

REAL ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

**EL NUEVO DERECHO DE LA  
CAPACIDAD JURÍDICA**

Discurso leído el día 1 de diciembre de 2023 en la Solemne Sesión de Ingreso  
del Académico de Número

EXCMO. SR.

**DON JOSÉ LUIS ESPINOSA DE SOTO**

y contestación del

EXCMO. SR.

**DON MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ**

Académico de Número



A Coruña, 2023





ASOCIADA AL  
INSTITUTO DE ESPAÑA

ASOCIADA AO  
INSTITUTO DE ESPAÑA



BAJO EL ALTO PATROCINIO  
DE LA CORONA

BAIXO O ALTO PATROCINIO  
DA COROA



REAL ACADEMIA TRANSFERIDA  
A LA XUNTA DE GALICIA

REAL ACADEMIA TRANSFERIDA  
Á XUNTA DE GALICIA



REAL ACADEMIA GALLEGA DE  
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

REAL ACADEMIA GALEGA DE  
XURISPRUDENCIA E LEXISLACIÓN



Deputación  
DA CORUÑA



REAL ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

**EL NUEVO DERECHO DE LA  
CAPACIDAD JURÍDICA**

Discurso leído el día 1 de diciembre de 2023 en la Solemne Sesión de Ingreso  
del Académico de Número

EXCMO. SR.

**DON JOSÉ LUIS ESPINOSA DE SOTO**

y contestación del

EXCMO. SR.

**DON MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ**

Académico de Número



A Coruña, 2023

© de la edición: RAGJYL  
© de los textos: sus autores

Depósito Legal: C 1802-2024

Edita y patrocina la edición: Excm. Diputación Provincial de A Coruña  
Imprenta Provincial - A Coruña

## ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN .....	15
II.	LA SITUACIÓN DE LOS DISCAPACITADOS .....	18
III.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS .....	20
IV.	LA INCAPACITACIÓN .....	26
	a) Generación del concepto de incapacitación.....	26
	b) Efectos de la sentencia de incapacitación.....	33
	c) La capacidad para testar.....	35
	d) La interdicción civil.....	36
V.	LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL: DISTINCIÓN ENTRE CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR EN LA CODIFICACIÓN .....	37
	a) Origen: Derecho alemán .....	37
	b) Doctrina española .....	39
	c) La jurisprudencia .....	49
	d) Derecho posterior a la Ley de 24 de octubre de 1983 .....	54
	e) Planteamientos de reforma del sistema.....	56
VI.	LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y EL NUEVO PARADIGMA DE LA CAPACIDAD.....	61
	a) Iniciativa en Naciones Unidas .....	61
	b) Trabajos preparatorios .....	62

c) Las normas de la Convención .....	68
d) Influencia de la Convención en el Derecho español. Cambios en la jurisprudencia.....	76
1. La Sentencia 2362/2009, de 29 de abril .....	76
2. La sentencia 269/2021, de 6 de mayo .....	89
3. Otras sentencias.....	89
4. La sentencia 145/2018, de 15 marzo.....	91
5. La sentencia de 3 de diciembre de 2020 .....	93
VII. LA LEY 8/2021, DE 2 de JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA .....	98
a) Análisis de la ley .....	99
b) Primera jurisprudencia.....	104
c) Posición del consejo General del Notariado .....	105
d) Conclusiones interpretativas.....	107
e) Consecuencias de la regulación .....	111
1.- El nuevo concepto legal de capacidad jurídica .....	112
1.1. El aspecto formal de la cuestión terminológica.....	112
1.2. Sentido del fondo .....	116
1.3. Las medidas de apoyo.....	120
2.- El nuevo régimen de la anulabilidad de los contratos.....	124
VIII. EL NUEVO CONCEPTO DE CAPACIDAD.....	126
IX. EL NUEVO RÉGIMEN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA .....	134
X. LAS OTRAS LEGISLACIONES CIVILES ESPAÑOLAS .....	140
XI. EFECTOS PRÁCTICOS DEL NUEVO RÉGIMEN LEGAL .....	142

XII. LA APTITUD NATURAL EN LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO .....	146
XIII. JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD.....	149
XIV. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	150
BIBLIOGRAFÍA .....	155
CONTESTACIÓN .....	163



**I**

**DISCURSO**

del

**EXCMO. SR.**

**DON JOSÉ LUIS ESPINOSA DE SOTO**



## “EL NUEVO DERECHO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA”

Excmo. Sr. Presidente.

Excmos. e Ilmos. Sres.

Sras. y Sres.

Antes de nada, quiero expresar mi agradecimiento a esta venerable institución, en primer lugar en la persona de su presidente, a los compañeros académicos que han tenido a bien proponerme, aunque sin duda han exagerado mis merecimientos y a mis padrinos, que hoy me han presentado, en especial a mi amigo y colega Francisco Ordóñez y, por supuesto, al profesor Pérez Álvarez que me ha hecho el honor de aceptar mi petición para contestar a este discurso de ingreso. A todos, muchas gracias por recibirme como uno más *inter pares*.

Me siento muy honrado por tal distinción y aun sabiendo que otros tendrán seguramente más merecimientos, yo lo acepto agradecido, como se decía antiguamente en las escrituras de donación, y trataré de hacerlo lo mejor posible.

Es ésta una institución, sino centenaria, que ya va para casi sesenta años de vida, desde que fuera fundada a impulso de Don Manuel Iglesias Corral y el Ilustre Colegio de Abogados de La Coruña allá por el año 1966, teniendo entre sus fines el estudio y cuidado del Derecho

foral gallego, justo al poco tiempo de haberse aprobado nuestra Compilación de Derecho foral. Y seguramente aquellos fundadores, a los que ahora quiero recordar aquí, no imaginaron el desarrollo que con el paso de los años y el devenir de las competencias constitucionales, con algún que otro tropiezo, ha alcanzado nuestro Derecho civil gallego. Merecen por ese afán nuestro agradecimiento y nuestro recuerdo, por su preocupación por nuestro Derecho histórico, continuando por el camino empezado por Álvarez de Bugallal.

Me honra compartir este foro además por la constante contribución de sus miembros al estudio del Derecho gallego, como son los brillantes discursos de los compañeros predecesores Don Francisco Ordóñez Armán y Don José Luis Seoane Spiegelberg, en particular. Nuestro Derecho se va desarrollando como un Derecho moderno adaptado a nuestro tiempo, sin por ello olvidar la conservación de nuestras instituciones más ancestrales. Del pago de las legítimas en rentas sisas o en saco, que junto a la mejora de tercio y quinto recogió la Compilación de 1963, hemos llegado, de momento, al crédito metálico.

Bonet Correa, académico de esta Institución, en su discurso de ingreso recordó al profesor D'Ors en una conferencia pronunciada en La Coruña sobre el regionalismo jurídico, en la que afirmaba que en el Derecho gallego no basta conservar sus particularismos consuetudinarios, sino que es necesario elaborar un derecho propio de cara al futuro. Palabras que hoy nos parecen proféticas. Dijo entonces Bonet que *lo retratado es el alma del pueblo, fuente vital del Derecho*. Como vemos la Escuela Histórica del Derecho ha dejado en esta institución el legado de su filosofía, tal como se puede leer en la frase que inaugura el Preámbulo de la Ley de Derecho Civil de Galicia: *“El derecho civil de Galicia es una creación genuina del pueblo gallego”*.

Vengo a ocupar humildemente el puesto en la Academia de mi antecesor Don Carlos Camba Souto, profesor ayudante de la Cátedra de Derecho Civil en la Facultad de Santiago de Compostela, con don Álvaro D'Ors en los años cincuenta y también insigne abogado. Fue un brillante jurista, dedicado a su labor profesional muy reconocida, que pronunció su discurso de ingreso en esta Academia el día 7 de mayo de 1999 sobre un tema de derechos mineros, con el título de “Acotaciones a la jurisprudencia sobre la disposición transitoria cuarta de la ley de minas de 1973”.

Es para mí un orgullo especial suceder en el puesto académico a Don Carlos Camba Souto también por su talante personal, que he tenido el privilegio de conocer en sus últimos años de vida, en las pocas ocasiones en las que he coincidido con él, en las que he podido apreciar la coincidencia de sus destacadas cualidades humanas junto a una mesurada prudencia jurídica, por igual.

Espero honrar el espacio dejado por la persona que vengo a suceder, que aunó las cualidades de profesor y de abogado, con una síntesis no siempre fácil de obtener entre la teoría y la práctica.

Para terminar esta introducción, antes de adentrarme de lleno en la materia que hoy me he propuesto abordar, quiero decir que he elegido el tema del nuevo derecho de la capacidad jurídica por tres razones: la primera, porque dentro del lento devenir del Derecho civil es una cuestión de la máxima actualidad, como ya nos recordó el Presidente hace poco más de una semana en una brillante conferencia, testigo que como ve hemos recogido, aún a pesar de haber transcurrido ya dos años desde la reforma legislativa; la segunda, porque es una cuestión crucial para mi ocupación de notario, y creo que en mi llegada en esta casa

qué mejor aportación puedo hacer que compartir algo de mi quehacer diario; y la tercera, porque se trata de un tema en que, dos años después de la publicación de la Ley, quedan cuestiones que no acaban de ser pacíficas y dan lugar a interpretaciones diversas; y como dijo Bonaparte, para defender su código, “*interpretar la ley es corromperla.*”

En esta época en que acechan las modas de los usos alternativos del Derecho, parece que debemos hacer mayores esfuerzos para superar las controversias hermenéuticas en la aplicación del Derecho que nace de las normas y de los principios que las inspiran. Tarea que, si ya parece excesiva, lo es más ante una audiencia más de maestros que de pupilos, a pesar de lo cual me he atrevido a abordar el tema confiando en la benevolencia del auditorio.

Así pues, dejemos ya a los antepasados y, como enanos a hombres de gigantes, como dijo Bernardo de Chartres, abordemos sin más el tema, al que voy a referirme con el título de EL NUEVO DERECHO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA.

## I. INTRODUCCION.

El concepto de *capacidad jurídica* es uno de los pilares que sustentan el edificio del Derecho de cualquier sociedad. La definición de este concepto es una decisión básica que cualquier sistema político-jurídico tiene que tomar a la hora de establecer un estado de Derecho, ya que se trata de determinar a qué sujetos se refieren las normas o, dicho de otro modo, qué sujetos pueden ser titulares de derechos u obligaciones.

Y para para definir qué es o quien tiene capacidad jurídica, hoy por hoy es necesario partir del reconocimiento de la dignidad de la persona, que funciona como un concepto metajurídico previo al sistema del Derecho. En los derechos modernos no se cuestiona que todas las personas son sujetos de derechos en régimen de igualdad; y entre esos derechos de la persona debe incluirse reconocerle el de su libertad de autodeterminación sobre su propia vida.

Esto en realidad no es una idea moderna, sino que proviene del Renacimiento. Aparece ya en el famoso discurso de Picco de la Mirandola, *Oratio*, pero quizá quien con más claridad ha expresado esto es KANT, que entre las distintas formas de entender el imperativo categórico plantea una que dice: «Actúa de tal modo que trates a la huma-

nidad, como un fin, nunca simplemente como un medio» y afirma que la persona debe ser valorada como un fin en sí misma<sup>1</sup>.

Casi todas las corrientes filosóficas a partir de ese momento han destacado la libertad de autodeterminación como parte de la dignidad de la persona y los derechos que ello conlleva.

En los textos legislativos de Derechos Fundamentales de nuestro mundo occidental a partir de la Revolución Francesa los derechos del hombre, y entre ellos la libertad de autodeterminación, son una realidad que todo sistema político reconoce. La sociedad actual no admitiría un sistema jurídico que no partiera del reconocimiento de los derechos iguales de todos los miembros de la familia humana.<sup>2</sup>

Los dos primeros artículos de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* de la Revolución Francesa, recalcan esa dimensión de la libertad<sup>3</sup>; y a partir de ella, todas las demás, incluida la DUDH y las constituciones modernas, que básicamente repiten los

---

1 KANT, EMMANUEL, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, en <https://TheVirtualLibrary.org>, Trad. Manuel García Morente, 1921, pag. 23: “El imperativo práctico será entonces como sigue: obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca sólo como un medio.”

2 Tomás Moro, en su célebre obra “Utopía” diseña una sociedad en la que se define la vida de las personas teniendo como finalidad la felicidad y el bienestar de toda la sociedad. TOMÁS MORO, *Utopía, el Estado perfecto*. Trad. Ramón Esquerri, Ediciones Abraxas, 2018. Años después Claude-Henri de Rouvroy, conde de Saint-Simón, uno de los iniciadores del positivismo, y quizá el primer socialista utópico, defendió trasladar a la política los preceptos del cristianismo, pero con el existencialismo queda situada la mera existencia del hombre como ser real como la base de toda organización social, basada precisamente en su libertad para decidir.

3 1º “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”; 2º “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.”

misimos principios, como también nuestras constituciones desde la primera de 1812.

Queremos decir con esto que, según estos planteamientos ético-filosóficos y los textos legales fundamentales, el derecho a la libertad personal debe incluir la capacidad de autodeterminación sobre la propia vida, en cuanto sea posible. Y ello implica el reconocimiento a todas de la capacidad jurídica (*lato sensu*).

La necesidad de este reconocimiento ha sido destacada desde muy distintas posiciones ideológicas.<sup>4</sup>

No obstante, DE CASTRO dice que la moda iniciada por la Revolución Francesa de poner los derechos fundamentales al principio de las constituciones ha hecho un flaco favor a la defensa de la persona, porque con ello han dado a entender que la consideración de la persona y la regulación de sus derechos y deberes es una cuestión política, materia constitucional, e impropia de los Códigos civiles, lo que ha provocado que los civilistas abandonaran la consideración jurídica

---

<sup>4</sup> Así, el papa Pablo VI al decir que “la dignidad del hombre requiere que obre según su libre elección, sin ninguna coacción externa”. *Gaudium et spes*, 17. También la Declaración de *Dignitatis humanae* del Concilio Vaticano II sobre la libertad religiosa, se refiere como fundamento de esa libertad a la dignidad del hombre: «Los hombres de nuestro tiempo se hacen cada vez más conscientes de la dignidad de la persona humana, y aumenta el número de aquellos que exigen que los hombres en su actuación gocen y usen del propio criterio y libertad responsables, guiados por la conciencia del deber y no movidos por la coacción». Por su parte la internacional socialista proclama en su declaración de principios, que “todos los seres humanos tienen derecho a ser libres y a contar con las mejores oportunidades posibles para alcanzar sus metas y realizar sus capacidades”. *Declaración de Principios* adoptada por el XVIII Congreso, Estocolmo, junio de 1989, aptdo. 13. Por el contrario, suele considerarse que en las sociedades de la antigüedad no se reconocía el valor del hombre como tal, sino como derivado de un status social determinado.

de la persona<sup>5</sup>; aunque no cabe duda de que su reconocimiento en las constituciones impone su consideración como principios del Derecho y establece límites que obligan siempre al legislador.

## II. LA SITUACIÓN DE LOS DISCAPACITADOS.

Sin embargo, tenemos que admitir que el reconocimiento de la libertad de autodeterminación no ha alcanzado igual a las personas con discapacidad, en particular en lo que se refiere al ejercicio de su capacidad jurídica.

En los puros conceptos, se entiende por capacidad jurídica la cualidad de poder ser titular de derechos y obligaciones, y en los derechos constitucionales modernos esa se reconoce a cualquier persona por el mero hecho de serlo. Pero lo cierto es que al establecerse luego la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar lo que se está reconociendo con una mano se acaba negando con la otra, porque al decir que determinadas personas no tienen capacidad de obrar se está negando su libertad para actuar, sustituyéndola por la capacidad de otras personas, a las que se atribuye potestad sobre las que se consideran incapaces.

El Derecho ha puesto históricamente dos importantes barreras a las personas con discapacidad:

1.- El establecimiento de *medidas de protección*, como la incapacitación y la curatela en la antigüedad y luego la tutela, que en teoría se establecían para proteger a las personas con discapacidad, pero en la práctica les impedía la decisión de la gran mayoría o la casi totalidad

---

5 DE CASTRO Y BRAVO FEDERICO, *Derecho civil de España, Tomo II*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, Tomo II, pag. 12 y ss.

de los actos de la vida jurídica y su voluntad se sustituía por la decisión de otras personas.

La institución de la incapacitación, aparte de proteger a las personas con discapacidad, lo que hacía era proteger también la seguridad del tráfico jurídico, por no decir también los intereses patrimoniales de la familia, ya que esas medidas lo que garantizaban es a quienes contrataban con el discapacitado una contratación con plena seguridad.

A cambio de la protección se operaba una especie de *capitis deminutio* moderna, por la que la persona con discapacidad -o simplemente mayor- iba perdiendo su *status civitatis* (al privarle de la capacidad de obrar), su *status familiae* (al ser sometido a potestad) y a veces incluso su *status libertatis* con los internamientos no voluntarios

2.- Y la segunda barrera es la interposición de *procesos judiciales*, aún siendo imprescindible el control del juez para evitar abusos, que en la práctica implicaban una penosa tramitación procesal para la persona en las cosas de su propia vida, que no han facilitado precisamente su desenvolvimiento en la vida diaria en condiciones de igualdad.

Hay que partir de la base de que dentro de la situación de discapacidad e incluso en la misma definición legal de no poder gobernarse por sí mismo, hay un enorme abanico de situaciones personales diferentes, con limitaciones en grado muy diverso y así como hay casos en los que no cabe hablar de autonomía en absoluto, sí es posible en muchos otros. No cabe un planteamiento de dicotomía entre capaz e incapaz, y así lo ha reconocido desde hace mucho nuestro TS; y esta realidad ha venido a ser más clara en las últimas décadas en las que con los avances de la medicina y el aumento de la longevidad tenemos

una amplia población de edad bastante avanzada que puede ir evolucionando mediante un deterioro progresivo y generalmente lento.

Y la pregunta es: ¿La falta de capacidad natural y la finalidad de protección de esas personas, justifica la privación de derechos para evitar que sufran perjuicios?

Actualmente se tiende a pensar que no. La idea motriz del nuevo planeamiento es el reconocimiento de que las personas con discapacidad tienen derecho a ejercer todos sus derechos fundamentales en condiciones de plena igualdad con el resto de las personas, a la no discriminación por motivo de su discapacidad y a ejercer su autonomía e independencia, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, y que es obligación de la sociedad facilitar ese ejercicio eliminando en la medida de lo posible las barreras que tienen relación con las causas de la discapacidad. Y en este sentido una de las principales barreras es la limitación legal de su capacidad jurídica.

