente con el nuevo escenario jurídico que proponemos para las personas con discapacidad intelectual.

El artículo 15 de nuestra propuesta principal afronta la situación que probablemente ha sido más discutida, la que más arsenal proporciona a los adversarios del reconocimiento de la capacidad de obrar y a quienes abogan por una aplicación pausada de la Convención. Me refiero a la de aquella persona que (copio de ese artículo) *“por las circunstancias personales en que se encuentre y aún con los mayores apoyos que se le puedan proporcionar, no pueda expresar su voluntad o no lo haga de modo jurídicamente relevante”*.

Leyendo y ocasionalmente escuchando a las personas que utilizan la existencia de esas situaciones extremas para oponerse a la desaparición de la incapacitación judicial por causa de discapacidad de la persona y a la correlativa extinción de la tutela o cualquier otro mecanismo sustitutivo de su actuación personal en que pueda encontrarse a la mayoría de edad, uno tiene la sensación de que creen que quienes defendemos lo contrario desconocemos que las personas pueden entrar en coma o que existen circunstancias de vida de las personas con discapacidad en las que, por ejemplo, no saben quiénes son, dónde o con quién viven, que tienen hijos o que hace muchísimos años que fallecieron sus padres y que ellas mismas no están ni mucho menos en la adolescencia. O que piensan que desconocemos que hay personas que no saben qué es el dinero o para qué sirve y menos aún conocen su valor ni el de las cosas con las que podrían negociar. Por cómo se expresan aquéllas, probablemente, crean que, o bien no hablamos en serio, o bien hemos acudido a algún tramposo sortilegio para obtener nuestro título universitario, aprobar una oposición y ejercer una profesión, incluso una tan sencilla como la de jurista.

Naturalmente que esas situaciones existen y todos (sin necesidad de ser juristas) lo sabemos, pero la pregunta es por qué es necesario o útil incapacitar a las personas que las sufren, o por qué es imprescindible o siquiera conveniente nombrarles un representante que actúe en su nombre, sustituyendo su voluntad. Si tan necesario es, ¿por qué no se acude a ese mismo mecanismo en tantos y tantos otros aspectos de su existencia? Las personas con discapacidad, incluso las que están más desconectadas de la realidad, no sólo se relacionan con el Derecho Privado, también tienen y ejercen o al menos se benefician de otras relaciones jurídicas. Si una persona está en coma, probablemente estará recluida en una cama y no intentará llevar adelante una vida jurídica –ni de otra clase–, pero ¿de verdad es imprescindible que un juez le niegue su derecho a contratar? ¿Por qué no hay leyes que les impidan pasear, o conducir vehículos o seguir estudios universitarios o aprobar oposiciones?, porque lo cierto es que las personas que están en coma no hacen ninguna de esas cosas, a pesar de que nadie se ha preocupado de prohibírselas. Y las personas con una demencia muy avanzada sí puede ser que sean amablemente “invitadas” por sus familiares a acudir a una Notaría a desheredar a unos hijos que no saben que tienen o a vender la casa en la que no saben que están viviendo, por un precio que no cobrarán y que no sabrían distinguir del de un helado. Si su discurso es coherente y su enfermedad mental difícil de reconocer por un profano, a esas personas es más que bueno que un juez les imponga la necesidad de actuar con el apoyo obligatorio de otras

que velen por sus intereses –y no los tenga contrapuestos– (como se hace hoy en la tutela), pero ¿de verdad es necesario que no se tengan en cuenta en absoluto sus preferencias, si acaso las tiene?

Cuando esas personas realizan otros actos jurídicos que caen fuera del Derecho Privado, o mejor, de sus controles, también hay otra a su lado; cuando van al restaurante, otra persona paga su cuenta, cuando acuden al médico, otra persona recoge los tratamientos y compra sus medicinas, pero no tienen una sentencia o un auto judicial que les otorgue la representación legal de su amigo o su familiar demente. Y claro está que he utilizado ejemplos de asuntos de poca cuantía o relevancia económica, que no pueden poner en peligro sus medios de vida, y claro que no deben ser las mismas precauciones las que se tomen cuando se trata de vender la vivienda habitual o en general bienes muy valiosos. En el caso de una persona sin voluntad o sin una relevante, es imprescindible que intervenga la autoridad judicial, para proteger los intereses de quien no puede velar por los propios; pero ¿no debería ser una autorización individual y apropiada al caso?; y, si la protección descansa, no en la sustitución sino en la autorización individual y acompasada a cada situación concreta, ¿para qué atribuir a otro la representación legal general de la persona?