### III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

En los pueblos primitivos y los derechos antiguos no todas las personas tenían reconocida capacidad jurídica. La capacidad para actuar en Derecho dependía de un *status*, es decir de un estado civil. En Roma la situación de libertad y autonomía de una persona se definía por los tres estados que hemos citado antes. La plena libertad requería que no hubiese restricción en ninguno de ellos.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Como dice IGLESIAS, la capacidad jurídica no se identifica con el *status personarum u hominum*, y por otra parte, la *capitis deminutio* no debe ponerse en relación con aquella sino con éste. IGLESIAS, JUAN. *Derecho romano, Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona 1962, pag. 139.

Esta construcción de los estados civiles no tenía nada que ver con la incapacidad natural<sup>7</sup>.

Conforme a la Ley de las XII Tablas “*Si furiosus escit, ast ei custos nec escit, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.*”<sup>8</sup> Por tanto si una persona tenía demencia se la sometía a la potestad de sus familiares o del grupo social, pero no se cambiaba su *status*.

Aunque el texto habla de potestad, en realidad se les sometía a curatela. Pero la cura o curatela según ALVARO D’ORS, es, en términos generales, un encargo de administración de cualquier tipo, tanto pública como de patrimonios privados. Se diferenciaba nítidamente de la tutela en el sentido de que mientras esta última implica la imposición de una *auctoritas* sobre la persona, la curatela no tiene como finalidad atribuir dicha autoridad, sino solamente una obligación de cuidado de la persona y gestión de su patrimonio<sup>9</sup>. La función del curador era la de proteger y administrar el patrimonio de la persona, a la cual se le privaba de

---

7 Se ha dicho que tanto en la antigua Grecia, sobretodo en Esparta, como en Roma, se abandonaba a las personas discapacitadas por su inutilidad social, incluso cometiendo graves excesos. Al parecer la leyenda comenzó con Plutarco, alrededor del año 100 de nuestra era, que al reflejar la vida de Licurgo, el legislador que redactó las tan admiradas leyes de Esparta, sugería que los “bebés débiles”, de baja cuna o que sufrían alguna discapacidad, eran abandonados para morir, generalmente dejándolos solos y despeñándolos en el monte Taigeto. Sin embargo modernamente se ha dicho que esto es una leyenda negra. Según una investigación publicada en la revista *Hesperia* se dice que las suposiciones que narró Plutarco –sobre el consejo de ancianos de Esparta que inspeccionaba a los recién nacidos y solo permitía sobrevivir a los “fuertes”- eran “puro mito”, según explica Debby Sneed, de la Universidad Estatal de California en Long Beach y autora principal del estudio.

8 XII Tab. 5, 7a.

9 IGLESIAS, JUAN, *Ob. cit.*, pág. 546. D’ORS, ALVARO, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1988, pág. 351.

la facultad de gestión de sus bienes, pero no se le declaraba incapaz para otorgar actos jurídicos, es decir el sometimiento a curatela privaba a una persona de la administración de su patrimonio, pero no técnicamente de su capacidad de obrar para celebrar válidamente negocios jurídicos y por eso eran válidos en intervalo lúcido. Es decir, la incapacidad de obrar no venía determinada por el hecho del sometimiento a curatela o por una declaración de incapacidad, sino por la falta de capacidad natural para entender o expresar una voluntad.

Aunque en la práctica la constitución de la curatela inhabilitaba a la persona para la administración de sus bienes, no existía el concepto formal de incapacitación que tenemos en los derechos modernos, como una declaración judicial que implica una restricción a la capacidad civil de las personas. En los derechos antiguos, al tratar de la capacidad para realizar negocios jurídicos los juristas tratan de la capacidad concreta para actos determinados: para testar, para contraer matrimonio, para donar, para vender, para obligarse, etc.,<sup>10</sup> y no utilizan un concepto de capacidad de obrar.

En la *cura furiosi* la curatela cesaba o quedaba suspendida durante los intervalos lúcidos<sup>11</sup>. También se constituía una curatela para los menores, que eran los púberes que no habían llegado a la mayoría de edad, el cual es jurídicamente capaz, pero queda defendido de los actos que le perjudiquen. La Lex Laetoria permitía una acción penal contra el que había engañado al menor y la ineficacia del contrato se obtenía me-

---

10 JUAN IGLESIAS dice que falta en Roma un nombre técnico para designar a la capacidad de obrar. De aquí las particulares disquisiciones de los clásicos a propósito de la capacidad para realizar cada negocio. Op. Cit, pag. 133. Vid. También ARIAS RAMOS, Derecho Romano, Madrid, 1974, pág. 56: “En los juristas romanos la terminología se refiere solamente a la capacidad específica.”

11 ARIAS RAMOS, Op. Cit., pag. 754.

dian­te una *restitutio in integrum* (que era como una acción rescisoria) no como una ineficacia derivada de la incapacidad<sup>12</sup>.

En el derecho hispanorromano, según dice GARCÍA GAYO, se distinguía entre las personas libres, que tenían capacidad jurídica y siervas, que carecían de ella,<sup>13</sup> dependiendo la capacidad del *status* de cada persona. Es decir, la capacidad para actuar con eficacia jurídica se reconocía a unas personas o a otras en función de su *status*.

En la época visigoda se consideraba como posible titular de derechos al hombre en su estado, de forma que la capacidad jurídica no se concebía separada de la posición que una persona ocupaba en la sociedad<sup>14</sup>. Según GARCÍA GALLO, en la época visigoda y después con la recepción del Derecho romano, no se consiguió o utilizó un concepto abstracto o general de la capacidad, sino que solamente había capacidades concretas, que tenían los hombres libres para hacer determinados tipos de actos o contratos, es decir se les reconocía poder comprar o vender, casarse o hacer testamento.

Por ello en las fuentes del Derecho medieval, como las Partidas, el Fuero Juzgo o el Fuero Real, se hace siempre referencia a la capacidad concreta para realizar determinados actos o negocios jurídicos, no a una situación de capacidad o incapacidad general de la persona. En los casos de enfermedades mentales, se les consideraba incapaces de expresar una voluntad eficazmente y por tanto se les tenía por plenamente incapaces, pero por falta de capacidad natural para expresar una voluntad, no por falta de capacidad jurídica o de obrar; no se les re-

---

12 D'ORS, ALVARO, Op. cit., pag. 353.

13 GARCÍA GALLO, ALFONSO, *Curso de Historia del Derecho Español, tomo I*, Madrid, 1958, pág. 482.

14 Vid, GARCÍA GALLO, *op. cit.*, pag. 483.

conocía facultad para contratar, prestar testimonio o hacer testamento, pero la recobraban sin más en los momentos de lucidez.<sup>15</sup>

En las Partidas encontramos numerosas referencias a la capacidad para realizar los distintos negocios y en estos casos la capacidad requerida por la ley es siempre la capacidad natural para poder expresar la voluntad, sin referencia al estado. Así por ejemplo, la capacidad para contraer matrimonio se ha basado en la capacidad natural para entender y querer, pero entre las personas libres la capacidad o incapacidad para realizar un acto o contrato no dependía de un estado civil, sino de dicha capacidad natural. La Ley VI de la partida cuarta dice que *“pueden casar los que han entendimiento sano para consentir el casamiento”*; y que *“el que fuese loco (sigue con la técnica del furiosus) de manera que nunca perdiese la locura no puede consentir, pero si alguno fuese loco a las veces e después tornase en su acuerdo, si en ese estado consintiera valdría el casamiento.”*

Lo mismo ocurre con la capacidad para hacer donación, cuando dice que *“no pueden hacer los locos o desmemoriados”*<sup>16</sup>. Y respecto de la capacidad para contraer obligaciones, dice que *“no pueden obligarse por estipulación el que es loco o desmemoriado, las personas que son defendidas como los locos y los menores.”*<sup>17</sup>

Paralelamente a estas regulaciones de capacidades concretas para determinados tipos de negocio, basadas siempre en la situación de enfermedad o discapacidad de la persona, la ley regulaba el sometimiento a curatela para esas personas, no existiendo propiamente la incapacitación como institución.

---

<sup>15</sup> GARCÍA GALLO, *op. cit.*, p. 529.

<sup>16</sup> Partida IV, Título IV, Ley I.

<sup>17</sup> Partida IV, XI, Ley IV.

En el Fuero JUZGO, también encontramos algunas referencias: *E los niños e los viejos que son fechos locos, e que non han ninguna sanidad en nenguina ora, nin pueden ser testimonias, nin maguer fagan manda, non debe valer. Mas si en alguna ora ovieren sanidad, lo que fizieren en aquel tiempo de sus cosas debe ser establescido.*<sup>18</sup>

Y en el FUERO REAL: *Si algún loco, o desmemoriado, ficiere Pleyto, mientras durare la locura, en el tal Pleyto como este, no vala. Mas si en algún tiempo cobrare su sentido, e su sanidad, el Pleyto que ficiere en tal tiempo, vala, maguer que después torne en la locura.*<sup>19</sup>

Por lo tanto en el Derecho histórico español continuó el criterio de considerar incapaz al que padecía una enfermedad o deficiencia mental<sup>20</sup>, que determinaba el sometimiento a curatela, previa apreciación de la discapacidad por el juez, pero sin regular propiamente un procedimiento de incapacitación civil dirigido a crear un status de incapacitado.

---

18 Libro II, título V, capítulo X.

19 Libro I, Título XI, Ley VII.

20 Fuero Viejo, Libro V, Tít. 2º, Ley 1ª y 6ª. Sánchez Román (Loc. Cit., pag 212) dice que la jurisprudencia anterior al Código civil (Sents. de 7 diciembre de 1866, 23 de febrero y 30 de noviembre de 1867) estableció que “la cuestión relativa a la capacidad mental de los contratantes u otorgantes, necesaria para la validez de los contratos o de los testamentos, es de “mero hecho”, y por tanto, de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora.” Y también que “no puede admitirse de modo tan absoluto, como si fuera doctrina legal, que el demente no puede ejercer ningún acto civil sin previa rehabilitación; antes, por el contrario, en algunos casos sería opuesto a la citada ley de Partida, la cual limita la prohibición de testar sólo al tiempo en que el imposibilitado padezca la privación de su inteligencia, sin someter la calificación de su aptitud a una rehabilitación previa, y le faculta para que use de su libre voluntad en los lúcidos intervalos en que recobre la razón (Sent. 30 marzo 1867).

#### IV. LA INCAPACITACIÓN.

Si este es del Derecho histórico: ¿de dónde viene entonces el concepto de incapacitación?

a) Generación del concepto de incapacitación.

Parece que el concepto jurídico de persona y el de capacidad son una creación técnica de los juristas europeos del siglo XIX, es decir de los pandectistas, a partir de Savigny, que ya empezó a formular y distinguir estos conceptos.

DE CASTRO dice que es una figura jurídica moderna que adquiere independencia sólo en el siglo XIX<sup>21</sup>. Según este autor, el proceso de incapacitación es una creación de la codificación. Dice que de este modo la situación jurídica de las personas se basará, no en sus cualidades o condición natural, sino en una causa objetiva: en la declaración judicial, con lo que se da una mayor estabilidad al estado de las personas y se logra una mayor seguridad para los terceros. En definitiva se impone el criterio de la seguridad jurídica<sup>22</sup>.

---

21 Op. Cit, tomo II, pag. 289. Explica que el modelo lo ha dado el Derecho romano con el “intercedere bonis” respecto al pródigo y la posibilidad de imponer la curatela a los púberes carentes de razón. No obstante ya hemos visto anteriormente que el sentido de estas instituciones era el de organizar la administración del patrimonio en defensa de la persona que no podía hacerlo por sí misma, pero no implicaba una modificación general de su capacidad de obrar, que seguía dependiendo de las aptitudes con relación a cada acto o negocio concreto y variaba sin más con la modificación del estado de salud del demente, sin necesidad de modificar un *status* legal establecido en una resolución judicial, entendido como estado civil.

22 Añade el mismo autor que la práctica francesa evitó las cuestiones sobre si la curatela continuaba en los intervalos lúcidos o si había que presumir lo uno o lo otro extendiendo el concepto y hasta el nombre de la incapacitación del pródigo a los demás tipos de incapacitación y la interdicción se convierte en el fundamento de la situación jurídica del incapacitado.

La jurisprudencia moderna alude en ocasiones a los distintos intereses en juego que son objeto de protección en un proceso de incapacitación, incluyendo desde el interés de la propia persona incapacitada, el de su familia e incluso el interés general en evitar la producción de daños a terceros o incluso el de la seguridad del tráfico. La STS de 6 de febrero de 1968 destacó el interés público en la fijación clara de la situación.

Este es también el sistema del Código civil francés, cuya influencia en el nuestro en este punto parece evidente. Por su parte el BGB no limitó la capacidad de las personas que tienen alguna discapacidad física, como los sordomudos, pero sí la de los que padecen una enfermedad mental que excluya la libre determinación de la voluntad<sup>23</sup>. Por lo demás establece también un procedimiento de incapacitación, en el que se distinguía entre enfermedad mental, que determinaba la total incapacidad de obrar y la debilidad mental, que determinaba solamente una incapacidad parcial y graduable, en la que los actos de la persona incapacitada quedaban sometidos a un régimen similar al nuestro de la anulabilidad.

El sistema de incapacitación es pues el de la codificación europea. En nuestro país fue introducida por el Código civil.

En el Proyecto de 1851 ya se hace referencia al procedimiento judicial de declaración de incapacidad de las personas como un presupuesto necesario del sometimiento a curatela, al ser necesaria la intervención judicial<sup>24</sup>, pero esa intervención tenía como objeto declarar la existencia de la incapacidad de facto de una persona para administrar

---

23 ENNECERUS, KIPP, WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, trad. PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Ed. Bosch, Barcelona, 1947, tomo I, Parte General, pag. 376.

24 Arts. 280 y ss.

sus bienes, no crear un status jurídico de incapacitado o para limitar a una persona su capacidad de obrar, como sucedía con la interdicción civil, sentido que se mantenía al conservar la curatela para todos esos casos.

La función de la curatela hasta ese momento, siguiendo los precedentes romanos, había sido la de administrar el patrimonio de la persona que no podía hacerlo por sí misma. Sin embargo en la época codificadora se fueron mezclando las instituciones de la tutela y la curatela<sup>25</sup>, basándose la primera en la incapacidad de los menores (ya declarada por la ley) y la segunda en la incapacidad de algunas personas para administrar sus bienes, que requería la declaración judicial.

En los comentarios de García Goyena parece claro que no asumió la diferencia clásica entre la tutela y la curatela.

Finalmente el código reunió todas las situaciones bajo una única institución de la tutela, pero en la redacción originaria no se reguló la incapacitación. Su principal cambio fue el de unificar todos los supuestos de administración bajo la tutela, incluida la interdicción civil, desapareciendo la curatela. Por primera vez los discapacitados intelectuales pasaron a someterse a tutela, previa declaración de no ser capaces para

---

25 GARCÍA GOYENA explica que el Derecho romano reconoció la tutela para los menores de catorce años (o de doce si eran mujeres), es decir los llamados infantes, mientras que los *minores púberes* eran sometidos a curatela, pero en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real se considera innecesaria la distinción y se regula solamente la tutela para los menores, manteniendo la curatela para los dementes, pródigos y otros que no pueden administrar sus bienes, en cuyo caso era necesaria la declaración judicial en ese sentido. Añade que además la distinción romana sembraba la duda de si los púberes podían ser obligados a la curatela y sobre la validez de sus actos, por todo lo cual se someten a tutela. GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Concordancias Motivos y Comentarios del Código Civil Español, Tomo I*, Madrid, 1852, pág. 184.

administrar sus bienes. No existe un proceso acabando en situación de incapacidad como *estado*, sino que la causa de la tutela era la incapacidad natural, y por eso el código sigue regulando las incapacidades para actos concretos. No obstante, la idea de estado fue generándose poco a poco por la doctrina y la jurisprudencia.

En efecto, no había en el Código una declaración general de falta de capacidad para las personas que sufren algún tipo de discapacidad, como sí la hay para los menores de edad; sobre la capacidad general se reguló solamente la constitución de la tutela, pero no una declaración de incapacidad, que sin embargo se presuponía; a la capacidad solamente se hacía referencia al tratar de las capacidades concretas para acto o negocio jurídico, como en el Derecho histórico<sup>26</sup>. La regulación de todas esas capacidades concretas parecía establecerse como prohibiciones, en el sentido de determinar la nulidad de los negocios realizados por incapaces, aunque luego los efectos de estos negocios se regulan bajo el régimen de la anulabilidad.

Pero a pesar de la regulación clásica de las capacidades concretas, en el Código se unifican todas las restricciones a la capacidad de obrar bajo la institución de la tutela, fijando el artículo 200 todas las personas que se someten a ella, incluidos los que estuviesen sufriendo pena de interdicción civil. Curiosamente mientras en el caso de los pródigos dice que se someten a tutela los que por sentencia firme hubiesen

---

<sup>26</sup> Así, en el art. 83, respecto de la capacidad para contraer matrimonio, el curioso 443, sobre el ejercicio de los derechos que nacen de la posesión, 624, sobre capacidad para hacer donaciones, 663, de la capacidad para testar, 893, de la capacidad para ser albacea, 992, para aceptar la herencia, 1052, para pedir la partición, 1058, para realizarla, 1263, sobre la capacidad para contratar, 1323, para otorgar capitulaciones, 1457, de la capacidad para el contrato de compraventa, 1935, para renunciar a la prescripción.

sido declarados pródigos, tratándose de las personas con discapacidad menciona directamente los locos o dementes y los sordomudos que no sepan leer y escribir, sin hacer referencia a la sentencia de incapacitación, siguiendo con ello la tradición romanista. No obstante, en el art. 213 dice que no se puede nombrar tutor para estas personas sin que preceda la declaración de que son incapaces para administrar sus bienes. Realmente no exige una sentencia, sino la mera declaración; y en el resto de la regulación, mientras en el caso del pródigo se refiere siempre a sentencia y a su condición de incapacitado, en el de los locos o dementes lo regula más bien como un proceso sumario de jurisdicción voluntaria que termina con un auto, contra el que el declarado incapaz puede luego interponer demanda en juicio ordinario<sup>27</sup>.

Por otra parte, establece que la declaración de incapacidad de los sordomudos fijará la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad de aquellos, no diciendo nada a este respecto de los locos o dementes, de lo que se desprende que para ellos la incapacidad se supone total, de todo o nada.

Quizá el hecho de que el código haya unificado todas las incapacidades bajo el régimen de la tutela, al tiempo que perduraban las regulaciones clásicas de las concretas capacidades para cada negocio, basadas en las cualidades naturales psíquicas y no en la incapacitación, explica la aparente falta de claridad o de coordinación entre unas y otras normas en nuestro Código.