Se dice que el problema no está en la tutela en sí sino en la forma equivocada en que se ha usado; que la tutela debe mantenerse, pero sólo para los casos más graves, y que la incapacitación judicial debe ser tan limitada o parcial como exijan las circunstancias de cada persona. Desde luego, no podemos olvidar cuál ha sido y sigue siendo la realidad práctica de la tutela. Vemos que la incapacitación total y la tutela general es la tónica habitual en todo supuesto de discapacidad intelectual, desde la más leve a la más severa, que todas las personas con discapacidad intelectual se ven apartadas de toda su vida jurídica, de la que son marginadas y en la que se les niega y prohíbe toda integración, que ni siquiera se utiliza la curatela, que se mira con sospecha, que los actos jurídicos se realizan sin la intervención, siquiera como meros espectadores, de sus destinatarios, personas con discapacidad, aunque pudieran comprenderlos en parte y, lo más importante, aunque pudieran aprender a realizarlos por sí, con el debido apoyo. La práctica demuestra también que el mecanismo tutelar, en combinación con la estrecha vigilancia judicial, demasiadas veces ha permitido una protección mucho mayor de los bienes que de las personas; que no suena ningún timbre de alarma en los juzgados cuando un padre se apropia íntegramente del sueldo de su hijo con discapacidad, que desempeña un trabajo por el que no cobra; o cuando las personas con discapacidad no tienen cuentas corrientes abiertas a su nombre o medios con que disponer de los fondos allí existentes, que son suyos, pero de los que sólo disponen sus padres o tutores, y que, por supuesto, no hay normas jurídicas ni mandatos judiciales que recuerden la obligación de enseñar a las personas con discapacidad, poco a poco y con la debida vigilancia, a realizar actos jurídicos.

Con esos antecedentes y no habiendo dificultad especial en aplicar literalmente la Convención y reconocer a todas las personas con discapacidad su capacidad de obrar, si lo innecesario es la tutela, que puede sustituirse con ventaja por mecanismos más justos, ¿por qué limitarnos a reformarla?, ¿por qué no empezar de cero y con otro régimen más justo? Porque tampoco está la solución en defender el sistema y fustigar a sus actores. Con o sin errores, los padres, los tutores, los notarios, los jueces y fiscales y, por supuesto, políticos y gobernantes, en esta materia, han hecho y seguirán haciendo lo que puedan y mejor sepan. Si todo el mundo está

de acuerdo, desde hace muchos años, en reformar el sistema de tutelas, ¿lo haremos en la línea, magnífica y valiente, de la Convención o en otra más “prudente”, o sea, peor?

Nosotros, en el artículo 15, hemos acudido a la supervisión judicial de actos concretos, pero sin incapacitar y sin designar representantes; quien actúa en el pretendido interés de la persona con discapacidad, actúa por sí, bajo su responsabilidad y con autorización judicial previa.

Por último, el artículo 17 establece un privilegiado canal de acceso de las personas con discapacidad a las oficinas jurídicas de los Estados, en desarrollo de los mandatos establecidos en el artículo 13 de la Convención, norma que nosotros hemos extendido no sólo a los juzgados y fiscalías sino también a los servicios jurídicos de las administraciones públicas, las oficinas electorales, las notariales y los registros públicos, y en general a todas las oficinas públicas y aun a las privadas que prestan servicios públicos.

El detalle de la regulación es lógicamente opinable, y todos en el grupo hemos debatido y en buena medida discrepado por su causa, y sé que hablo por todos si digo que estamos abiertos a cualquier sugerencia, propuesta, crítica o incluso descalificación que pueda mejorar el texto. Pero entendemos que la regulación que proponemos prueba la tesis inicial a que antes me refería: que es técnicamente posible prescindir sin peligro de la tutela y de la actuación sustitutiva. Que no es una entelequia ni una fantasía meramente voluntarista, dicha por quienes no conocen el Derecho Privado; el sueño irreal de quienes no entienden que en su seno no cabe hablar de integración y sí sólo y únicamente de protección de las personas con discapacidad.

5. INSCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD Y DE LOS APOYOS OBLIGATORIOS

Dadas las limitaciones de espacio concertadas en esta obra colectiva, del segundo texto de nuestra propuesta no diré sino que se basa en la idea de que la persona con discapacidad tiene el derecho a darle publicidad a su situación para que ese conocimiento público la proteja de abusos, pero que también tiene el derecho a mantener reservada su condición, que es personal y privada, correspondiéndole a ella -si tiene “*criterio propio suficiente*” o al juez, en otro caso- la valoración de si las ventajas de la publicidad compensan el desmerecimiento o estigmatización social que, desgraciadamente, acompañan aún a la discapacidad.

6. INDICADORES DE ABUSO

El tercer y último texto de nuestra propuesta, que es desarrollo y aplicación práctica del artículo 8 del texto principal, trata de lo que hemos denominado indicadores de abuso y propone aplicar a la situación económica de las personas con discapacidad una estrategia parecida a la que vienen siguiendo los Estados para evitar los actos de “blanqueo” de capitales procedentes del delito. En consonancia con la idea de no encorsetar innecesariamente la intervención ordinaria de las personas con discapacidad en el tráfico jurídico ni rodearla de privilegios que la expulsen del mercado, se trata de “*observar, advertir y alertar a las autoridades, para que ellas tomen las medidas adecuadas, pero sin interrumpir preventivamente*” dicho tráfico; y, a tal fin, hemos empezado a redactar una lista abierta (que debe estar en permanente trance de revisión y adaptación dinámica, por parte de los organismos que se señalen como hábiles a tal fin), en la que recoger situaciones que la práctica cotidiana revela como indicadores de que se está abusando de una persona con discapacidad.

El objetivo no es, como decimos, detener el tráfico sino supervisarlos, permitiendo la reacción reparadora del Estado y la corrección de quien abusó o intentó hacerlo.

Y dicho esto y ateniéndome disciplinadamente a las recomendaciones sobre el formato y extensión máxima de cada aportación a este libro, usaré el resto de la que se me concede para transcribir nuestra propuesta principal, el primer texto de los tres citados. Con la imprescindible aclaración previa de que lo que sigue es sólo un resumen, y todo jurista sabe que las normas no se pueden resumir y que si lo hacemos, en realidad, estamos creando otra norma diferente. Por ello, no puedo sino remitirme al texto íntegro, localizable en la dirección indicada al final.

Gandía, a veinticuatro de mayo de dos mil diez.

ANEXO
UNA PROPUESTA DE ADAPTACIÓN DEL DERECHO PRIVADO
A LA LUZ DE LA CDPD

1. LOS DERECHOS JURÍDICO-PRIVADOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD:

Las personas con discapacidad tienen derecho al disfrute y ejercicio pleno y efectivo de sus derechos jurídico-privados, en igualdad de condiciones con las demás.

Todas las personas con discapacidad, incluso aquellas que precisen de apoyos más intensos, tienen derecho a ejercer sus derechos jurídico-privados en régimen de autonomía e independencia individual. Las personas con discapacidad y sus familiares tienen derecho a la protección y la asistencia públicas necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos jurídico-privados.

2. RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA:

La persona con discapacidad tiene plena personalidad jurídica.

3. RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE OBRAR:

La persona mayor de edad, con cualquier clase de discapacidad, sea física o intelectual, tiene capacidad jurídica de obrar, que ejercerá por sí misma, en igualdad de condiciones con las demás y para todos los actos de la vida civil.

La persona mayor de edad no podrá ser judicialmente incapacitada y no estará sujeta a tutela o curatela.

El establecimiento y el uso de los apoyos, obligatorios y no obligatorios, que se prevén en esta ley, no supondrán en ningún caso que quienes presten tales apoyos tengan la representación legal de la persona con discapacidad ni la sustituyan en el ejercicio de su capacidad de obrar.

(DISPOSICIONES DEROGATORIAS y TRANSITORIAS en relación con estas normas):

Quedan derogadas todas las restricciones o modificaciones a la capacidad de obrar impuestas por las leyes para otorgar testamentos y actos o contratos concretos, cuando tengan por causa la incapacitación judicial o la discapacidad intelectual.