No es ahora momento para detenernos en la crítica a este sistema, típico del liberalismo decimonónico, sino destacar que aunque la intervención judicial y la misma estructura del proceso se establecen

---

<sup>27</sup> Vid. Art. 219.

como protección de la persona que es declarada incapaz, a fin de tener garantías procesales en la fijación de su situación, lo cierto es que se trata de un procedimiento dirigido a la privación de derechos, en beneficio de la propia persona, pero no sólo o no siempre de la propia persona, sino también como protección de los parientes con expectativas de suceder al presunto incapaz<sup>28</sup>.

La reforma del Derecho de familia realizada por la Ley de 24 de abril de 1958 casi no introdujo cambios en este sistema, salvo modificaciones muy puntuales sobre los derechos de las personas que intervienen en el proceso como tutores o cedentes de bienes al tutelado y será la Ley 13/1983, de 24 de octubre, la que al sustituir el sistema de tutela de familia por el de tutela de autoridad introduce con claridad, como institución civil, la figura de la incapacitación<sup>29</sup>, exigiendo la sentencia de incapacitación, que *determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado*<sup>30</sup>.

Aquí ya quedaba claro que la sentencia constituía a la persona en el *estado civil de incapacitado*, que se caracterizaba por la supresión, primero y luego limitación de su capacidad de obrar.

---

28 Como tendremos ocasión de ver más adelante, en la jurisprudencia española se alude en ocasiones a los distintos intereses en juego que son objeto de protección en un proceso de incapacitación, incluyendo desde el interés de la propia persona incapacitada, el de su familia e incluso el interés general en evitar la producción de daños a terceros o incluso el de la seguridad del tráfico. Cfr. STS de 6 de febrero de 1968 citada más arriba.

29 El art. 199 ahora dice categóricamente, bajo la rúbrica “*De la incapacitación*”, que “*nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.*”

30 Art. 210, luego derogado por la Ley de Enjuiciamiento civil.

Aunque se preveía la graduación de la sentencia, en la práctica casi siempre se constituía la tutela. El efecto más radical de la incapacitación era por ello el sometimiento a tutela, atribuyendo la representación legal a otra persona, que prescindía o podía prescindir totalmente de la voluntad del incapacitado, que quedaba apartado de la gestión de sus asuntos.

Esta reforma, aparte de reconocer el carácter graduable de la incapacitación en función de las concretas circunstancias de la persona, recupera la institución de la curatela como medida de protección de la persona de menor intensidad, en el sentido de que en lugar de sustituirse plenamente la voluntad de la persona incapacitada por la del tutor, en el caso del curador se requiere solamente su intervención o asistencia para la validez de sus actos jurídicos<sup>31</sup>.

Curiosamente, aunque la ley regula con más o menos precisión<sup>32</sup> las causas de incapacitación, nada dice de sus efectos, que se dejan para el contenido de la sentencia, que determinará la extensión y límites.

La regulación del Código civil se ha pasado luego a la Ley de Enjuiciamiento civil<sup>33</sup>, que de igual modo que hacía el código remite el alcance de la incapacitación al contenido de la sentencia. Por lo tanto en el régimen de la tutela de autoridad con incapacitación en virtud de

---

31 Aunque con un sentido y alcance muy diferentes, la curatela que regula la reforma de 1983 recuerda un poco a los precedentes romanos, ya que la función del curador se centra más bien en el aspecto patrimonial de la persona incapacitada, de cuidar de la administración del patrimonio y evitarle perjuicios derivados de los posibles abusos de terceros.

32 Nos referimos a la cláusula genérica del art. 200 C.c. en cuanto dice que “*son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.*”

33 Art. 760 Lec., que reproduce la anterior norma del código civil (art. 210), remitiendo al Juez la fijación de la extensión y límites de la incapacitación.

sentencia es siempre el juez quien, atendidas las circunstancias de cada persona, determina los efectos de la incapacitación, estableciendo para qué actos jurídicos la persona queda incapacitada.

b) Efectos de la sentencia de incapacitación.

Aunque la sentencia de incapacitación establecía la lista de actos jurídicos a los que se extendía la declaración de incapacidad, de lo que se seguía que el incapaz quedaba privado de la posibilidad de realizar dichos actos por no tener capacidad de obrar para ellos, sin embargo, el régimen jurídico de los actos realizados por el incapacitado para los que no tenía capacidad no era sin más el de la nulidad.

Por otra parte la ley establecía algunas incapacidades generales dependientes solo del hecho de estar incapacitado y no del contenido de la sentencia, como en el art. 1263, pero los contratos quedaban sometidos al régimen de la anulabilidad. Es decir, son válidos pero pueden ser anulados<sup>34</sup>. Por tanto, a pesar de la declaración de incapacidad, los contratos celebrados por personas incapacitadas a los que se extendía la sentencia de incapacitación, eran válidos, pero podían ser anulados únicamente a instancia del propio contratante incapacitado o de su representante legal o curador y vinculaban a la otra parte, que no podía alegar la nulidad y estaba obligado a cumplir lo pactado.

Por ello no parece exacto hablar de incapacitación o de supresión de la capacidad de obrar sino, como ha hecho la última doctrina, de

---

<sup>34</sup> Del art. 1300 del C.c. resulta con toda claridad la diferencia entre los contratos nulos y los anulables, al decir que “*los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.*”

restricciones o limitaciones a la capacidad de obrar, cuya consecuencia no era más que la mera anulabilidad del acto o contrato.

De ahí que se producía en la práctica una cierta confusión, pues por una parte se decía que determinadas personas eran incapacitadas en virtud de sentencia para realizar ciertos actos, y se las calificaba de incapacitados, con el efecto de que en la vida social eran consideradas personas privadas de voluntad para decidir sobre sus propios asuntos, quedando su voluntad sustituida por la de su representante legal y por otro lado se distinguía perfectamente entre el contrato nulo, aquel en el que no podía decirse que hay un consentimiento válido, desde el punto de vista psicológico, es decir el totalmente carente de voluntad, del anulable, es decir aquel que se considera válido porque cumple los requisitos del artículo 1261 y por tanto existe un consentimiento válido, que presupone la existencia de una voluntad consciente, pero puede ser anulado en atención a la situación de protección que tiene esa persona, un poco como pasaba en Roma. Es decir que el incapacitado, por el mero hecho de serlo, no era totalmente incapacitado.

Por supuesto que en muchos casos el contrato sería radicalmente nulo, cuando faltase completamente la voluntad, lo cual puede decirse seguramente de muchas de las enfermedades mentales que dan lugar a la incapacitación, pero hay que admitir que en la realidad hay muchos casos diferentes y muchos niveles y por tanto que no todos los incapacitados eran personas totalmente carentes de voluntad.

Por excepción algunos actos cuando eran realizados por incapacitados eran nulos de pleno derecho, pero es porque había una expresa disposición de la ley, como ocurría con el matrimonio y con el

testamento. El testamento es una excepción notable, que requiere un comentario especial.

c) La capacidad para testar.

Siguiendo la tradición romana y medieval que antes hemos repasado, el Código civil reguló la capacidad para testar atendiendo no al sometimiento a tutela, sino a la capacidad natural para entender y querer; en este caso, conforme a la redacción originaria de Código civil, el testamento era nulo<sup>35</sup>.

Obviamente, a nadie se le escapa que el régimen inicial del Código, que es el histórico, genera una clara inseguridad jurídica, sólo mitigada en los testamentos ante notario, por la apreciación de capacidad que ha de hacer el notario, en el mismo momento del otorgamiento, y por los testigos que habían de intervenir, que eran nada menos que tres. De hecho, en la práctica, aunque no he intentado buscar una estadística, si es que existe, no creo que hayan sido muchos los testamentos otorgados en intervalo lúcido antes de la reforma del art. 665 por la Ley de 24 de octubre de 1983.

Pero lo cierto es que la inseguridad existía y por ello la Ley de reforma de la tutela de 1983 cambió de sistema para alinear la regulación de la capacidad para testar con el nuevo régimen de la incapacitación establecido por dicha ley, de corte germánico, y recondujo la capacidad para testar a la incapacitación judicial, aunque excepcionalmente se siguió manteniendo el testamento en intervalo lúcido.

---

<sup>35</sup> Arts. 662 y 663. Según el último, *“están incapacitados para testar: ...el que cabal o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”*, siendo válido el testamento hecho antes de la enajenación mental o en intervalo lúcido. Termina rematando la cuestión el art. 687.

Para este último, la ley exigía que la sentencia de incapacitación no contuviera pronunciamiento sobre la capacidad para testar, y en tal caso se presumía la incapacidad, pero podía otorgarse en intervalo lúcido con los requisitos legales. Obviamente el testamento que no cumpliera dichas condiciones no era anulable, sino nulo por disposición legal.

d) La interdicción civil.

Al lado de las causas de incapacidad ya vistas, existió hasta hace poco en nuestro Derecho (hasta 1983) la pena de interdicción civil, que consistía en una privación de la capacidad de obrar para realizar actos y contratos, que la doctrina equiparaba a una muerte civil de una persona. Como sanción se privaba a una persona de la capacidad civil para realizar actos con eficacia jurídica y de la posibilidad de ser titular de relaciones jurídicas y como consecuencia se le sometía a tutela. Se trataba por tanto de una privación de libertad civil mientras durase la pena. Algo parecido ocurría con los concursados y quebrados, en este caso por razones de utilidad general, aunque la incapacidad de éstos tenía un sentido más de privación del poder de administración sobre su patrimonio como medida de protección de terceros.

Y a pesar de que los ordenamientos jurídicos modernos han acabado por suprimir estas instituciones limitadoras de la libertad personal, esa limitación ha seguido existiendo a través del concepto de restricción de la capacidad de obrar.

## V. LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL: DISTINCIÓN ENTRE CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR EN LA CODIFICACIÓN.

### a) Origen: Derecho alemán.

Los pandectistas construyeron sobre los textos y los mencionados conceptos romanos la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar<sup>36</sup>, considerando como capacidad jurídica la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y más generalmente la aptitud de ser sujeto en las relaciones de Derecho<sup>37</sup> y como capacidad de obrar la aptitud para realizar actos con eficacia jurídica<sup>38</sup>. Esta última se basaba en principio en la capacidad natural y no en la existencia de un estado civil de incapacidad. Es decir, para los pandectistas la capacidad jurídica depende del status, pero la capacidad de obrar está relacionada con la capacidad natural para entender o querer.

De esta forma la capacidad de obrar no se distingue mucho del consentimiento, aunque sus efectos son muy diferentes, según tendremos ocasión de examinar.

La distinción teórica entre capacidad jurídica y capacidad de obrar fue recogida por el Código alemán, pero, como no podía ser de otro modo en la patria del idealismo, el concepto de capacidad de obrar

---

36 Según DE CASTRO, *Op. Cit. Tomo II-1*, pag. 40, los pandectistas definen la capacidad jurídica contraponiendo la situación del *cives* a la del esclavo y a la del extranjero y se apoyan para construir el concepto de capacidad de obrar en alguno de los textos romanos que aluden a la necesidad de inteligencia o de voluntad para que los actos tengan eficacia jurídica.

37 DE CASTRO, FEDERICO, *Op. Cit. Tomo II-1*, pag. 40.

38 Los conceptos alemanes reflejan quizá mejor la diferencia, pues llaman a la capacidad jurídica “*Rechtsfaehigkeit*”, es decir capacidad de Derecho y a la capacidad de obrar “*Geschaefstfaehigkeit*” es decir capacidad de negocio.

no se basaba ya en la aptitud natural para entender o querer, sino en el status de totalmente incapacitado o de parcialmente incapacitado. Conforme al parágrafo 104 BGB la persona que está en un estado de enfermedad mental que excluya la libre determinación de la voluntad es totalmente incapaz y se declara totalmente incapaz de obrar, mientras que por debilidad mental se declara capaz de obrar con limitaciones y puede concluir válidamente sin asentimiento del tutor los negocios que solo le procuran una ventaja<sup>39</sup>.

En nuestro Derecho la distinción no aparece explícitamente en el Código civil, puesto que ya hemos visto que el concepto autónomo de incapacitación aparece en él un tanto difuso y no se formula con claridad hasta la reforma de 1983, pero sí que está recogida, aunque con poca precisión terminológica, en el párrafo segundo del art. 32, al decir que *“la menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos, y aún de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero.”*

---

<sup>39</sup> ENNECERUS, KIPP, WOLFF, Op. Cit, Tomo I, Parte General, pág. 379. En el Derecho italiano CARIOTA FERRARA dice muy gráficamente que no se puede, junto a la existencia del sujeto, configurar como presupuesto en sí la capacidad jurídica... porque, en efecto, corresponde a todos los seres humanos y añade que las inicuas, arbitrarias y absurdas limitaciones de la capacidad jurídica, por la pertenencia a determinadas religiones o razas, han caído con los regímenes que las habían impuesto. CARIOTA FERRARA, LUIGI, *El negocio jurídico*, Trad. Manuel Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1956, pag. 522. Desafortunadamente esas palabras bienintencionadas no son todavía realidad, pues existen muchos regímenes donde la capacidad jurídica no es universal, sea de derecho o de hecho. Y añade que igualmente no es exacto ver falta de capacidad jurídica, como tal, en los casos en los que, faltando la capacidad de obrar y no estando admitida la representación o sustitución (matrimonio, testamento), la incapacidad de obrar viene a ser equivalente, en su resultado práctico, a la incapacidad jurídica.

Aunque en esta norma parece confundirse la capacidad de obrar con la personalidad jurídica, que es en realidad la capacidad jurídica, la distinción aparece clara al decir que las personas incapacitadas pueden ser titulares de derechos y obligaciones.

Sin embargo seguía habiendo cierta confusión conceptual, porque al referirse a las personas que están en alguna de las situaciones de incapacidad las denomina incapacitados, pero a todos ellos, en el sentido de que son tales las personas que tienen esas restricciones, dando con ello la impresión de que anuda la capacidad de obrar a la capacidad natural que tiene toda persona, salvo las que están en alguna de las situaciones que determinan el sometimiento a tutela.

Por otra parte en el art. 1263 decía que no pueden prestar consentimiento los locos o dementes, no los declarados incapaces por sentencia, por lo que también parece hacer depender la falta de capacidad de obrar de la existencia de las discapacidades naturales y no de un especial estado.

b) Doctrina española.

La distinción ha sido clara y ampliamente acogida y formulada por la jurisprudencia y la doctrina de nuestro país; lo que ya no ha sido tan claro es el propio concepto de capacidad de obrar, en el sentido de si depende de la capacidad o aptitud natural de las personas o de una especial situación civil del declarado incapaz por una sentencia judicial, que ha acabado considerándose como un estado civil, paralelo al de la menor edad.

SÁNCHEZ ROMÁN, que fue de los primeros autores, si no el primero, en defender esta distinción en nuestro Derecho, denomina a la capacidad jurídica “*status*” y la capacidad de obrar “*facultad agendi*”

indicando que las reglas que limitan la capacidad de obrar se apoyan en un criterio evidente de necesidad, nacido de hechos cuya naturaleza reclama estas limitaciones, como la locura, la menor edad, la prodigalidad y otros.<sup>40</sup>

VALVERDE por su parte explica con acierto la diferencia entre ambos conceptos, y finalmente relaciona la capacidad de obrar con el estado civil<sup>41</sup>.

MANRESA se centra en los defectos naturales que dan lugar al sometimiento a tutela, entendiendo que todos ellos afectan a la capacidad de la persona<sup>42</sup>. Partiendo del estudio del Derecho histórico entiende que las limitaciones a la capacidad nacen de las condiciones de

---

40 SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil, Tomo II, Parte General*, Madrid, 1889, pag.117.

41 VALVERDE, CALIXTO, *Tratado de Derecho civil, Tomo I, Parte General*, Valladolid, 1925, pag. 214. Dice este autor que “en el Derecho romano se consideraba al estado como una cualidad por la que el hombre gozaba de distintos derechos, pero actualmente la doctrina científica relativa al estado civil ha perdido importancia, si se tiene en cuenta la que tuvo en Roma; porque ahora las limitaciones de la capacidad obedecen en su mayor parte a la naturaleza de las cosas, y a la necesidad de que las relaciones jurídicas tengan la eficacia debida.” Sin embargo, después acaba considerando todas las distintas situaciones en que puede encontrarse una persona como estados civiles, que determinan unos derechos y deberes diferentes, es decir, no tanto una capacidad de obrar sino los derechos y deberes en general.

42 Dice que las leyes de Partida enumeraron minuciosamente las alteraciones mentales que restringían la personalidad, pero el Código con acierto las resumió bajo el criterio de no poder gobernarse por sí mismos. Pero del art. 32.2 antes referido deduce que el código parece dar a entender que las personas que están en alguna de estas condiciones no pueden, por lo general, ejercer por sí mismos los actos constitutivos de la vida civil. Y añade que de algún modo la designación de un representante legal implica una sustitución de la persona por dicho representante, de forma que no podrían los incapaces realizar esos actos por sí mismos. Es decir, que la incapacidad civil, que nosotros llamamos limitaciones a la capacidad de obrar, nace precisamente de la designación de un representante legal que le sustituya. MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA. *Código Civil Español, Tomo II*, Imprenta Revista de Legislación, Madrid, 1890, pags. 154 y 276.

menor edad o de la enfermedad mental y como consecuencia de dichas situaciones la persona queda en una situación de incapacidad para los actos de la vida civil, en los que pasa a ser sustituido por el representante legal.

CASTÁN habla de *personalidad jurídica*, en vez de capacidad, destacando así más la diferencia, ya que la personalidad es por definición una cualidad de toda persona<sup>43</sup>. Y luego distingue entre la citada personalidad o capacidad de Derecho y la capacidad de obrar, que conceptúa como en general la doctrina, como la aptitud para realizar actos con eficacia jurídica<sup>44</sup>. Y reconoce que en la doctrina hay dos teorías o formas de conceptuar la capacidad de obrar: o bien como dependiente de la capacidad natural o de la conciencia de los actos o bien como derivada de un estado civil; y considera, siguiendo la norma del art. 32.2 del CC que las restricciones de la capacidad de obrar derivan de las circunstancias de la persona, como la edad, la enfermedad, etc. No obstante, al ser necesario constatar la concurrencia de una causa de incapacidad que tenga la cualidad de impedir a una persona administrar sus bienes, al final considera la resolución judicial como una incapacitación, aunque no exista en la legislación como tal.