Quedan extinguidas por ministerio de la ley las representaciones legales de personas con discapacidad que hayan sido judicialmente incapacitadas por causa de su discapacidad. Hasta tanto se establezca judicialmente lo contrario, las personas, físicas o jurídicas, que a la entrada en vigor de esta ley ejercen funciones de tutela o curatela de personas con discapacidad se considerarán designadas para prestarles los apoyos obligatorios previstos en esta ley.

4. APRECIACIÓN Y DECLARACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD DE LA PERSONA: (según la legislación propia de cada Estado)

5. PATRIA POTESTAD y TUTELA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD MENOR DE EDAD:

La persona con discapacidad que sea menor de edad estará bajo la patria potestad de sus padres, conforme a la ley. En defecto de patria potestad, la persona con discapacidad menor de edad quedará bajo la tutela que designe el juez competente, conforme a la ley.

La patria potestad y la tutela se extinguirán por la mayoría de edad de la persona con discapacidad y por las demás causas establecidas en la ley.

La patria potestad y la tutela de las personas con discapacidad se ejercerán con arreglo a las normas generales de la respectiva institución, sin limitaciones en los derechos del menor o tutelado por razón de su situación de discapacidad.

En todo caso, la patria potestad y la tutela serán ejercidas teniendo como consideración primordial la protección del interés superior de la persona con discapacidad, con pleno respeto a la evolución de sus facultades y de su derecho a preservar su identidad, así como a su derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que le afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás.

Los padres y tutores estarán obligados a promover en el mayor grado posible la autonomía de la persona con discapacidad, su educación y su formación laboral y social, que le permitan el acceso a un empleo remunerado y a los recursos públicos ordinarios, de modo que puedan estar preparados para una vida propia y una incorporación activa en el seno de su comunidad.

6. CONVIVENCIA Y RÉGIMEN DE VIDA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD MAYOR DE EDAD:

La persona con discapacidad mayor de edad tiene derecho a elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, y no será obligada sin necesidad a vivir con arreglo a un sistema de vida específico.

En caso necesario, el juez competente establecerá el régimen de convivencia personal más adecuado al modo de vida y los derechos y expectativas de la persona con discapacidad mayor de edad. Para establecer y para modificar la situación de convivencia personal, se atenderá en todo caso a las preferencias de la persona con discapacidad y, si no expresa ninguna, se mantendrá siempre que sea posible la convivencia existente en el momento de adoptar la decisión.

No se separará a la persona con discapacidad, por la sola razón de esa circunstancia, de su propia familia, cónyuge o persona con quien conviva maritalmente e hijos menores.

Las personas con las que conviva la que tiene discapacidad actuarán del modo en que mejor puedan contribuir para que ésta alcance su plenitud de derechos. En particular, de modo que no impida el derecho de la persona con discapacidad a contraer matrimonio, a mantener su fertilidad y a ser padre o madre, con los apoyos necesarios.

La autoridad judicial adoptará las medidas adecuadas y los controles periódicos que sean precisos para asegurar la efectividad de tales medidas, siempre en el interés superior de la persona con discapacidad.

La convivencia de la persona con discapacidad mayor de edad con otras personas no atribuye a éstas últimas la representación legal de la primera, no prorroga la patria potestad ni supone continuidad de la tutela.

7. RÉGIMEN DE APOYOS AL EJERCICIO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD DE SU CAPACIDAD DE OBRAR POR SÍ MISMA:

En el ejercicio por sí misma de su capacidad de obrar, la persona con discapacidad tiene derecho a:

- Solicitar y obtener la ayuda privada y pública, material y humana, que sea necesaria. En particular, a recibir el apoyo de los funcionarios públicos y profesionales jurídicos que intervengan en el acto que realice;

- Auxiliarse de medios técnicos y de la intermediación de terceros, de modo que la admisión o la validez de sus actuaciones en ningún caso estará condicionada a una actividad física que no esté a su alcance;

- Utilizar los apoyos que precise para comprender suficientemente el alcance de sus actos y conocer sus consecuencias en derecho, así como para formar su propia voluntad negocial.

- Solicitar de la autoridad judicial, si lo estima oportuno para sus intereses, que el apoyo que reciba de terceras persona tenga carácter de obligatorio, e intervenir en el establecimiento de apoyos obligatorios solicitados por terceros.