Es decir, la doctrina posterior a la publicación del Código civil, si bien considera que las discapacidades que limitan la autonomía de una persona son causas de restricción de la capacidad de obrar, al ser

---

43 Dice que “se es” persona, pero “se tiene” personalidad; y añade que en el Derecho romano la personalidad dependía del estado civil, pero en el moderno es una emanación de la naturaleza racional humana, distinguiendo a su vez entre las teorías iusnaturalistas, para las que la persona es un concepto previo al Derecho y las positivistas, para los que es una atribución del Derecho. CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil, tomo I, Introducción y Parte General*, Madrid, 1978, pag. 341.

44 Op. Cit., pag. 362.

necesario el procedimiento judicial para apreciar la existencia de la causa y su alcance, acaban considerándolo una incapacitación y entienden que a partir de la resolución judicial produce una inhabilitación de la persona para actuar en la vida civil.

LACRUZ considera, en base al antiguo art. 213<sup>45</sup> que el sometimiento a tutela requería en el C.c. la previa incapacitación de la persona. Es decir, aunque la ley no regulase la incapacitación como tal, de forma que se constituyera al incapacitado en un estado civil, la doctrina consideraba que la declaración de ser incapaz de administrar los bienes era de hecho una incapacitación legal.<sup>46</sup> Hay que destacar, no obstante, que la declaración sumaria de ser incapaz se resolvía mediante un auto, que podía ser impugnado en procedimiento ordinario, pero no se realizaba a través de un procedimiento normal ni la incapacitación se decidía mediante una sentencia.

Por ello no queda claro si el C.c. consideraba la declaración de incapacidad como un proceso civil por el que se privaba a una persona de su capacidad de obrar, o de una mera comprobación judicial de que concurrían las causas legales de sometimiento a tutela.<sup>47</sup>

Por otra parte, de este régimen legal se desprendía que la ley solo contemplaba dos situaciones: la de incapaz para administrar sus bienes y entonces se consideraba a la persona totalmente incapacitada,

---

45 Art. 213: *No se puede nombrar tutor a los locos, dementes y sordomudos mayores de edad, sin que preceda la declaración de que son incapaces para administrar sus bienes.*

46 LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS-SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 268.

47 Al principio se planteó si se trataba de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que según LACRUZ rechaza el TS en sentencia de 5 de mayo de 1949.

o la de plenamente capaz, sin restricciones, puesto que a diferencia de la tutela de los sordomudos y los pródigos, la de los locos o dementes no admitía una declaración graduada adaptando la incapacitación a las circunstancias de cada persona<sup>48</sup>.

Frente a este estado general de la cuestión DE CASTRO dio la teoría un giro importante. Dice que la doctrina ha sufrido uno de sus mayores errores al hacer depender la incapacitación de la falta de capacidad natural para entender y querer. Y desarrolló más técnicamente la teoría de que la capacidad de obrar de lo que depende en realidad es del *estado civil* y no de la existencia o no deficiencias o enfermedades que limitan a la persona<sup>49</sup>. Considera que el de incapacitado es un estado civil que, al igual que la minoría de edad o el matrimonio, determina una restricción de la capacidad de obrar, aunque nunca su supresión.<sup>50</sup>

Desde entonces, en la doctrina española se considera la incapacitación como un estado civil. La sentencia de incapacitación tiene carácter constitutivo del estado civil, sin carácter retroactivo, fundamentado en la seguridad jurídica que la declaración judicial y la publicidad le dan.

DÍEZ PICAZO, destaca por una parte que al decir el C.c. que la personalidad civil se extingue por la muerte excluye otras formas históricas como la *capitis deminutio* o la llamada muerte civil, distinta de la pena de interdicción civil que aún recogió el código, quedando claro en nuestro Derecho que la personalidad civil es atributo de toda persona.

---

48 Así la STS de 17 de junio 1943.

49 Ya algunos autores como Valverde habían apuntado a la idea del estado civil como regulador de la capacidad de obrar. Cfr. Supra.

50 *Op. Cit.*, Tomo II-1, pags. 54 y 314.

Y continúa indicando que las restricciones de la personalidad jurídica a que alude el art. 32, son en realidad restricciones de la capacidad de obrar, distinguiendo con claridad una de la otra.

En definitiva, para este autor en el Código civil y en general en toda la doctrina posterior a la codificación en Europa se ha asentado con claridad la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, siendo esta última la única susceptible de restricciones<sup>51</sup>.

También GULLÓN BALLESTEROS, siguiendo la orientación del profesor Federico De Castro, entiende que la modificación de la capacidad de obrar de las personas depende del estado civil<sup>52</sup>. Se entiende que la declaración o la sentencia de incapacitación tienen carácter constitutivo del estado civil de incapacitado y que no tienen carácter retroactivo,

---

51 DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albadalejo, Edersa, Jaén, 1978, Tomo I, pág. 824. Dice este autor que las restricciones no tienen todos el mismo alcance, ya que responden a intereses diversos; así en el caso de los dementes confluyen intereses de protección del propio incapaz con intereses públicos, en caso de personas peligrosas o expectativas patrimoniales de terceros; y el hecho de que estas limitaciones de la capacidad estén en función de formas de protección de intereses hace que, por regla general, los actos de los incapacitados no sean por sí mismos nulos, sino solo anulables a instancias de las personas a quienes la protección de aquellos intereses se encomienda. Es decir, los actos de estas personas son eficaces, pero sometidos a una eventual acción de impugnación.

52 Explicando la teoría del profesor DE CASTRO, GULLÓN parte de la consideración de que es cierto que la modificación de la capacidad de obrar depende de un hecho objetivo, como la edad o la existencia de una enfermedad mental persistente y se pregunta: ¿pero cómo los que contratan, por ejemplo, con esa persona, pueden conocer su falta de capacidad de obrar? Entonces adquiere su valor –dice este autor– *la constatación pública, “erga omnes”, de su situación, que la da la ley a través de la sentencia de incapacitación*. En resumidas cuentas, el interés general en la seguridad del tráfico es también un bien jurídico protegido por la institución de la incapacitación. En GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, en VARIOS AUTORES, *Los discapacitados y su protección jurídica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 15.

de forma que la situación cambia radicalmente con la sentencia; antes de ella a la persona se le reconoce plena capacidad de obrar, sin perjuicio de que se puedan impugnar sus actos o contratos por falta de consentimiento o de voluntad. Pero incluso se ha llegado a discutir la posibilidad de reconocer efectos retroactivos a la sentencia de incapacitación.<sup>53</sup>

En consecuencia, y según la doctrina general en nuestro Derecho y la jurisprudencia, los que se denominan locos o dementes, se han considerado como incapacitados, aún antes de la ley de reforma de la tutela de 24 de octubre de 1983, y al procedimiento por el que se declara su incapacidad para administrar sus bienes, como incapacitación, determinando las restricciones de la capacidad de obrar.<sup>54</sup> Sobre todo a partir de la obra de Federico De Castro, esta ha sido la doctrina general.

No cabe duda de que considerar la incapacitación como un estado civil coloca a la persona incapacitada en una situación de privación de derechos en la que puede verse quebrado su derecho constitucional a la igualdad. La Ley de reforma del Código civil en esta materia se aprueba ya en 1983, vigente la Constitución, pero no se consideró que la situación de incapacitación vulnerase ningún derecho fundamental de la persona, ya que la institución tenía como finalidad la protección del propio discapacitado

Frente a la doctrina general ha desarrollado una teoría distinta el profesor CARLOS LASARTE<sup>55</sup>, para quien, en materia de capacidad de

---

53 Dice GULLÓN (*loc. cit.*, p. 17) que este carácter retroactivo era reconocido por el Proyecto de Código civil de 1851, pero no pasó al código.

54 Según DIEZ PICAZO (*loc. cit.*), *la limitación de la capacidad, salvo en los casos de los menores de edad, no deriva de su propia condición o índole, sino de la existencia de una resolución judicial.*

55 LASARTE, CARLOS, *Principios de Derecho civil, Tomo I, Parte General y Derecho de la persona*, Marcial Pons, Barcelona, 2010.

obrar, la utilidad del concepto de estado civil es más que discutible, porque no conlleva la aplicación de un régimen normativo prefigurado y común a todos los estados civiles y que la utilización del concepto *estado civil* por el legislador español no se hace en sentido técnico, sino por mera costumbre histórica; y concluye diciendo que *se entiende como un valor para referirse a los extremos relacionados con la persona que puedan afectar a su “dignidad”, que actualmente es un valor constitucional (art. 10.1) y que, conectando la “dignidad de la persona con el principio de igualdad ante la ley” (art. 14 CE), debe llegarse a la conclusión de que la idea de estado civil debe abandonarse, por pertenecer al pasado.*<sup>56</sup>

Ciertamente, esta opinión se basa en el derecho postconstitucional, mientras que la doctrina, casi unánime, anterior se basaba en las normas de la época codificadora, pero ya indica el camino por el que por el que van a discurrir los planteamientos de final del siglo XX y principios del actual. Y también es verdad que la crítica de este autor se dirige sobre todo a los sistemas históricos que en base al estado civil restringían no ya la capacidad de obrar, sino incluso la capacidad jurídica, que el C.c. protege en su artículo 32.2.

En definitiva, aunque de los textos legales de la redacción original del Código civil no resulta la existencia de un procedimiento de incapacitación propiamente dicho, en el sentido de privar a la persona

---

<sup>56</sup> Este autor parte la idea de que *la graduación de personas que subyace en la denominada “teoría de los estados civiles” realmente convierte los presupuestos de hecho de aplicación de las normas “ad hoc” en la pretendida calificación técnica de estado civil. Y añade que la restricción, limitación o determinación concreta de la capacidad de obrar se pretende explicar en función de un concepto teórico más que atendiendo a la “ratio legis” de los preceptos “ad hoc”, que radica en proteger a una persona que lo necesita, y no en constituir grupos sociales con visos de permanencia y estabilidad.*

de su libertad civil para realizar actos jurídicos, sí que del necesario procedimiento judicial para constatar el hecho de que la persona no puede gobernarse por sí misma resulta esa privación y el sometimiento a potestad. Era en realidad una situación de hecho que el juez constata, de la que resulta el sometimiento a tutela; y sin embargo de hecho es y así se ha considerado por la doctrina y la jurisprudencia como una inhabilitación de la persona para ejercer su capacidad civil. Y éste es el punto fundamental.

Para estos autores la capacidad de obrar no depende en principio de una resolución judicial de incapacitación, sino del hecho mismo natural que determina la limitación o la constitución de la tutela o la curatela, sin perjuicio, por supuesto, de la necesidad de la intervención judicial para determinar si concurre el supuesto previsto en la ley. Pero al final el concepto de incapacidad o de persona incapacitada acaba siendo difuso, porque en todo caso se requerirá una resolución judicial para constituir una institución de guarda o para determinar si una persona puede o no gobernarse por sí misma, si concurre la enfermedad o discapacidad en grado suficiente, que en algunos países se considera como una interdicción o inhabilitación de la persona, más clara en los códigos italiano y alemán y como efecto de la tutela en el francés y el español<sup>57</sup>.

Lo cierto es que en la redacción originaria del Código civil, como hemos visto, la limitación de la capacidad no nace de la incapacitación, sino de la existencia de la causa natural apreciada por el juez que determina el sometimiento a tutela. Se habla de personas incapacitadas de aquellas que han sido declaradas en tal situación, pero no se genera un *status* de incapacitado del que nace la limitación a la capacidad de obrar. Puede que nazca de hecho, pero no de derecho.

---

<sup>57</sup> Vid, VALVERDE, *Op. Cit.*, pag. 277.

En resumen, respecto del derecho histórico, en Roma, en el Derecho antiguo, a las personas con discapacidades mentales que les impedían administrar sus bienes, considerados locos o dementes, se les sometía en principio a la potestad familiar de los agnados y los gentiles, pero luego se las sometía a curatela, de forma que la potestad del curador se extendía principalmente sobre el patrimonio, más que sobre la persona y no se le otorgaba *auctoritas*; y así continuó durante la edad media.

En cambio con la codificación en la mayoría de los códigos se sometió a estas personas a tutela, asimilándolas en este sentido al menor de edad, cuya incapacidad sí viene de su estado civil. Pero hay que tener en cuenta que para el menor de edad las legislaciones establecieron una regla general fijando una edad, antes de la cual se considera a la persona en principio incapaz y a partir de la cual se la considera capaz; pero esta solución de los proculeyanos no es viable respecto de las personas con discapacidad intelectual, para las que no es posible dar una regla general a la que atribuir una determinada capacidad, siendo por ello necesaria la decisión individual. Y sin embargo, con el sometimiento a tutela en la mayor parte de los códigos acabaron siendo asimilados a los menores de edad y por tanto considerados por ley incapaces, metiendo en el mismo saco situaciones de enorme variedad y diferencia en cuanto a sus aptitudes naturales, donde mientras unos carecen totalmente de aptitud natural para tomar decisiones sobre su persona y su vida, muchas otras personas tienen unas aptitudes más o menos limitadas.

En definitiva, al someterse a los discapacitados psíquicos a tutela, de alguna forma se les asimila a los menores de edad<sup>58</sup> y se les con-

---

58 En la época de la codificación era frecuente esta asimilación de los incapacitados a los menores de edad. Dice García Goyena que “la tutela y la curaduría han

sidera personas sometidas a potestad, dando la idea de que su capacidad ha pasado a depender de un estado civil y su voluntad anulada.

c) La jurisprudencia.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha distinguido entre capacidad jurídica y capacidad de obrar desde el principio, en su claro sentido técnico empleado por la doctrina, aunque en alguna sentencia muy antigua se hace depender la capacidad de obrar de la condición natural de tener suficiente entendimiento.<sup>59</sup>

Para el Derecho anterior a la reforma del sistema de tutela de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, la causa del sometimiento a tutela era la situación de locura o demencia, declarada en procedimiento sumario al efecto. No se exigía un juicio contradictorio ni una declaración por sentencia, pero la doctrina y la jurisprudencia entendían que la declaración judicial de ser una persona incapaz para administrar sus bienes implicaba una incapacitación legal, cuya consecuencia era la pérdida

---

sido, son y serán siempre, en su fondo y esencia una misma cosa. GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español, Tomo I-II*, Madrid, 1852 (Ed. Facsímil, Barcelona 1973), pag. 267.

59 La STS de 11 de octubre 1929 tacha de falta de capacidad el hecho de padecer una enfermedad mental, sin referencia a la declaración judicial de incapacidad. La diferencia de conceptos la pone de relieve con claridad la de 10 de julio de 1982: *Lo que los recurrentes ofrecen en el desarrollo de este motivo es en realidad un supuesto de "legitimación", figura jurídica de derecho material y formal cuyos límites ofrecen hoy, merced a la labor de la doctrina tanto científica como jurisprudencial, la suficiente claridad para no dar lugar en términos generales a dudas, ya que se trata de un instituto que tanto en sus manifestaciones de derecho sustantivo (legitimación "ad causam") como adjetivo (legitimación "ad procesum") constituyen una especie de concepto puente, en cuanto sirve de enlace entre las dos facultades o calidades subjetivamente abstractas, que son la capacidad jurídica y la de obrar (capacidad para ser parte y para comparecer en juicio en el derecho objetivo) y la claramente real y efectiva de "disposición" o ejercicio, constituyendo, a diferencia de las primeras que son cualidades estrictamente personales.*

de la capacidad de obrar y por tanto de la posibilidad de realizar actos con plena eficacia jurídica, así como la falta de responsabilidad por sus actos dañosos y el sometimiento a tutela, es decir a la potestad de otra persona.<sup>60</sup>

Lo que se estaba aplicando en aquella regulación originaria es el concepto puramente médico de discapacidad intelectual, la declaración de incapacidad de obrar absoluta, con la pérdida de autonomía personal para el ejercicio de los derechos e incluso de la libertad personal.

Y en general, a propósito de la capacidad para testar, la sentencia de 27 de enero de 1998 resume la doctrina jurisprudencial en los siguientes puntos:

- Que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (Sentencia 25-IV-1959).

- No bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamen-

---

<sup>60</sup> STS de 6 febrero 1968: *en los procesos sobre declaración de incapacidad mental predomina un interés público, cual es, el de evitar, por una parte, que seres incapaces puedan ser dueños de sus actos, así como que seres capaces pueden ser limitados en sus posibilidades de actuar libremente y por ello, la actuación del Juez goza de mayor amplitud de la que tiene en los demás procedimientos civiles, tanto para llegar a la obtención de la verdad material, como para acomodar la extensión del organismo supletorio a las necesidades del incapacitado, ya se trate de los casos previstos por la Ley como de aquéllos que no lo han sido, en este sentido ha llegado a decir la sentencia de este Tribunal de 17 de junio de 1943 , repitiendo lo que ya dijo la más antigua de 7 de diciembre de 1901, que a la autoridad judicial incluso para las tutelas ya constituidas, “compete adoptar aquellas resoluciones que estime necesarias en cada caso para defender los intereses de menor o incapaz, según, terminante disposición del artículo 292 del citado cuerpo legal “.*

tifacción y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (Sentencia 25-X-1928).

- Que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (Sentencia 18-IV-1916).

- Que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad:

1) La edad senil del testador, “pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso, ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a esta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (Sentencia 25-XI-1928).

2) Que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si estos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sentencia 25-X-1928).

Añade además que *la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sentencia 1-II-1956), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (Sentencia 25-IV-1959).*<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Con carácter específico para el testamento la sentencia continúa fijando la doctrina: *en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye*

Y según la misma sentencia, por “cabal juicio” la doctrina científica entiende aquella normalidad de la conciencia que permite comprender la importancia y consecuencia de las propias acciones y aquella integridad de la voluntad que permite decidirse libremente en las propias determinaciones sin que baste hallarse en un umbral de conocimiento, en un estado de obnubilación que, sin embargo, permita asentir y firmar. En palabras del Alto Tribunal “sin pretensión científica, pues con amplia comprensión práctica, aun cuando el término cabal es sinónimo de lo completo, justo, acabado o exacto y en tal sentido no parece que pueda predicarse de la salud mental que, como la física, es raramente perfecta, también por cabal se entiende lo normal, en cuya acepción indudablemente la Ley, en este caso, la emplea refiriéndose a que el acto de testar reúna los requisitos del acto verdaderamente humano, caracterizado por que se realice con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer lo que con el mismo se persigue” (STS 11-12-1962).