Cuando el apoyo no sea obligatorio, la persona con discapacidad podrá elegir libremente a la persona que se lo presta, sin necesidad de nombramiento especial.

La persona con discapacidad debe alcanzar una comprensión suficiente del acto que realiza y sus consecuencias en Derecho, pero sin que, para calificar tal suficiencia, deba disociarse su voluntad propia de la de la persona que la asiste, y sin que la intensidad del apoyo de terceros tenga otros límites que la influencia indebida y el conflicto de intereses

En su caso, la calificación que haga el funcionario actuante de la comprensión suficiente a que se refiere el apartado anterior, deberá tener en cuenta las circunstancias concretas que concurren.

La persona que preste apoyo, obligatorio o no obligatorio, al ejercicio de la capacidad de obrar de la que tiene discapacidad será responsable de los perjuicios económicos que le cause con su intervención y que se deban a culpa o negligencia.

La prestación de apoyos no obligatorios puede ser anterior, posterior o simultánea al acto. Por el contrario, la prestación de apoyos obligatorios deberá ser simultánea y particular para cada acto, y no podrá ser delegada con carácter general en terceras personas.

Los terceros con quien contrate la persona con discapacidad y el funcionario actuante, en su caso, no podrán exigirle que se identifique como tal ni que utilice el apoyo de terceros, salvo que éste tenga carácter obligatorio, previamente establecido por la autoridad judicial.

8. PREVENCIÓN DE SITUACIONES DE ABUSO.

Cualquier persona podrá comunicar al Ministerio Fiscal el conocimiento que tenga de que una persona con discapacidad pueda estar siendo impedida u obstaculizada en el goce y ejercicio de sus derechos personales, o pueda estar siendo inducida dolosa o abusivamente a realizar en su perjuicio y sin apoyo adecuado actos jurídicos de enajenación, sobre bienes inmuebles o de gran valor, así como de que esté autorizando a terceros la realización en su nombre de actos dispositivo de los que resulte o pueda resultar la pérdida innecesaria de sus únicos medios de vida o un enriquecimiento injusto para tales terceros.

Están obligados a realizar tal comunicación y son responsables de los perjuicios económicos que origine a la persona con discapacidad la omisión de este deber: Los funcionarios públicos; los abogados, profesionales del derecho y trabajadores sociales, en los casos y términos que señale la ley; las personas con las que conviva la que tiene discapacidad y las que sean responsables de los establecimientos, públicos o privados, en que se encuentre institucionalizada; y las entidades financieras por medio de las cuales se realice la transferencia de dinero o valores a favor de los terceros citados.

El Gobierno establecerá los indicadores de riesgo que permitan apreciar las situaciones de abuso a que se refiere este artículo.

9. RÉGIMEN Y EXTENSIÓN DE LOS APOYOS OBLIGATORIOS A LA CAPACIDAD JURÍDICA DE OBRAR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD:

La finalidad de los apoyos obligatorios establecidos a instancia de terceras personas no podrá ser otra que la de impedir que la persona con discapacidad sufra abusos económicos y la de evitar que, por sus propios actos, sea privada de sus bienes de manera arbitraria.

Los apoyos obligatorios reunirán los siguientes requisitos:

- Únicamente podrán ser establecidos por el juez competente;
- Podrán referirse a todos los bienes e intereses de la persona con discapacidad, presentes y futuros, a un grupo de ellos o a bienes e intereses concretos y determinados. El establecimiento de un régimen de apoyos obligatorios para toda clase de actos y para todo el patrimonio de la persona con discapacidad deberá estar expresamente motivado en la resolución que lo establezca;
- Deberán respetar los derechos y, en lo posible, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, que tiene derecho a controlar sus propios asuntos económicos;
- Estarán sujetos a las normas de control de abusos y a las que regulan el conflicto de intereses;
- Serán proporcionales y adaptados a las circunstancias de la persona con discapacidad; se aplicarán en el plazo más corto posible y estarán sujetos a exámenes periódicos.

La resolución judicial designará a la persona o personas que deban prestar dichos apoyos y el régimen de su actuación; contendrá los requisitos complementarios que deban cumplir las personas designadas, incluida la rendición de cuentas y la imposición de un destino para la contraprestación recibida, en su caso.