Como se ve en este resumen, ya antes de la reforma del sistema de tutela, el Tribunal hablaba de incapacitación. Y de la mayoría de las sentencias dictadas antes de esta reforma, sin que existiera formalmente en el código la incapacitación como institución que determinase la pér-

---

*una presunción iuris tantum que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario “evidente y completa” (Sentencia 8-V-1922; 3-II-1951), “muy cumplida y convincente” (Sentencia 10-IV-1944; 16-II-1945), “de fuerza inequívoca” (Sentencia 20-II-1975), cualesquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aún en estado latente en el sujeto (Sentencia 25-IV-1959), pues ante la dificultad de conocer donde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacitación que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (23-II-1944; 1-II-1956). Todo ello sin olvidar el principio del favor testamentii (T.S. 26/9/88, 26/12/92, 27/11/95, 18/5/98, 11/11/99, 15/2/01).*

dida de la capacidad de obrar, se desprende que la declaración judicial de incapacidad sitúa a la persona en un estado civil de *falta de capacidad de obrar* que determina sin más la anulabilidad de sus actos, con independencia de la indagación sobre la concurrencia o no de verdadero consentimiento o voluntad negocial. En esta época la declaración era de capaz o incapaz, sin más matices, ya que la ley solo preveía graduar la de los sordomudos.

Quizá por ello, ante el choque con la realidad, el Tribunal supremo estableció además la diferencia entre la locura o demencia y la debilidad o retraso mental, entendiendo que aunque el código no las haya distinguido, la incapacitación y la tutela debían graduarse atendiendo a cada caso concreto, defendiendo en nuestro derecho la existencia de un *númerus apertus* tanto de causas de incapacitación como de grados de tutela.<sup>62</sup>

---

62 En la misma S. citada de 6 de febrero de 1968. La STS 920/1963 de 14 junio 1963: “*pero tal decadencia no implica ni acarrea una merma de las facultades mentales, al menos de tal magnitud que suponga pérdida de la capacidad de obrar pues muy al contrario conservó hasta su muerte la plena lucidez mental*”; STS 23 de marzo de 1982 “*cuando en un caso como el presente la víctima y supuesto coadyuvante, es un adolescente de 16 años, privado por la Ley de su capacidad de obrar por considerársele que no ha llegado al desarrollo pleno de su facultades, y que carece de capacidad plena. En estas circunstancias no puede existir una completa culpa cuando el sujeto activo no tiene completo raciocinio, hecho que a mayor abundamiento, y conocido por el demandado, debía de haberlo obligado a extremar su diligencia*”. STS 1 febrero de 1956,” , *concediendo la relevancia obligada a la afirmación del Notario que lo autorizó y a la de los testigos que, como instrumentales, intervinieron sobre las manifestaciones otras que a los demás convecinos, acerca de su conducta, les pudiera merecer, ya que a éstos no les alcanza la responsabilidad que a aquéllos, uno y otros, asumían en tal solemne acto; y si bien, dada la falibilidad humana, existe la posibilidad de que puedan incurrir en equivocaciones ante la dificultad de conocer dónde acaba la razón y se inicia la locura, requiere la Ley y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración, lo que en el caso actual no acontece, sin que pueda tampoco ser objeto de olvido, robus-*

d) Derecho posterior a la Ley de 24 de octubre de 1983.

Para el Derecho posterior a la reforma de 1983, la STS de 26 de julio de 1999 recoge ya con claridad la necesidad de graduar en la sentencia de incapacitación la extensión de la incapacitación, admitiendo la incapacitación parcial, determinando los actos que le están prohibidos al incapacitado.

Y con especial claridad la de 19 de noviembre de 2004 distingue entre la incapacidad natural derivada de un trastorno psíquico, que puede conllevar una falta de consentimiento y por tanto de voluntad y conducir a la nulidad del negocio, y la incapacidad de obrar, que deriva del estado civil de incapacitado, que determinan una reducción de la capacidad de obrar en la medida que en cada caso se determine, y que conducen a la anulabilidad del negocio celebrado por la persona declarada incapaz.<sup>63</sup> En este caso se parte del principio de que es la

---

*teciendo el acierto del fallo recurrido: Primero. Que al incurso en demencia mental no le está prohibido, de modo absoluto, la testamentificación cuando recobra o se encuentra en estado de lucidez; y Segundo. Que por ser mudable, hasta la muerte, la voluntad humana, la modificación de la institución testamentaria es siempre posible, y este cambio, como expresión de la intención del causante, no puede significar que la mente del testador no esté sana.”*

<sup>63</sup> Esta sentencia hace en sus fundamentos un claro resumen de la cuestión doctrinal: *Al basarse los dos motivos en la misma argumentación, se da una respuesta conjunta a ambos, la cual debe partir de la distinción entre incapacidad natural, a consecuencia de que el sujeto se encuentre en una situación física o psíquica que elimine su entendimiento y voluntad y le impida entender y querer el acto que realiza, e incapacidad resultante del estado civil de incapacitado. Los artículos 199 y siguientes del Código Civil se refieren a la segunda, esto es, a la reducción de la capacidad de obrar, en la medida que en cada caso se determine (artículo 210 del Código Civil), por la concurrencia de alguna de las causas en la Ley (artículos 199 y 200 del Código Civil), mediante una Sentencia judicial que la declare (artículo 199 del Código Civil) y constituya, así, un estado civil nuevo, el de incapacitado. Desde ese momento, los contratos que realice el sujeto, si entran en el ámbito de la restricción, serán anulables (artículos 1.263.2 y 1.301 del Código Civil). Sin embargo, el que una persona no haya sido incapacitada no significa*

resolución de incapacitación la que determina la situación de la persona en un estado civil de incapacitado, con la consecuencia de que los actos y contratos pasan a ser anulables, conforme a lo previsto en los artículos 1263 y 1301 C.c., claro que esta sentencia se dicta ya bajo la vigencia de la ley de reforma del sistema de tutela de 1983.

---

*que sean válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso. En particular, no cabe considerar existente una declaración de voluntad contractual (de cuya coincidencia plena con la de la otra parte sobre cosa y precio nace el contrato de compraventa: artículos 1.258, 1.262 y 1.450 del Código Civil), cuando falte en el declarante la razón natural, ya que dicha carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración (la Sentencia de 4 de abril de 1.984 precisa que la incapacidad mental determina que el negocio sea radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial y que esa inexistencia es perpetua e insubsanable). Claro está, que al presumirse la capacidad del no incapacitado, la falta de capacidad natural debe probarse cumplidamente. En ese sentido la jurisprudencia (Sentencias de 17 de diciembre de 1.960, 28 de junio de 1.974, 23 de noviembre de 1.981) ha destacado de modo reiterado la validez de los actos ejecutados por el incapaz antes de que su incapacidad sea judicialmente declarada (o aunque no lo sea nunca), a menos que, concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate. También ha precisado que la capacidad de la persona se presume siempre, mientras que su incapacidad, como excepción, no sea probada de modo evidente y completo (Sentencias de 7 de febrero de 1.967 y 10 de abril de 1.987)...El artículo 1.263.2º del Código Civil, también invocado por los recurrentes, establece que no pueden prestar consentimiento los incapacitados. Con tal redacción se plantea la cuestión de determinar si la norma se refiere sólo a los incapacitados judicialmente o también a los carentes de entendimiento o voluntad que no lo hayan sido; así como si la sanción aplicable al contrato celebrado por estos es la más grave de nulidad del contrato, por falta de declaración y consentimiento, o la menos grave de la anulabilidad, por la aplicación del artículo 1.301 y del 1.302; y la de discernir si el contrato celebrado por el incapacitado en el que falte la capacidad natural de entender y querer es nulo por falta de consentimiento, además de anulable por razón de la incapacitación o sólo esto último. Esas cuestiones, sin embargo, no han sido planteadas por los recurrentes, que, como se ha dicho, se han limitado a sostener la necesidad de la incapacitación del contratante para la declaración de nulidad del contrato por falta de voluntad y entendimiento. A tal planteamiento se debe responder en sentido negativo, cual se declaró.*

En esta fase por tanto el Tribunal Supremo mantuvo y perfiló ese planteamiento teórico, defendiendo siempre la existencia de casos muy diferentes que deberían implicar resoluciones a medida, permitiendo la ley elegir entre tutela representativa y curatela asistencial. Sin embargo, casi siempre se siguió constituyendo la tutela, siendo muy escasos los supuestos de curatela asistencial.

e) Planteamientos de reforma del sistema.

Ya desde la época de la publicación de la ley de 24 de octubre de 1983 se han manifestado en nuestro país opiniones manteniendo la necesidad de reforma del sistema de incapacitación de las personas con discapacidades psíquicas.

Como decía MARTÍN CALERO<sup>64</sup>, quizá porque nadie estaba demasiado satisfecho con la situación previa respecto de la discapacidad, se ha procurado cambiarle casi todo, comenzando por la terminología y entre los nuevos términos se ha empezado a hablar de visibilidad. Así como antes cuando en una familia había una persona con una discapacidad intelectual se ocultaba o bien en el propio hogar o encerrándola en una institución, pero en todo caso esas personas eran apartadas de una vida normal, porque se les consideraba incapaces de llevarla y por tanto se las apartaba de toda decisión y de toda acción.

Sin embargo, sigue apuntando MARTÍN CALERO, en los últimos años del siglo pasado la situación ha cambiado radicalmente y los discapacitados han sido reconocidos por la sociedad y tal reconocimiento ha ido acompañado de solidaridad, ayuda, comprensión, respeto y ge-

---

<sup>64</sup> MARTÍN CALERO, CARLOS, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2005, p. 3.

nerosidad, también por parte de los poderes públicos, con la aportación de las asociaciones o entidades de apoyo a las personas discapacitadas.

En el ámbito jurídico han sido muchos los pasos que se han dado para mejorar la situación de los discapacitados, pero en los últimos años del siglo XX mucho más en el Derecho público que en el privado y más en el sentido de mejorar las prestaciones y los tratamientos rehabilitadores, que en el campo de la integración social, ya que han seguido siendo discriminados en el sentido de negarles lo que las personas consideradas normales sí pueden hacer.<sup>65</sup>

En cambio, en el Derecho privado, ha seguido aplicándose de forma constante el sistema de tutela de autoridad, con la incapacitación como figura central, basada además en la dicotomía capaz/incapacitado, sin distinciones intermedias, de forma que los discapacitados incapacitados quedaban totalmente excluidos de la capacidad de obrar, por regla general. Únicamente, ya en el siglo actual, con la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapa-

---

<sup>65</sup> Martín Calero llama la atención de que la discriminación negativa, de excluir a los discapacitados de la posibilidad de hacer cosas que los demás pueden se ha intentado justificar en el absurdo que supondría atribuirle derechos que realmente no tiene la capacidad material de ejercitar, siendo preferible, incluso por su protección, negarles aquellas que realmente no pueden hacer (loc. cit., p. 7). Entre las medidas de apoyo y mejora de la situación podemos citar en el Derecho público la Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), la Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, No discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (LIONDAU), la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, la Ley 49/2007, por la que se establece el Régimen de infracciones y sanciones en materia de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, la Ley 27/2007, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral o Real Decreto Legislativo 1/2013, con rango de ley general, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.

cidad, se han empezado a dar pasos en favor de la mayor autonomía de los discapacitados, como por ejemplo la regulación de la autotutela o la utilización del concepto de capacidad suficiente, que abre la puerta a una mayor graduación de los muy variados supuestos que pueden presentarse.

Por ello llama la atención el fuerte contraste que ha habido entre la evolución de la creciente preocupación que los poderes públicos, las organizaciones internacionales, asociaciones y colectivos de apoyo a los discapacitados y en general las normas de Derecho Público han demostrado en la mejora de la dignidad, autonomía e integración de las personas con discapacidad y el inmovilismo demostrado por el Derecho privado, con el mantenimiento a rajatabla del proceso de incapacitación y el sometimiento a tutela.

Lo cierto es que el sistema tradicional de incapacitación y sometimiento a representación legal no ha cuadrado bien con la política general de integración de los discapacitados, en la familia y en la sociedad, como evidencia el hecho de que la mayoría de las personas en situación de ser incapacitadas no lo han sido, al tratar las familias de retrasarla o evitarla todo lo posible y solamente se ha acudido al trance del proceso de incapacitación cuando a la familia no le ha quedado más remedio, para poder ocuparse de la administración de los bienes y la representación del discapacitado o cuando por intereses de otras personas se solicitaba la incapacitación para controlar su patrimonio.

El Tribunal Constitucional se hizo eco de esa sensibilidad, defendiendo que toda restricción de la capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona, e incluso que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración Universal de

los Derechos Humanos lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).<sup>66</sup>

Obviamente, con la ley en la mano no llega tan lejos como para defender la superación de la incapacitación o para decir que ésta sea contraria a los derechos constitucionales, pero si a exigir que la incapacitación pase por un proceso judicial que asegure el pleno conocimiento por el juez de la situación de la persona.

Lo importante de esta declaración del Constitucional es que por una parte ya reconoce que la incapacitación judicial afecta a la dignidad de la persona y por otra utiliza casi indistintamente el concepto de capacidad jurídica y el de capacidad de obrar, como si ambos fueran dos caras de la misma moneda o dos aspectos de una única capacidad.

---

<sup>66</sup> STC 174/2002, de 9 de octubre (FJ 5) en la que estableció que: *en el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por Sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación.*

En la época anterior a la Convención de Nueva York la jurisprudencia había ya dado pasos en el sentido de humanizar el proceso de incapacitación. Aunque el planteamiento técnico se mantuvo invariable, enseguida se destacó la importancia de ponderar el mandato del art. 210 del C.c. y adaptar bien el grado de incapacitación a la situación personal de cada persona, con un criterio restrictivo, constituyendo la curatela en lugar de la tutela siempre que sea posible.<sup>67</sup>

Pero sobre todo a partir de la ratificación por nuestro país del Convenio de Nueva York, la jurisprudencia ha valorado la situación legal de persona declarada incapaz a la luz de los nuevos principios y ha empezado a hablar de medidas de apoyo, mucho antes de la reforma llevada a cabo por la ley 8/2021. La nueva terminología derivada de la Convención se centra en el hecho de que la resolución judicial de incapacitación no puede establecer privación de derechos o inhabilitación

---

<sup>67</sup> En la sentencia citada se dice que *Implicando la incapacitación* la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse (así, sentencias de 31 de diciembre de 1991 y 31 de octubre de 1994) respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección al presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial; *ésta siempre se deberá apoyar en la realidad fáctica de la persona del presunto incapaz, comprobada por la prueba que exige el art. 208 del Código civil* y toda aquella que sea precisa y siguiendo siempre un criterio restrictivo; la situación, pues, de inidoneidad natural para regir su persona y administrar y disponer de sus bienes, debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada, aplicando el artículo 210 en el sentido de fijar adecuadamente la extensión y los límites de la *incapacitación*; y concluye que *aplicando los principios, antes enunciados, estimamos que la incapacitación debe ser parcial, en un doble sentido: que afecte sólo a los actos de disposición, que son los más trascendentes en su patrimonio y que no produzca su privación de capacidad de obrar, sino su restricción, conservando su iniciativa pero precisando los actos dispositivos del complemento de capacidad que le dará, si procede, un curador, tal como disponen los artículos 287 y 289 del Código civil.*

de la persona, como ocurría con las sentencias de prodigalidad o con la interdicción civil.

Por ello debemos ahora hacer referencia primero a la Convención, para luego ver cómo nuestro Tribunal Supremo la ha ido aplicando ya en el largo período de tiempo que va desde su aprobación en Naciones Unidas y su ratificación por el Estado español hasta la Ley 8/2021 que modifica el Código civil para incorporar a nuestro Derecho positivo las nuevas reglas y principios que fueron aprobados en dicha convención.

## VI. LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y EL NUEVO PARADIGMA DE LA CAPACIDAD.

### a) Iniciativa en Naciones Unidas.

La Constitución Española de 1978 en el art. 49, contenía una declaración de principios respecto del reconocimiento a los discapacitados de los mismos derechos fundamentales en condiciones de igualdad.<sup>68</sup> Sin embargo, hasta que la situación de las personas discapacitadas no fue abordada con decisión por la Organización de las Naciones Unidas, no puede decirse que el Derecho se haya ocupado de este colectivo desde el punto de vista del reconocimiento de su situación entre los derechos fundamentales.<sup>69</sup>

---

68 *Artículo 49 (redacción originaria).*- *Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.*

69 Vid. TORRES COSTAS, EUGENIA, “La Convención de Nueva York y los principios que la inspiran”, en LLAMAS POMBO, EUGENIO Y OTROS, *El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, Wolters Kluwer,

Por ello la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de dicho organismo en Nueva York el 13 de diciembre de 2006<sup>70</sup>, supone un giro copernicano en el enfoque internacional de esta cuestión en todo el mundo, por diversas razones:

En primer lugar, porque supone establecer una serie de obligaciones vinculantes para los estados que la suscribieron.

En segundo lugar, aunque no menos importante, porque cambia radicalmente el enfoque de la situación de las personas discapacitadas, pasando de lo que se ha denominado el “modelo médico”, según el cual la protección de estas personas se basaba solamente en el reconocimiento de situación personal de discapacidad y el tratamiento de la misma como enfermedad y las posibles soluciones a la misma al denominado “modelo social”, más centrado en asegurar a las personas con discapacidad su participación en la vida social en igualdad de condiciones que el resto de la población, de forma que su discapacidad ni suponga además una discriminación negativa en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos en general. Es lo que se ha denominado el cambio de paradigma.

b) Trabajos preparatorios.

En los trabajos previos a la Convención de 2006 se puso en evidencia de manifiesto el deseo muy extendido de cambiar el paradigma clásico que hemos referido por un sistema que no implicase la susti-

---

Madrid, 2022, págs. 17 y ss.; tiene una amplia exposición de los precedentes y proceso de redacción de la Convención de Nueva York.

<sup>70</sup> Ratificado por España mediante instrumento de 23 de noviembre de 2007, publicado en el BOE el 21 de abril de 2008, en vigor desde el 3 de mayo.

tución de la voluntad de la personas discapacitadas.<sup>71</sup> Se aceptó como punto de partida la opinión de los expertos y sobre todo las demandas de las organizaciones de defensa de los derechos de los discapacitados.

Las organizaciones de discapacitados identificaban la incapacitación y la tutela con la muerte legal de la persona y la violación de sus derechos fundamentales. Y la principal diferencia consistía en que en el nuevo sistema de asistencia se actúa según la voluntad de la persona mientras que en el de tutela la voluntad se sustituye.