10. RÉGIMEN DE VALIDEZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS REALIZADOS POR LA PERSONA CON DISCAPACIDAD:

ACTOS JURÍDICOS REALIZADOS CON APOYOS OBLIGATORIOS: son válidos e inatacables por razón de la discapacidad, sin necesidad de autorización judicial o cualquier otro requisito previo o posterior.

ACTOS JURÍDICOS REALIZADOS SIN APOYOS OBLIGATORIOS:

Los de enajenación a título gratuito son nulos de pleno derecho. La ley establecerá actos que se presumen gratuitos a estos efectos.

Los de adquisición a título gratuito, los actos de riguroso dominio y los de administración y defensa jurídica son anulables, en cuanto resulten perjudiciales para la

persona con discapacidad y el perjuicio esté causado por la situación de discapacidad. Tal anulación no perjudicará los derechos legítimamente adquiridos a título oneroso por tercero de buena fe.

Los actos onerosos son rescindibles, cuando causen una lesión patrimonial superior a la cuarta parte del valor de la contraprestación y el perjuicio está motivado por la situación de discapacidad. Si la persona con discapacidad actúa con el apoyo no obligatorio de una tercera persona, ésta será responsable frente a la otra parte contratante por los perjuicios que le pueda ocasionar tal rescisión.

ACTOS JURÍDICOS REALIZADOS POR LA PERSONA CON DISCAPACIDAD A LA QUE NO SE LE HAYA PRESCRITO UN RÉGIMEN DE APOYOS OBLIGATORIOS:

Los de administración, conservación o consumo ordinario y proporcionado a sus circunstancias socio-económicas y responsabilidades familiares sobre el dinero y bienes que haya ganado con su trabajo o industria serán plenamente válidos e inatacables por razón de la discapacidad.

Los gratuitos, los de riguroso dominio y los de administración y defensa jurídica son anulables, en cuanto resulten perjudiciales para la persona con discapacidad y el perjuicio esté causado por la situación de discapacidad. Tal anulación no perjudicará los derechos legítimamente adquiridos a título oneroso por tercero de buena fe.

Los realizados a título oneroso con el apoyo no obligatorio de otra persona serán plenamente válidos e inatacables por razón de la discapacidad.

Los realizados a título oneroso sin el apoyo de otra persona son rescindibles, en los mismos términos establecidos en el apartado anterior.

11. PUBLICIDAD DE LA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD Y DE LOS APOYOS OBLIGATORIOS. FE PÚBLICA.

La situación de discapacidad de la otra parte contratante o la prescripción judicial a ésta de apoyos obligatorios, que no consten inscritas en el Registro Civil, no perjudicarán los derechos legítimamente adquiridos a título oneroso por tercero de buena fe.

Los actos y negocios realizados por personas con discapacidad deberán otorgarse en documento público cuando puedan comprometer gravemente su capacidad económica para afrontar su vida ordinaria y cuando sean susceptibles de inscripción en algún registro público.

El notario advertirá a las partes de la situación de discapacidad, del régimen de autoprotección, de la existencia y contenido de las normas de administración, gestión y disposición de bienes transmitidos a título gratuito a una persona con discapacidad y de los apoyos obligatorios que consten inscritos.

12. REGLAS ESPECIALES RESPECTO DE LOS ACTOS DE CONSUMO:

No serán rescindibles ni anulables por razón de su discapacidad los negocios que la persona realice como un consumidor ordinario. No obstante, si hubiere actuado sin apoyos adecuados, podrá desistir, sin penalización y en la forma y condiciones más favorables que para algún tipo de contrato establezca la legislación de protección de consumidores y usuarios.

13. REGLAS ESPECIALES PARA LOS BIENES ADQUIRIDOS A TÍTULO GRATUITO:

La administración, gestión y disposición de los bienes recibidos a título gratuito, en atención a una situación de discapacidad, se regirán preferentemente por las normas establecidas por el transmitente.

Tales normas deberán respetar el interés superior de la persona con discapacidad y no podrán desconocer su capacidad jurídica de obrar por sí misma, con los apoyos que necesite, aunque sí podrán proponer el establecimiento de un régimen de apoyos obligatorios.

El transmitente podrá encomendar dichos actos de administración, gestión o disposición a la propia persona con discapacidad o a terceros.