Se entendía de forma unánime que el paso del modelo médico al modelo social implicaba necesariamente el paso de un sistema de incapacitación y sometimiento a tutela, con sustitución de la voluntad de la persona y designación de un representante legal, a un sistema en el que la persona no fuera apartada de la toma de sus propias decisiones sobre su vida y su persona, es de decir un sistema sin incapacitación y

---

71 EUGENIA TORRES COSTAS, que expone con detalle el proceso de negociación y reuniones que dio lugar a la Convención, dice que desde los años 80 en Naciones Unidas se generó la preocupación por la defensa de los derechos de las personas con discapacidad a fin de evitar la discriminación o proteger su igualdad de oportunidades y desde el principio se dio entrada a la participación de las asociaciones de discapacitados. TORRES COSTAS, EUGENIA: “La convención de Nueva York y los principios que la inspiran.” En LLAMAS POMBO, EUGENIO, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, MARÍA NIEVES Y TORAL LAA, ESTRELLA. *El nuevo derecho de las capacidades*. Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pag. 17 y ss. También GETE ALONSO ha destacado que la Convención de Naciones Unidas fue fruto de una cuidada y pormenorizada elaboración en la que participaron, además de los Estados, organizaciones no gubernamentales que representaban a las personas con discapacidad. Dice esta autora que el proceso de negociación, en el que se contrastaron prácticamente todos los intereses en juego, presentó la novedad de haber sido la primera vez que en la que intervinieron e hicieron valer sus opiniones las personas directamente afectadas, lo que se refleja en su contenido (GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN, “El nuevo modelo de la discapacidad. La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Jornadas sobre el Nuevo Modelo de Discapacidad*, Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, Barcelona, 2020, pag. 13.

con medidas de apoyo, que consisten básicamente en asistencias a la persona para que ella misma siga tomando sus decisiones, con más o menos apoyo, según los casos, discutiéndose únicamente en este nuevo sistema si en los casos más rigurosos de discapacidad debía mantenerse, con carácter excepcional, el sistema clásico de representación legal, por supuesto también sin incapacitación.

La Resolución 56/168 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 19 de diciembre de 2001 creó un Comité especial para preparar la Convención y recomendó a los Estados celebrar encuentros y reuniones para elaborar propuestas.<sup>72</sup> México organizó una reunión de expertos en julio de 2002, y entre las recomendaciones de esta reunión estuvo la de pasar a un sistema de apoyos en la toma de decisiones en lugar del clásico de sustitución por un representante legal, salvo en los casos excepcionales en que se impone la necesidad de la representación legal. De esta idea, ya propugnada por organizaciones de discapacitados y ONGs de ayuda, surge el nuevo paradigma, que era por tanto el sistema de asistencia y no el de representación. La idea principal fue la de reconocer la libertad de autodeterminación en la toma de sus decisiones de los discapacitados, hasta donde fuera posible y evitar, en igual medida, ser representado por otra persona, proponiendo como alternativa la prestación de apoyos mediante la asistencia. Esta idea podemos decir que se convirtió en la piedra angular del planteamiento de la nueva situación jurídica de los discapacitados.<sup>73</sup>

---

72 TORRES COSTAS dice que *la invitación de la Asamblea General a la participación de las organizaciones no gubernamentales quedó plasmada oficialmente en la Resolución 56/510 (Ob. cit, pag. 23).*

73 *La participación activa de las organizaciones de personas con discapacidad y de las propias personas con discapacidad fue uno de los aspectos más novedosos y enriquecedores del proceso.* TORRES COSTAS, loc. cit., pag. 25.

Ya en las sesiones de la Convención el principal tema de discusión continuó siendo el mismo, partiendo de la base de pasar a un sistema de apoyos a las decisiones de los propios discapacitados, pero discutiéndose si en los casos más severos habría que seguir acudiendo al sistema de sustitución y representación.

En estas discusiones, a la hora de tratar de la capacidad de las personas discapacitadas, se dio mucha relevancia al concepto que para los países de tradición jurídica anglosajona tenía el concepto de *legal capacity*, ya que de lo que se discutía era de la *legal capacity* de las personas con discapacidades.

El problema conceptual, y también terminológico, que quizá se ha cruzado en el camino de la Convención, es que en el derecho anglosajón ese concepto de “*legal capacity*” tiene un alto grado de ambigüedad, ya que se utiliza tanto para designar a la capacidad jurídica como a la capacidad de obrar. Para ellos *legal capacity* es tanto la que tiene una persona jurídica a la que se reconoce capacidad para ser titular de derechos y obligaciones (capacidad jurídica), como es la que tiene un mayor de edad para realizar actos con eficacia jurídica (capacidad de obrar) o la que se requiere para la plena eficacia de determinados actos o contratos (capacidad especial).

Por eso, cuando con relación a la Convención se habla de *legal capacity*, tanto en uno como en otro sentido, se traduce literalmente para los derechos de tradición latina por *capacidad jurídica*, pero hay que tener en cuenta que generalmente, tratándose de regular los derechos de las personas con discapacidad, de lo que se está hablando es realmente de la *capacidad de obrar*, que es la que interesa a estos efectos.

Según TORRES COSTAS, durante toda la discusión de la Convención se mantuvieron intensos debates sobre si dentro del concepto de capacidad jurídica de los discapacitados debía de entenderse integrado el concepto de capacidad de obrar. Y si en el nuevo sistema de apoyos tendría cabida el sistema de sustitución de la voluntad para aquellas situaciones más extremas.

Es decir, con relación al modelo de sistema legal para el ejercicio de la capacidad, se defendió la implantación como sistema principal el de apoyos para la toma de decisiones mediante una mera asistencia, conservando, en la medida de lo posible, la actuación personal del discapacitado con la ayuda que en su caso pudiera necesitar, según sus circunstancias personales, lo que se llamó el modelo de apoyo en la toma de decisiones, lo cual implicaba aceptar que se pudiera ejercitar la capacidad jurídica por medio de otra persona o representante legal solo en circunstancias excepcionales. Se seguían con ello las directrices marcadas por la reunión de expertos mantenida en México del 11 al 14 de julio de 2002.

Parece que en las discusiones de las sesiones de la Convención este sistema se aceptaba unánimemente, quedando reducidas las discusiones, sobre todo por parte de los países más reacios al cambio, a determinar en qué circunstancias más o menos excepcionales se seguiría manteniendo la representación legal. Finalmente se logró la unanimidad en la aprobación de las normas de la Convención, tal como quedó redactada, ya que en la idea de implantar en la medida de lo posible el sistema de apoyos no hubo discusión, sino que se aceptó como punto

de partida la opinión de los expertos y sobre todo las demandas de las organizaciones de defensa de los derechos de los discapacitados.<sup>74</sup>

Según indica TORRES COSTAS, algunas organizaciones de discapacitados y ONGs fueron muy beligerantes en contra de la incapacitación y la tutela, pues la identificaban con la muerte legal de la persona y con la violación de sus derechos fundamentales.

La diferencia principal que implica el nuevo paradigma defendido en la Convención es que en el sistema de asistencia se indaga y actúa según la voluntad de la persona, mientras que en el sistema de tutela la voluntad se sustituye y la persona no tiene porqué participar en el proceso de toma de decisiones.

Esta diferencia principal implica muchos cambios concretos en la regulación del ejercicio de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad, pero principalmente impone como consecuencia que la persona continúa tomando ella misma, personalmente, las decisiones que afectan a su vida, a su persona y a su patrimonio y es el propio titular el que emite, en cuanto sea posible, las declaraciones de voluntad, lo que en primer lugar implica que a la persona con discapacidad es necesario reconocerle capacidad para actuar en derecho con eficacia

---

<sup>74</sup> De la exposición que hace M<sup>a</sup> EUGENIA TORRES COSTAS del proceso negociador del asunto de la capacidad jurídica se desprende que hubo un intenso debate en torno a esta cuestión, en el que se barajaron todas las posibilidades, pero que la mayoría, tanto de los representantes de Estados como de las organizaciones civiles de apoyo a los discapacitados, defendían un sistema de apoyos que permitiera mantener la autonomía e independencia de la persona, sin ser sustituida su voluntad con la designación de un representante legal, que se aceptaba solo para casos extremos, y aun así procurando en estos casos que el representante actúe según los deseos y preferencias de la persona sin sustituir su voluntad, tratando de indagarla y respetarla si es posible y, en último término, tomando la decisión según lo que parezca más acorde con su trayectoria vital. *Ob. cit.*, págs. 28 y ss.

jurídica, sea por sí sola o mediante los apoyos necesarios, es decir con la asistencia de otra persona que la ayuda y vela por sus intereses, y en segundo lugar que no tiene cabida en este sistema la incapacitación.

Finalmente, tras largas discusiones, se asumió en las reuniones de la Convención que el concepto de capacidad jurídica comprende tanto la capacidad para ser titular de relaciones jurídicas como la capacidad de obrar y ambas se reconocen a las personas con discapacidad. Obviamente ello no quiere decir que a esa persona se le reconozca una capacidad que no tiene; la capacidad natural para entender y querer será la que cada persona tenga, pero en el nuevo sistema ya no habrá una capacidad, o mejor dicho, una incapacitación predefinida por la ley como *status* jurídico. Lo contrario se dice que iría en contra del derecho a la igualdad ante la ley.

Por eso se ha dicho que el precepto suprime la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Dice TORRES COSTAS<sup>75</sup> que una vez aprobada la Convención la discusión continuó en el sentido de que muchas personas seguían pretendiendo distinguir entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

c) Las normas de la Convención.

La Convención parte de las siguientes consideraciones, recogidas en su preámbulo:

1. El reconocimiento de los derechos fundamentales a todas las personas sin que pueda existir discriminación alguna por ninguna causa, debiendo garantizarse que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación.

---

<sup>75</sup> *Op. cit.* pag. 33.

2. El reconocimiento de que la discriminación por razón de discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano.

3. La importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones, y que por ello deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente.

Y en base a ello fija en su artículo 3º los principios que la inspiran, destacando:

1) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

2) La no discriminación;

3) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad

A la luz de estos principios, el art. 12 regula los aspectos jurídicos con el título de “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, y dispone, entre otras, las siguientes normas:

1º. *Que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Esta en nuestro Derecho no era necesaria, si entendemos, como corresponde según lo visto hasta ahora, que por personalidad jurídica se refiere a la tradicionalmente denominada “capacidad jurídica”, que como hemos visto en nuestro Derecho se reconoce a toda persona, por el hecho de serlo. Esta mención del apartado 1 tiene, sin embargo, la utilidad de reconocer la diferencia entre capacidad jurídica y la de obrar.

2°. Que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3°. Que los Estados Partes deberán proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En estas dos normas, que son en realidad la misma, por capacidad jurídica, hay que entender lo que nosotros denominamos capacidad de obrar, ya que es distinta de la personalidad jurídica mencionada en el apartado 1 y se refiere al ejercicio de la capacidad en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.

Esta norma por tanto está imponiendo una prohibición tácita de establecer incapacidades y una obligación de suplir las deficiencias de las personas con medidas de apoyo. La sustitución de la voluntad de la persona por la de un representante legal debe ser cambiada por medidas de apoyo para que la persona ejerza su capacidad jurídica, obviamente en la medida de lo posible.

Pero por si hubiera alguna duda, el apartado 4 concreta más la norma obligando a Los Estados Partes a establecer salvaguardias:

4°. Establecer salvaguardias que aseguren que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

En otras palabras, la Convención establece que las medidas de apoyo o complemento para el ejercicio de la capacidad que se establezcan tengan unos controles que impidan el abuso de quienes hayan de prestarlas en contra de la voluntad y preferencias de la persona, que siempre deben ser respetadas y encomienda a los jueces y autoridades la vigilancia del cumplimiento de dicha finalidad. En definitiva lo que se hace es cambiar, en la medida de lo posible, la sustitución de la voluntad de la persona por la de su tutor o representante legal, debiendo atenderse a la voluntad de la persona en la medida en que esta exista, claro está.

Finalmente, en el apartado 5 concreta un poco más la norma anterior, estableciendo como obligación de los Estados Partes:

*5°. Garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a:*

*- Ser propietarias y heredar bienes.*

*- Controlar sus propios asuntos económicos.* Este apartado es más difícil de cumplir, porque el control de los asuntos económicos puede no estar al alcance de la persona, por lo que la norma puede entenderse en dos sentidos: O en el de que la propia persona o en su caso la que preste las medidas de apoyo, controle su situación económica para impedir los terceros abusen de ella o que la propia persona puede intervenir personalmente en el control de su propia economía hasta donde sea posible.

*- Tener acceso en igualdad de condiciones al crédito financiero.* Lo cual no es ya una restricción de la capacidad jurídica sino una cau-

tela para que las normas civiles de un determinado país no puedan establecer una limitación de la capacidad de obrar tan drástica que implique una prohibición de acudir al crédito, ni siquiera con autorización judicial, prohibición que en su caso la ley obviamente establecería como medida de protección de la persona.

Y por último, en este apartado 5, como cláusula general, impone a los Estados la obligación de:

*-Velar por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

Es decir, una vez más, la desconfianza hacia las personas que presten medidas de apoyo, en el sentido de que la ley tiene que impedir que la facultad de administrar los bienes de la persona con discapacidad pueda llevar en la práctica a una efectiva privación arbitraria de la posibilidad de intervenir en la administración o, aún sin ella en los casos en que no sea posible, al disfrute de sus propios bienes en relación a su fortuna, lo que puede suceder por ejemplo mediante el internamiento en una residencia o mediante la mera administración.<sup>77</sup>

De alguna manera la Convención trata de prevenir la situación de que el interés superior de la familia en la conservación del patrimonio o el interés egoísta de terceros, implique una privación de bienes y derechos económicos para el discapaz, que en su vulnerabilidad es lo más fácil que ocurra.

Por ello la Convención pone la vigilancia de todas estas cuestiones en manos de la autoridad judicial, lo cual en el fondo no supone ninguna novedad, porque siempre se ha hecho así.

---

<sup>77</sup> No cabe duda de que en el sistema tradicional de la tutela este puede ser el primer efecto de la incapacitación.

Pero pensemos que el sistema jurídico establecido en cada caso por el Derecho Positivo implica enormes diferencias, según cual sea la función del Juez en cada caso. De hecho si nos fijamos, la evolución histórica va en sentido de un refuerzo cada vez mayor del control judicial. Desde luego el sistema que más puede en teoría favorecer los abusos es el de la tutela de familia, aumentando el control judicial en el de tutela de autoridad, implantado entre nosotros en 1983.

Pero si es necesario ese control judicial, ¿dónde está entonces la novedad del planteamiento? En mi opinión, en tres cuestiones de suma importancia:

1° En imponer como principio básico el respeto y consideración de la dignidad de la persona con discapacidad, en su dimensión como persona con entendimiento y voluntad, hasta donde la tenga.

2°. En la necesidad de atender a la voluntad y preferencias de la persona, que será necesario indagar hasta donde sea posible, lo cual implica la necesaria regulación de la autocuratela, con especial importancia para calibrar la capacidad necesaria o suficiente para otorgarla, y la relevancia que deben de tener los poderes preventivos.

3° Y en la prohibición de establecer medidas de privación de Derechos, que en el derecho anterior era casi el principal medio de protección de las personas.

Esto impone:

- La supresión de la institución de la incapacitación y en general las privaciones de derechos, sobre todo las prohibiciones o inhabilitaciones para participar en la vida jurídica, como la prohibición de hacer testamento, de casarse, de votar o de contratar.

- La supresión de los sistemas de ayuda o protección consistentes someter a la persona a la potestad de otra, eliminando por tanto la tutela de la persona.

- Y la organización de unos medios de apoyo para facilitar que la persona ejerza ella misma su capacidad con la ayuda que necesite.

Obviamente con plena consciencia de la realidad de que todo lo que la persona pueda hacer requiere la existencia de una voluntad consciente y real, es decir la emisión de una declaración de voluntad real.

Hasta aquí las normas del art. 12, pero no acaba ahí la cuestión, ya que el resto de las normas de la Convención tienen también obligaciones de vital importancia que han sido igualmente trasladadas a nuestro Derecho:

Así, cabe destacar:

- *Que no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.*<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> Art. 14. Este artículo tiene una trascendencia importante en la regulación que en cada país se hace de los internamientos no voluntarios, no solo en centros sanitarios, como los hospitales de salud mental, sino también en residencias para personas mayores. Respecto de esto último ha habido sus dudas y polémicas en nuestro Derecho, finalmente resueltas por la jurisprudencia, que quizá la ley no ha cuidado de regular mejor, posiblemente porque al estar en la Ley de Enjuiciamiento Civil y no en el C.C. ha quedado al margen de la reforma. Aunque la Ley 8/2021 sí que ha reformado la LEC en los asuntos en que era necesario, el art. 763 que regula esta cuestión no se ha tocado, obviamente por entender que no era necesario. Sin embargo en la jurisprudencia se ha suscitado la duda de qué ocurre en los casos en los que una persona es ingresada en una residencia en contra de su voluntad y no se ha solicitado o la previa autorización o la ratificación judicial en el plazo de las 24 horas fijado por la ley, pues el TS ha entendido que pasado este plazo no procede ya acudir a ese procedimiento sumario para autorizar o no la medida, sino que el cauce procesal adecuado es el procedimiento de incapacitación de la persona, que actualmente habría que remitir, una vez desaparecida la

- Libertad de desplazamiento y a elegir su residencia (en cuanto al país o lugar)<sup>79</sup>.

- El derecho a *elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico*<sup>80</sup>.

- *El derecho a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges.*<sup>81</sup>

- Libertad de participación política, que se traduce en el derecho a no ser privado del voto y en su caso de ser también candidato<sup>82</sup>.

Las consecuencias prácticas de este nuevo planteamiento ya las hemos apuntado: imponen la necesidad de no regular en el Derecho los medios de ayuda a las personas con discapacidad estableciendo mediante una resolución judicial una restricción formal y oficial a su capacidad de obrar. Ahora la Convención lo que obliga es a considerar que, además de capacidad jurídica, los discapacitados también tienen capacidad de obrar, que no se les puede limitar creando un status legal de

---

incapacitación, al procedimiento que ahora se regula para establecer medias de apoyo. El TC lo ha corroborado en S. de 29 de febrero de 2016.

79 Art. 18.1.

80 Art. 19, a). Es muy frecuente, dentro del ámbito familiar, que la persona que está cuidando o prestando medida de apoyo a una persona con discapacidad, sobretudo en la tercera edad, decida no solo con quien vive, sino incluso con quien se relaciona la persona con discapacidad, incluso privándola de relacionarse con otras personas de su familia.

81 Art. 23, a). De ahí la nueva regulación de la capacidad para contraer matrimonio que recoge nuestro Código civil en el nuevo art. 56, párrafo 2º. El mismo art. 23 hace referencia también, entre otras cosas, a la libertad de establecer sus relaciones personales.

82 Art. 29, que ha motivado la Reforma de la Ley de Régimen Electoral, antes mencionada.

incapacitado, y las medidas de ayuda o protección hay que plantearlas como simples apoyos para el ejercicio de la capacidad de obrar.

d) Influencia de la Convención en el Derecho español. Cambios en la jurisprudencia.

Una vez firmada y ratificada por nuestro país la Convención de Nueva York, sus principios impusieron un cambio radical en la forma de ver la situación jurídica de los discapacitados.

La jurisprudencia española enseguida asumió los nuevos principios de la Convención, que trató de coordinar o encajar con el Derecho vigente. Aunque la empresa fue digna de reconocimiento, hay que reconocer que sin un cambio legislativo no era posible, porque como hemos visto antes el principal fundamento de la nueva filosofía era devolver la autonomía y la iniciativa al propio discapacitado, lo cual es incompatible con la incapacitación y el sometimiento a tutela, al menos con carácter general.

1. La Sentencia 2362/2009, de 29 de abril.

Merece especial atención, y por ello debemos detenernos un momento en ella, la STS de 29 abril 2009, de la que fue ponente Encarna Roca y Trías, que asume los postulados del Convenio de NY y fija de modo más sistemático la doctrina que otras sentencias anteriores ya tenían asimilada.

En dicha sentencia tiene ya especial relevancia el informe del Ministerio Fiscal, que asumiendo con clarividencia y decisión las consecuencias que se derivan de lo acordado por los Estados en la Convención de Nueva York, trata de aplicar directamente el Derecho de la Convención, como derecho vigente en España, dice que unifica la capacidad jurídica y la de obrar y suprime la distinción y se opone a la

incapacitación. Dicho informe defendió que *las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, poseyendo capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y para conseguir esa igualdad, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad. La Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de esta necesaria “igualdad”, proporcionándole los mecanismos de apoyos adecuados, asegura a la persona con discapacidad, su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar.*

Y concluye que la Convención propugna la sustitución del modelo de *sustitución en la toma de decisiones por el nuevo modelo de apoyo o asistencia en la toma de decisiones, aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno.*<sup>83</sup>

---

83 El informe continúa desgranando consecuencias de los principios de la Convención para la aplicación del Derecho de la incapacitación: Consecuencia de ello es que deben tenerse en cuenta una serie de circunstancias personales, relativas a la salud y sobre todo, económicas y administrativas, entre las que destaca a) Conocimiento de su situación económica, capacidad para tomar decisiones de contenido económico, (cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.). Capacidad para conocer el alcance de: préstamos, donaciones, cualesquiera otros actos de disposición patrimonial. Capacidad para el manejo del dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor, b).- Capacidad relacionada con el objeto del procedimiento de modificación de la capacidad y sus consecuencias. Capacidad para otorgar poderes a favor de terceros y capacidad para realizar disposiciones testamentarias. Este planteamiento pone de relieve una idea importante que ya estaba vigente en nuestro Derecho, pero a la que no se le habían sacado todas las consecuencias y que ahora el nuevo planteamiento sobre la autonomía del dis-

Termina el informe diciendo que *la aplicación del Art. 12 de la Convención supone un desafío para nuestro sistema, pues no solo afecta a los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar y a las consecuencias que su unificación representa, sino que incide de lleno en el proceso especial de “capacidad de las personas”, fundamentalmente en la incorporación del “modelo de apoyos”, que se enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional.*

Este informe del Fiscal la verdad es que asume plenamente los postulados de la Convención y acepta sin reservas las consecuencias que ellos ineludiblemente imponen, asumiendo lo que quizá es la consecuencia más difícil de aceptar sin más: la llamada supresión de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, que no es en realidad otra cosa que el reconocer a las personas con discapacidad que tienen la misma capacidad de obrar que el resto de las personas.

Pero no da el último paso, que viene también impuesto por el nuevo sistema, cual es el de la necesidad de suprimir la incapacitación como *status* de la persona, porque choca frontalmente con el derecho vigente, a no ser la cuestión del rango normativo<sup>84</sup>, pero que sí se plantea

---

capacitado pone blanco sobre negro encima de la mesa: Que si se quiere acertar con las medidas de apoyo el Derecho tiene que estudiar de forma individualizada caso por caso y hacer lo que se ha llamado el traje a medida. idea que ya está en el antiguo artículo 210 CC y pervivió en el 760.1 de la LEC, hoy derogado (*Artículo 210: La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado*).

84 En el sentido de que la Convención es un Tratado Internacional incorporado al derecho interno por la ratificación del Estado español y tiene por tanto un rango cuasi constitucional superior al de una ley ordinaria, a la que puede superponerse o condicionar, aunque también es cierto que la propia Convención en su artículo 4 ha dejado a los Estados un margen de tiempo para que vayan adaptando sus leyes a los nuevos principios y al nuevo Derecho, sin pretender tener un efecto deroga-

el Tribunal Supremo, que llega a la conclusión, en esa sentencia, de que hay que plantearse si el régimen legal de la incapacitación de 1983 puede ser mantenido a la luz de la Convención de Nueva York, que forma parte ya de nuestro Derecho.<sup>85</sup>

Razona la necesidad de hacer este planteamiento diciendo que la Convención pretende (arts. 3 y 12 entre otros) promover, proteger y asegurar a las personas con discapacidad el pleno goce de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad con los demás<sup>86</sup> y que nuestro país ya ha tomado decisiones en ese sentido, como algunas normas de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad y la ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, más conocida como Ley de Dependencia,<sup>87</sup> y sobre todo con la

---

torio directo, al tiempo que ha creado un Comité de seguimiento para vigilar la evolución de esos cambios legislativos, entre otros.

85 Dice la sentencia que *el problema planteado en el recurso de casación y en la impugnación del Ministerio Fiscal se centra, en consecuencia, en determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la **incapacitación** como medida de protección de las personas incapaces.*

86 Entiende a estos efectos por personas con discapacidad *aquellas que tengan “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.*

87 Y recalca, en su defensa de la sensibilidad mostrada por el Derecho español en este tema, *que debe afirmarse que el Derecho español, en aplicación de lo establecido en el Art. 49 CE, ha tomado la iniciativa en la protección de este grupo de personas que por sus características personales pueden sufrir una serie de limitaciones en su integración social y ello se ha realizado tanto en el campo del Derecho civil, como en el ámbito del bienestar social.* En realidad, como hemos apuntado antes, en la legislación citada se ve claramente el contraste entre la

Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de Registro Civil y de la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, en la que ya se empieza a hablar de modificación de la capacidad de obrar en lugar de incapacitación, en la que se establece que *el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley “reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención”*.<sup>88</sup>

Sobre esa base el Tribunal Supremo se plantea, desde luego con mucho mayor alcance y espíritu reformador que el legislador, como hemos visto, cómo puede coordinarse el Derecho positivo español con los mandatos de la Convención de Naciones Unidas, que a la postre es la regulación internacional, en este caso cuasi universal, de los Derechos humanos.

---

cantidad y la calidad de medidas aprobadas en el campo del Derecho público en materia de ayudas a las personas, supresión de barreras y demás circunstancias que permitan un mejor desarrollo de la vida diaria de las personas discapacitadas con la parquedad de la regulación en el Derecho privado, donde cuesta mucho más cambiar las ideas y los paradigmas sobre los que tradicionalmente se han edificado las instituciones básicas del derecho civil, como también ocurre con el Derecho sucesorio, en particular con la regulación de las legítimas, que muchas veces suponen un obstáculo para personas que en situación de discapacidad por su avanzada edad y necesidad de ayudas y apoyo, no pueden organizar como quieren su sucesión patrimonial.

<sup>88</sup> Disposición Adicional primera de dicha ley. Como se ve en dicha Disposición Adicional, el planteamiento de la trasposición al Derecho español del contenido de la Convención no puede ser más tímido, pues se plantea únicamente una reforma de tipo procesal, sin tocar el Código civil y sin modificar, por supuesto, el dogma de la incapacitación y la tutela que ha venido imperando desde el siglo XIX, proponiendo como único cambio, en las leyes procesales, no en las sustantivas, el uso del término modificación de la capacidad de obrar, en vez de limitación o supresión.

A este fin la sentencia empieza sentando la premisa de que entre las personas que entran en el campo de regulación de la Convención hay muchas personas y situaciones diferentes,<sup>89</sup> lo cual ya había previsto la sentencia del mismo Tribunal de 6 de marzo de 1947 y reguló la ley de 1983, y es cierto que la tradición jurisprudencial en este campo ha sido siempre la de tratar de adaptar la legislación a los distintos y muy distantes casos que la realidad nos presenta, pero acaba concluyendo que el régimen legal de 1983, es decir la regulación entonces vigente del Código civil sobre la base de la tutela de autoridad, puede compaginarse perfectamente con la Convención, por la razón de que todas las medidas limitativas solo están justificadas por la finalidad de protección a la persona. Y en base a ello dice *que hay que afirmar rotundamente que la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del incapacitado.*<sup>90</sup>

---

89 Dice que *en los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York se producen diferentes problemas. Puede tratarse de personas dependientes, que sólo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada.*

90 Con independencia de los comentarios que luego realizaremos sobre los argumentos sentados aquí por el Tribunal, conviene destacar ahora que esa precisión de que la incapacitación no cambia la titularidad de los derechos fundamentales pero sí su modo de ejercicio, incide en la misma confusión que planea en el texto y en los trabajos de la Convención entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Lo que la convención protege no es solamente la capacidad jurídica, es decir la titularidad de los derechos fundamentales, sino también la capacidad de obrar, que es, no ya el modo, sino la posibilidad de su ejercicio. Y desde luego, en materia

En definitiva el Alto Tribunal entiende que la regulación del CC y en concreto la incapacitación tal como estaba regulada es compatible con la Convención de Nueva York y no vulnera el principio de igualdad de todos ante la ley por discriminar a los incapacitados, sino que lo que hace es protegerlos, siempre y cuando se interprete con arreglo a los principios de la Convención y sienta estas tres reglas interpretativas:

1ª La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección.<sup>91</sup>

2ª Sigue argumentando la sentencia que “no es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se

---

de derechos fundamentales, ¿de qué sirve que nos reconozcan la titularidad si no podemos acceder a su ejercicio?

91 Cita a este efecto, la sentencia antes comentada de 16 de septiembre de 1999, indicando que *en este sentido ha sido siempre entendida la incapacitación, como pone de relieve, entre otras la sentencia de esta Sala de 16 septiembre 1999 que declaró que “implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial”*. (Asimismo *STS de 14 julio 2004*).

le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.”

“La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (artículo 14 CE), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección.”<sup>92</sup>

Es de destacar el avance que en este punto supone el interés en adaptar la interpretación del Derecho vigente en ese momento a los principios de la Convención, pero como hemos visto antes, una vez bien confrontados los principios de ésta con la regulación de nuestro Derecho enseguida se advierte que este no es el planteamiento del texto de Naciones Unidas, sino que este último lo que establece es precisamente:

1º El cambio en el paradigma de los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, con el reconocimiento a los discapacitados

---

<sup>92</sup> Recogemos aquí todo el razonamiento a fin de poder seguir el hilo conductor del discurso del Tribunal.

de la misma capacidad de obrar que tiene el resto de las personas. Este es incompatible con la incapacitación.

2° El cambio de un sistema de sustitución en la toma de decisiones por un sistema de apoyos, que exige mantener la posibilidad de que la persona siga tomando sus propias decisiones, lo cual es incompatible con la tutela.

3° El cambio del modelo médico al modelo social, que exige la integración del discapacitado en la sociedad en igualdad de condiciones que los demás, para lo cual se cambia como principio rector de la finalidad de las normas el interés de la persona por el respeto a su voluntad, deseos y preferencias, lo cual es incompatible con el argumento paternalista de que la finalidad de protección de la persona justifica las limitaciones en el ejercicio de sus derechos.

Por estas razones no podemos estar de acuerdo con la sentencia, en este sentido, sobre todo porque la principal consecuencia que impone la Convención es el abandono de la institución de la incapacitación, por lo que no puede decirse que la regulación del Código civil es compatible con ella.

Esto no quiere decir que no tenga que haber un control judicial en las medidas relativas a las personas con discapacidad, sino que al contrario ese control debe existir e incluso ser más operante en la protección de la persona, solo que debe cambiar el enfoque de su finalidad, que no puede ser tanto el de proteger el interés de la persona y su patrimonio, privándole de derechos, como el de atender al desarrollo de su personalidad y permitir, hasta donde sea posible, el ejercicio de su voluntad, deseos y preferencias. Para ello hay que suprimir la incapacitación y la tutela y establecer un sistema de apoyos, incluso mediante

una curatela, que es lo que el juez debe controlar bajo el prisma de los nuevos bienes protegidos.

No obstante, sí que de los principios de la Convención se desprende un proceso de desjudicialización de las medidas de apoyo a los discapacitados, pero éste se refiere a dar mayor juego a las medidas de apoyo voluntarias, puestas por el propio discapacitado si es posible y a la atención a los deseos y preferencias de la persona, pero cuando es necesario adoptar medidas de apoyo judiciales, es fundamental la supervisión y la vigilancia judicial para impedir abusos.

Hay que decir que el planteamiento del Tribunal merece el reconocimiento de intentar, mediante una interpretación conforme a los principios, adaptar la aplicación del Derecho vigente a la filosofía de la Convención, pero lo cierto es que sin modificar el Derecho positivo vigente no era mucho más lo que la labor interpretativa podía hacer.

Finalmente la sentencia, en la que nos hemos detenido un poco sobre todo porque su contraste con la Convención nos permite matizar mucho mejor los principios de ésta, apoya su argumentación con un repaso al Derecho comparado vigente a esa fecha, en 2009 en algunos países de nuestro entorno que también firmaron y ratificaron la Convención; y cita estas cuatro legislaciones, aunque hay que apuntar que al igual que sucedía en nuestro país en ese momento, ninguna de ellas había legislado aún para adaptarse a la convención:

- El Código civil del Québec, que recoge la constitución de la tutela si el Tribunal determina que la persona mayor de edad tiene ineptitud para autogobernarse («prendre soin de lui-même») y que tiene necesidad de ser representado en el ejercicio de sus derechos civiles, lo cual es una regulación de incapacitación similar a la nuestro Código,

que incluso recoge también, como la nuestra, la posibilidad de nombrar un tutor solo para la persona.

- El Codice civile italiano, que sí que tiene una regulación más actualizada, reformado en 2004, que distingue dos sistemas de protección: la denominada “amministrazione di sostegno”, que es un sistema de medidas de apoyo de tipo curatela o asistencia y la incapacitación. La primera es una forma de protección de la persona que se produce por efecto de una enfermedad o de una discapacidad, aunque sea parcial o temporal; la persona se ve imposibilitada de proveer a sus propios intereses, mientras que la incapacitación, que producirá el nombramiento de un tutor, afectará a quienes se encuentran en condiciones habituales de enfermedad mental que les hace incapaces de proveer a sus propios intereses; en esta situación se procederá al nombramiento de un tutor, que representará al sometido a esta medida.

- El Code civil francés, que establece un sistema de protección denominado “sauvegarde de justice”, para el que por una de las causas previstas en la ley necesita estar protegido en los actos de la vía civil. Reconoce que conserva el ejercicio de todos sus derechos; y aparte regula también la tutela para los casos de un mayor que tenga necesidad de ser representado de forma continuada en todos los actos de la vía civil.

- Y el BGB, que reformó en 1998 las cuestiones relacionadas con la capacidad y establece que “si un mayor de edad, como consecuencia de una enfermedad psíquica o una discapacidad física, psíquica o mental no puede cuidar total o parcialmente de sus asuntos, el juzgado de tutelas, a petición suya o de oficio, le nombra un asistente legal. [...]. Si el mayor de edad no puede cuidar de sus asuntos a causa de una discapacidad física, el asistente legal sólo puede ser nombrado a

petición suya, salvo que no pueda manifestar su voluntad”; a continuación establece: “representación del asistido. Dentro del ámbito de sus funciones, el asistente legal representa al asistido en juicio y fuera de él”, aunque también se regula a asistencia como una mera función de asentimiento, sin representación legal.

En el fondo, como vemos, todas estas legislaciones, siguen el patrón tradicional del siglo XX, igual al de nuestra reforma de 1983, reconociendo el carácter graduable de la incapacitación y estableciendo una curatela asistencial o una tutela representativa, según la gravedad y circunstancias. Conforme a lo ya visto hasta aquí, ninguna de estas legislaciones se adaptaba en ese momento a la Convención de Nueva York.

Al final la Sala Primera concluye diciendo que el CC está adaptado a la convención siempre que se interprete de la siguiente forma:<sup>93</sup>

1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC.

2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias.

La verdad es que éstos no son argumentos muy diferentes a los que hemos visto en toda la historia del Derecho desde el Derecho Romano. La justificación de las medidas de restricción siempre ha sido

---

<sup>93</sup> Dice la sentencia que *de este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone.*

la protección de las personas discapacitadas, también en la Ley de las XII Tablas, y en principio ninguna medida de protección puede sostenerse como tal si no es a través del control judicial, premisas que de un modo u otro se han cumplido siempre en la historia, al menos en el Derecho positivo de nuestro entorno cultural, en función de los valores morales y políticos de cada sociedad. En esto el Tribunal Supremo ha seguido bastante la amplia y muy elaborada doctrina del Tribunal Constitucional sobre la posible regulación por ley del ejercicio de los Derechos fundamentales y ha seguido el mismo camino.

Conviene apuntar que los razonamientos expuestos por la sentencia además constituyen la *ratio decidendi*, pues en base a ellos se desestima el recurso de casación y se confirma la incapacitación y el sometimiento a tutela.

Lo cierto es que en todas estas situaciones nunca se había planteado tener en cuenta los deseos y preferencias de la persona, ni reconocerle un derecho a desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, hasta donde sea posible, en función de la muy diferente cantidad de deficiencias mentales que puede haber. El hecho de atender a los deseos y preferencias de la persona quedaba a la iniciativa y arbitrio personal del juez, que es de suponer que lo tenía en cuenta hasta donde fuera posible a la hora, por ejemplo, de elegir al tutor a o al curador, o a la libre decisión de éstos una vez nombrados, pero la ley no decía nada al respecto.

Pero también hemos ya constatado hasta aquí que esto no es lo que se firmó en Nueva York, de lo que ahora mismo solamente destacaremos que en todo caso, a la luz de la Convención, la ley no pueda amparar situaciones que implican privaciones de derechos de las personas con discapacidad.

## 2. La sentencia 269/2021, de 6 de mayo.

Mención especial merece también la Sentencia 269/2021, de 6 de mayo de 2021 (de que fue ponente nuestro insigne Presidente Don José Luis Seoane Spiegelberg) en la que con mucha más claridad y decisión que la anterior se destaca la necesidad de entender que el Derecho español ha cambiado con la publicación de la Convención de Naciones Unidas y ha quedado superado el Derecho anterior, basado casi totalmente en la sustitución de la persona discapacitada en sus decisiones y en la constitución generalizada de la tutela, bajo la premisa errónea de que ello solamente protegía a la persona y en ningún caso la perjudicaba.<sup>94</sup>

## 3. Otras sentencias.

La influencia de la sentencia de 2009 comentada fue grande y a partir de ella han seguido otras, así como la gran mayoría de las de las Audiencias Provinciales, que recogen sus argumentos y empiezan a aplicar los principios de la convención, aunque en el contexto del sistema de tutela del Código civil.