A salvo la prevención de situaciones de abuso, el transmitente podrá dispensar conflictos de intereses y situaciones de autocontratación.

La propia persona con discapacidad y el Ministerio Fiscal podrán solicitar de la autoridad judicial la modificación, la revisión o el complemento de las normas impuestas por el transmitente.

Salvo el caso de que estén previstos apoyos obligatorios prescritos por la autoridad judicial, los actos realizados con arreglo a las normas establecidas por el transmitente serán válidos sin necesidad de ninguna otra autorización.

Las normas a que se refiere este artículo deberán constar en escritura pública o en la correspondiente resolución judicial.

El transmitente podrá señalar un destino ulterior de los bienes a que se refiere este artículo.

14. RÉGIMEN DE AUTOPROTECCIÓN:

La persona con discapacidad, en previsión de que ésta le pueda afectar de modo más perjudicial para ella en determinados momentos o circunstancia de su vida, así como cualquier persona, en previsión de que, en el futuro, pueda tener una discapacidad, podrá organizar para sí un régimen de convivencia con terceros así como establecer un régimen voluntario de autoprotección jurídica, incluyendo apoyos para el ejercicio por sí misma de su capacidad jurídica de obrar, con las previsiones y requisitos que considere adecuados a cada caso y circunstancia.

El régimen de autoprotección jurídica podrá referirse, incluso con reglas diferentes, a todos los bienes e intereses de la persona con discapacidad, presentes y futuros, a un grupo de ellos o a bienes e intereses concretos y determinados. Del mismo modo, podrá hacer distinciones por razón del tipo de acto o negocio jurídico a realizar.

En su caso, la persona con discapacidad podrá señalar los bienes y derechos concretos que hayan de quedar sujetos o en su caso liberados de ese régimen de autoprotección jurídica.

Podrá designar a la persona o personas que deban prestarle dichos apoyos, voluntarios u obligatorios. También podrá dar indicaciones o establecer procedimientos y requisitos que crea oportunos respecto de los actos que otras personas puedan realizar en su interés o beneficio.

A salvo la prevención de situaciones de abuso, el constituyente del sistema de autoprotección podrá dispensar conflictos de intereses y situaciones de autocontratación.

El Ministerio Fiscal podrá solicitar de la autoridad judicial la modificación, la revisión y el complemento de las normas de autoprotección, así como la introducción, en su caso, de un régimen judicial de apoyos obligatorios.

La persona con discapacidad podrá dar por terminado el régimen de autoprotección en cualquier momento. No obstante, la supresión del régimen de apoyos obligatorios prescrito por la autoridad judicial deberá ser acordado por ésta.

La persona con discapacidad, para establecer el régimen de autoprotección jurídica a que se refiere este artículo, podrá servirse de los apoyos que considere necesarios.

El régimen de autoprotección se establecerá y modificará en escritura pública, y su constituyente podrá solicitar su inscripción en el Registro Civil.

15. ACTOS JURÍDICOS CELEBRADOS POR TERCERO EN BENEFICIO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y SIN SU PARTICIPACIÓN:

Si la persona con discapacidad es menor de edad, los actos celebrados por los padres y tutores, en su respectivo caso, se regirán por las reglas ordinarias del correspondiente régimen de representación legal.

Si la persona con discapacidad es mayor de edad:

- Podrán realizar actos jurídicos sobre sus bienes sin su participación y en su beneficio las personas designadas por la que tiene discapacidad, las personas con quien conviva habitualmente y las que sean responsables de los establecimientos, públicos o privados, en que se encuentre institucionalizada, así como cualesquiera otras que de modo habitual le presten apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica de obrar.

- Para que las personas designadas puedan actuar en beneficio de la persona con discapacidad pero sin su intervención, será necesario que, aun con los mayores apoyos que se le puedan proporcionar, no pueda expresar su voluntad o no lo haga de modo jurídicamente relevante. La falta de criterio adecuado sobre la oportunidad del negocio, el desconocimiento de alguna de sus consecuencias jurídicas o de las obligaciones inherentes a la situación creada por su celebración, así como el riesgo o la evidencia de que producirá resultados antieconómicos no serán nunca motivo para prescindir de las preferencias de la persona con discapacidad, sino, por el contrario, para incrementar la intensidad de los apoyos que haya de recibir.

Los actos jurídicos a que se refiere este apartado necesitarán de autorización judicial previa. Tal autorización podrá concederse para actos aislados o para un conjunto o serie de actos económicamente relacionados entre sí.

La autoridad judicial comprobará que concurren las circunstancias que impiden tener en cuenta la voluntad de la persona con discapacidad en ese momento, y adoptará las precauciones adecuadas para que haga efectiva la participación que desee tener, en cualquier momento o fase posterior.

La persona con discapacidad podrá solicitar la revisión y revocación de las autorizaciones y requisitos de actuación a que se refiere este artículo, sin perjuicio de la validez de los actos ya realizados.

16. CONFLICTO DE INTERESES E INFLUENCIA INDEBIDA:

Las personas con quien conviva habitualmente la que tiene discapacidad intelectual y las que sean responsables de los establecimientos, públicos o privados, en que se encuentre institucionalizada, así como cualquier otra que de modo habitual le preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica de obrar no podrán adquirir de ella bienes a título gratuito, salvo en

los casos que señale la ley. La adquisición a título oneroso requerirá de expresa autorización judicial, especial para cada caso.

Las personas a que se refiere el apartado primero no podrán prestar a la persona con discapacidad apoyos obligatorios o no obligatorios, en caso de tener con ella intereses contrapuestos.

17. ACCESO A LA JUSTICIA Y A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS:

Con los apoyos necesarios, corresponde a la persona con discapacidad la defensa jurídica de sus bienes e intereses.

A tal fin, la persona con discapacidad tendrá acceso en igualdad de condiciones con los demás a todas las dependencias jurídicas del Estado, incluidas las oficinas y dependencias electorales, las notarías y los registros públicos de todas clases, y todas las oficinas y dependencias de petición, reclamación y contratación de servicios públicos, incluso en régimen de concesión.

La persona con discapacidad tendrá derecho a los ajustes procedimentales que sean razonables y a todo el apoyo personal y técnico que necesite y que la correspondiente oficina jurídica pública le proporcionará.

En caso de contratos administrativos, ya se trate de negocios sujetos al derecho público o al privado, corresponderá también a los funcionarios proporcionar a la persona con discapacidad todo el apoyo, personal y técnico, que necesiten, evitando cuidadosamente el conflicto de intereses.

Para hacer efectivos sus derechos ante la Administración Pública, la persona con discapacidad podrá solicitar el auxilio del Ministerio Fiscal.

El juez del proceso, el órgano competente para instruir el procedimiento administrativo, el registrador y el notario velarán porque, en el ejercicio ante ellos y por parte de terceros de los derechos y obligaciones de la persona con discapacidad, se respeten, en la medida de lo posible, la voluntad y preferencias de ésta, así como su derecho a controlar sus propios asuntos económicos.

17. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: (Propuesta de reforma del actual artículo 1902 del Código Civil)

En caso de que el autor del hecho u omisión dañosa no fuera suficientemente consciente de las consecuencias de sus actos, será igualmente responsable, en las mismas condiciones que los demás, si tuvo ocasión y dispuso de los medios adecuados para prevenir o evitar el daño y no lo hizo.

En caso de que el autor a que se refiere el párrafo anterior sea una persona con discapacidad, la responsabilidad económica citada también alcanzará, solidariamente y sin derecho a repetición, a las personas e instituciones que habitualmente administren sus bienes y derechos sin rendirle cuentas, a las que hagan masa común o confundan con los propios los bienes e ingresos de aquélla, así como a las que hayan recibido toda o la mayor parte de su patrimonio, a cambio de prestarle alimentos.

Las personas con las que habitualmente convive la que tiene discapacidad, las que hayan sido designadas para prestarle apoyo obligatorio, respecto de los actos indicados en tal designación, y las que sean responsables de los establecimientos en que estuviera institucionalizada estarán obligadas a prestarle el apoyo que sea necesario para prevenir o

evitar que sus actos previsibles resulten dañosos a terceros. Si no dispusieran de medios adecuados o estos resultaran insuficientes, deberán poner el hecho en conocimiento del ministerio fiscal. La omisión de este último deber hará responsable al incumplidor de los perjuicios económicos que por ello origine a terceros y a la propia persona con discapacidad.

(El texto completo de este anexo y de los otros documentos de nuestra propuesta está disponibles en la dirección web: **)