---

<sup>94</sup> Dice esta sentencia: *hemos de partir de la base de que está absolutamente superado el tratamiento jurídico que se le venía dispensando a la discapacidad, basado en la adopción de decisiones maximalistas que optaban, de forma indiscriminada, por mecanismos de sustitución a través de la generalización de la tutela, como modelo de representación absoluta y permanente. Se partía entonces de la falaz consideración de que la sentencia de incapacitación total no perjudicaba a la persona declarada incapaz, pues tal mecanismo tuitivo tarde o temprano debería desplegar sus efectos, por lo que era mejor prevenir cuanto antes necesidades futuras. Y añade que Según esta concepción, durante mucho tiempo dominante, personas que adolecían de ciertas deficiencias en la esfera personal o patrimonial eran totalmente inhabilitadas para la vida social, con la correlativa anulación de sus capacidades de autodeterminación, equivalentes a su muerte civil. (FJ. 2º.2)*

Así la S. de 15 de abril de 2010, en un proceso de incapacitación, se acordó, no ya la incapacitación, sino la *modificación de la capacidad de obrar* de la persona, declarando su falta de capacidad de obrar para actuar por si solo y prestar consentimiento válido, entre otras cuestiones, para otorgar testamento, aceptándose finalmente para el nombramiento de tutor a la persona propuesta por el propio incapaz y no existir razón para no atender a sus preferencias.

Sin una reforma legislativa no se podía hacer gran cosa aparte de aplicar la filosofía de la Convención, que la S. de 3 de junio de 2016 plasma muy bien destacando la necesidad de procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas, que sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones con los demás.<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> Dice esta sentencia que *hay una jurisprudencia reiterada de esta sala en la aplicación de la Convención de Nueva York de 13 diciembre 2006, ratificada por España en 23 noviembre 2007 (BOE el 21 abril 2008), sobre derecho de las personas con discapacidad, y las medidas de apoyo que pueden adoptarse cuando, como ocurre en este caso, se toma conocimiento de una persona que necesita de estos apoyos que complementen su capacidad jurídica; apoyos que la Convención, como dijo la sentencia de 27 de noviembre 2014, no enumera ni acota pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales para, en definitiva, procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas, que sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones con los demás, como se ha dicho en el informe del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (11º período de sesiones. 31 de*

4.- La sentencia 145/2018, de 15 marzo.

Esta sentencia, de la que fue ponente la magistrada Ángeles Parra, merece también que nos detengamos un momento en la consideración del caso que resolvió.<sup>96</sup>

Se trata del caso de un señor, diagnosticado de alzheimer, que contrajo matrimonio; a los pocos meses fue incapacitado; a los cinco años falleció y después fue declarada la nulidad de su matrimonio por falta de consentimiento. La sentencia del Supremo casó la sentencia y declaró la validez del matrimonio, en base a el siguiente razonamiento:

*Conforme al art. 23.1.a) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, «los Estados partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las*

---

*marzo a 11 de abril de 2014), sobre el contenido normativo del artículo 12 de la Convención, y se reitera en el informe final de la Unión Europea de 4 de septiembre de 2015.*

<sup>96</sup> La sentencia de incapacitación, en primera instancia había declarado la «restricción de la capacidad de obrar en el sentido de quedar privado de toda facultad para realizar cualquier acto de gobierno de su persona y de administración y disposición de sus bienes, derechos e intereses que tenga relevancia jurídica y sea socialmente trascendente, y específicamente para el ejercicio del derecho de sufragio y para otorgar testamento, y con sometimiento del mismo a tutela», habiéndose nombrado a una hija.

A los cinco años falleció bajo testamento en el que había instituido heredera a su esposa y las hijas presentaron demanda de nulidad del matrimonio, que también fue estimada, declarando mala fe de la esposa. Esta sentencia declaró la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento, porque el esposo había sido diagnosticado de alzheimer y se entendía que claramente no podía gobernarse por sí mismo; y citando la sentencia de 29 de abril de 2009 antes comentada, declaró la nulidad alegando que la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio..., ya que una medida de protección como la incapacitación, ... solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona.

*personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges».*

*Este precepto debe ser interpretado en el contexto del propósito declarado de la Convención, que no es otro que el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1).*

*Así se explica que la Convención sienta como principio general el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas [art. 3.a)] y que las medidas de apoyo que puedan adoptarse para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.*

*De lo que se trata, dice el art. 12.4 de la Convención, es de proporcionar «salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos» Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salva-*

*guardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas*

Y acabó diciendo que *por lo dicho, a pesar de que con la incapacitación desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad ( arts. 322 y arts. 199 CC y 756 a 762 LEC )*, siempre que puedan prestar consentimiento matrimonial pueden celebrar un matrimonio válido tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas. Entendió que lo decisivo es la capacidad para expresar un consentimiento matrimonial referido a la persona del otro contrayente.

Esta sentencia, incluso más por contraposición a la anterior, ilustra muy bien el sentido y el espíritu de la Convención de Nueva York, los deseos y preferencias de las personas en el ejercicio de su libertad personal y sus derechos humanos, por delante de la protección de los intereses familiares y aún de los del propio discapacitado.

#### 5.- La sentencia de 3 de diciembre de 2020.

Interesante en este sentido es también esta sentencia, que considera causa de incapacidad de una mujer el enamoramiento patológico de un hombre joven que tenía mucha influencia en ella.<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> Estas conclusiones van precedidas de un extenso informe en el que se reflejan, además de los informes médicos previos que le fueron aportados, las tres entrevistas celebradas por el psiquiatra con D.<sup>a</sup> Lina, así como las entrevistas que tuvo con sus hijas. Las conclusiones fueron ratificadas por el psiquiatra en el juicio, donde hizo hincapié en la vulnerabilidad de D.<sup>a</sup> Lina frente a la influencia indebida de un hombre joven del que se habría enamorado, cuya relación había idealizado, sin correspondencia con la realidad, y sin tener conciencia de poder sufrir engaño.”

Dice la sentencia que *la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de “apoyos” para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3).*

*Se trata, como declara el art. 1 de la Convención, de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención).*

En definitiva el Supremo considera, a la luz de la Convención, que aplica como norma incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, que deben adoptarse en cada caso las medidas personalizadas de ayuda a la persona que ésta necesite para el ejercicio de su capacidad de obrar, decidiendo en cada caso qué clase de ayuda, asistencia o representación puede necesitar en lo que no pueda hacer por sí sola.<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> *Se trata de lo que esta Sala ha calificado de un traje o trajes a medida (sentencias 20 de abril 2009 ; 1 de julio 2014 ; 13 de mayo y 20 de octubre de 2015 ), que*

Como se ve el Tribunal ha ido incorporando a sus criterios los principios de la Convención de Nueva York y cada vez más sus sentencias han ido asumiendo la revolución que implican las nuevas ideas en este sentido, en un proceso progresivo que al mismo tiempo ha tratado de compatibilizar con el Derecho vigente.

Se ha adelantado así a la reforma legislativa que finalmente vio la luz con la ley 8/2021, asumiendo las nuevas ideas de Naciones Unidas en casi todo, excepto principalmente la incapacitación, que, con la adaptación necesaria a la nueva terminología y función de las medidas de apoyo, se ha seguido aplicando.

El TS ha descartado, también a la luz de la Convención, la rehabilitación de la patria potestad, porque implica para una persona mayor de edad una medida de apoyo excesiva, que le priva de sus derechos, y en su lugar decide una curatela a la luz de la Convención, en el sentido de minimizar la privación derechos.

---

*precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones (sentencias de 24 de junio 2013, 1 de julio 2014, 17 de marzo 2016...) y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso..., que sin embargo estaba excluido por el art. 3.1 b y c de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, derogados por LO 2/2018, de 5 de diciembre, que además en una disposición adicional octava dispuso que A partir de la entrada en vigor de la Ley de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para adaptarla a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial.*

La medida va muy claramente en la dirección mostrada por la Convención, porque de lo que se trata entre otras cosas, es de que un adulto, porque tenga una discapacidad, no puede quedar sometido, como en las XII Tablas, a la potestad de otra persona.

La verdad es que rehabilitación de la patria potestad podía estar justificada, desde un punto de vista meramente práctico, en el régimen de la tutela de autoridad de la Ley de 1983, como mejor alternativa a la tutela, en casos muy evidentes de una gran discapacidad de tal alcance que la sustitución en la toma de decisiones ha de ser total y la persona pueda equipararse a un menor de edad o a un niño pequeño; pero choca con la filosofía de la Convención porque somete a una persona mayor de edad a la potestad de otra, que es lo que ahora se considera contrario a la dignidad humana. Aparte de dicha razón fundamental, entre ambos supuestos siempre habrá diferencias importantes, que van más allá de la mera comparación de la edad mental de una persona discapacitada con un menor.

La STS 29 de septiembre de 2009 (Rec núm. 1259/2006 ), de Pleno, que reitera la de 11 de octubre de 2012 (Rec, núm.617/2012 ), aplica esta doctrina y entiende que debe adaptar la interpretación del Derecho entonces vigente a la luz de la Convención, tratando de que la incapacitación no conlleve una privación de los derechos fundamentales de la persona, sino el mero establecimiento de medidas de apoyo que precisamente le sirvan para poder ejercer esos derechos al igual que hacen el resto de las personas<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> Dice esta sentencia que *“la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado... Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que*

Sin embargo, a pesar de todos estos esfuerzos de compatibilización de la legislación vigente hasta 2021 con los principios de la Convención, hay que reconocer que no era posible interpretar el sistema de tutela de autoridad del Código civil suponiendo que es compatible con la Convención, sobre todo porque la existencia del procedimiento de incapacitación y el sometimiento a tutela lo hacían imposible.<sup>100</sup>

---

*finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona”.*

*La situación actual de don Fidel permiten rechazar la medida de rehabilitación de la patria potestad aplicado a una persona mayor de edad que implica una medida de mayor contenido y alcance, no solo terminológico sino jurídico, en cuanto se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar su capacidad en cada caso, según la Convención ( SSTS 29 de abril , 11 de octubre de 2009 , 24 de octubre 2013 ). Para ello resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad reinterpretada a la luz de la Convención, que será ejercida por su madre con el mismo contenido que establece la sentencia, en lo que se refiere al gobierno o control de su patrimonio, pero sin anular su capacidad económica, hasta el punto de impedirle disponer de una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo), aspecto en el que también se revoca la sentencia.*

<sup>100</sup> Ya en el año 2020 la profesora García Rubio había destacado la imposibilidad de coordinar las normas del Código civil con la Convención y la necesidad de abordar la reforma urgente de aquel, ya que ninguna de las normas que el Estado español había aprobado hasta entonces con esa finalidad abordaban la compleja problemática que plantea el art. 12 de la Convención. Añade que a partir de la STS de 29 de abril de 2009 no fueron pocos los que mantuvieron la compatibilidad de los sistemas de protección de las personas con discapacidad con el art. 12 de la Convención, centrando el foco en la curatela que regulaba el Código, pero son intentos provisionales y transitorios. Vid. GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, “Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.”, en GETE ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN (coordinadora) Y OTROS, *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pág. 40. Nosotros pensamos igualmente que en realidad era imposible la coordinación y solo cabía la reforma legislativa.

## VII. LA LEY 8/2021, DE 2 de JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.

Llegamos, con la jurisprudencia examinada, a la ley 8/2021, de reforma legal para adaptación a la Convención de Nueva York, que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021. Y aquí sí que ya podemos decir que se asume y se plasma en la Ley el cambio de paradigma en el tratamiento jurídico de las personas que tienen una discapacidad, sobre todo de las que tienen discapacidades psíquicas que no les permiten desarrollar su vida igual que las demás personas. El cambio de paradigma empieza por considerar que el hecho de que una persona no pueda valerse por sí sola para tomar ciertas decisiones o incluso todas las decisiones no es motivo para sustituirla y ponerle otra persona que las tome por ella, sino que precisamente el no poder valerse solo lo que tiene que implicar no es más que la necesidad de ayuda, de apoyo, para que la persona, hasta donde sea posible claro está, siga ejerciendo su capacidad, que el Derecho no le limita. Y menos aún es motivo para someterla a la potestad de otra persona.<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup> El art. 268 C.c. redactado por la ley de 24 de octubre de 1983 establecía que *los sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor; y el párrafo segundo que los tutores podrán, en el ejercicio de su cargo, recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir a los menores razonable y moderadamente.* Como se ve la única diferencia con los menores es que a los incapacitados no permitía la ley corregirlos, aunque no sabemos muy bien si el motivo es el respeto por las personas o la inutilidad de la corrección.

a) Análisis de la ley.

El sentido de la reforma que viene a introducir esta Ley lo explica con claridad el PREÁMBULO<sup>102</sup>. Si alguna ley hay que empezar a leerla por el preámbulo, ésta es sin duda una de ellas, en el que pone como punto de partida el artículo 12 de la Convención de Nueva York y proclama las siguientes bases:

1º Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

2º Las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

Y para que no quedara duda alguna de que cuando se refiere a tener capacidad jurídica en igualdad de condiciones se está refiriendo en realidad a la capacidad de obrar, cita la Observación 14 del Comité de la Convención que lo aclara en ese sentido.<sup>103</sup>

Y ya al referirse al articulado del Código civil recalca que el nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal.

---

102 Denominación que utiliza la ley en lugar de Exposición de Motivos, al modo que suele utilizarse en Tratados Internacionales, a los que de algún modo recuerda o evoca.

103 En base a estas dos declaraciones, el preámbulo dice que *se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones* y precisa que, *como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos.*

Esta exposición de motivos es especialmente iluminadora en el sentido de explicar el alcance de la reforma y cómo ha de entenderse el nuevo texto legal. Y son importantes estas declaraciones, porque la ley está introduciendo un cambio de principios morales inspiradores de las normas, que podríamos llamar principios generales del derecho, y el hecho de que aparezcan reflejados en el preámbulo indica claramente que no se trata de una cuestión ideológica, sino que la proclamación de estos principios tiene carácter normativo. Y da así las dos pautas:

1° Que el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse.

2° Que la supresión de la palabra “incapacitación” no es un mero cambio de terminología sino un nuevo enfoque basado en reconocer que la persona discapacitada tiene derecho a tomar sus decisiones.<sup>104</sup>

Y sentado esto, añade que por ello la reforma debe ir unida a una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de los

---

<sup>104</sup> En este punto dice el preámbulo (III) que *no se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado*. Llama la atención la indicación eufemística de que este derecho ha pasado durante mucho tiempo desapercibido, para decir, como también reconoce en el propio texto, que los códigos decimonónicos –a los que hay que añadir los vigesímicos–, la negación de este derecho es fruto de la concepción paternalista centrada en la protección de los intereses patrimoniales.

profesionales del Derecho. Así que la ley nos señala directamente y nos advierte a todos de cuál debe ser nuestra guía para aplicarla.<sup>105</sup>

Pasando al texto articulado de la Ley, lo primero que se ve en él es que en el Código civil no se regula la incapacitación ni se contempla declaración alguna en ese sentido para constituir la curatela, que es calificada de medida de apoyo. Y no se habla de incapacidad, sino de ejercicio de la capacidad jurídica. Debería decir de la capacidad de obrar, pero ha querido seguir la terminología de la Convención (traducida).

Es decir, la ley 8/2021 reforma el Derecho más por lo que suprime u omite que por lo que dice o regula. Así como la Ley de tutela de 1983 había suprimido los antiguos artículos 32, párrafo 2º y 213<sup>106</sup>, la actual elimina el título IX del Libro I, de *la incapacitación*, así como los artículos 199 y 200, que regulan la incapacitación por sentencia y todas las referencias normativas de la legislación civil y procesal a la incapacitación o a las personas incapacitadas.<sup>107</sup> Y además ha suprimido o modificado aquellas normas que en el C.c. regulaban la incapacitación judicial como estado de una persona determinante de su falta de capacidad de obrar; y sólo regula en el art. 249 las medidas de apoyo a las personas con discapacidad (que es un hecho biológico) para el ejercicio de su capacidad jurídica.

---

105 Concretamente dice que estos profesionales *han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas.*

106 Recordemos que el art. 213 de la redacción originaria decía que *no se puede nombrar tutor a los locos, dementes y sordomudos, sin que preceda la declaración de que son incapaces para administrar sus bienes.*

107 Obviamente hay que entender que todas las que queden repartidas por todo el Derecho positivo hay que entenderlas suprimidas por esta Ley.

Además, la Disp. Transitoria 1ª declara sin efecto todas las medidas de privación de derechos: Es decir todas las listas de declaraciones parciales de incapacidad.

En resumen, por si ofreciera alguna duda la mera supresión del concepto y la regulación de la incapacitación y que el Derecho positivo –a salvo alguna norma que haya podido quedar olvidada- ya no contempla la existencia de personas incapacitadas, así como la disposición transitoria primera, con el preámbulo queda claro que, siguiendo las pautas de la Convención de Nueva York, la Ley ha suprimido la incapacitación y que las personas anteriormente incapacitadas ya no pueden considerarse como tales, es decir que las incapacitaciones judiciales acordadas antes han quedado sin efecto en cuanto declaración de privación de la capacidad de obrar, porque todas las personas mayores de edad la tienen, sin perjuicio de la subsistencia de las medidas de apoyo acordadas, que se ejercerán también con arreglo a la nueva Ley.

No cabe hablar por tanto, en nuestro Derecho, de personas incapacitadas, que ya no existen, y por ello suprime en el Registro de la Propiedad los libros de incapacitados.

La reforma de 1983, al introducir formalmente la institución de la incapacitación, hizo depender la falta de capacidad de los incapacitados de dicha declaración en vez de su capacidad natural, como hemos visto antes en el repaso a la parte histórica. Es decir, dio carta de naturaleza legal a la construcción que ya había hecho la doctrina, sobre todo a partir de la obra del profesor De Castro, dejando claro que técnicamente es un error decir que la capacidad de obrar depende de la capacidad natural, sino que depende de un estado civil creado por una resolución

judicial, que es la incapacitación. De hecho la doctrina, desde los primeros comentaristas del Código civil que hemos repasado más arriba, ya consideraba que la declaración judicial de incapacidad creaba un estatus por el que se inhabilitaba a la persona, aunque los conceptos no se expresaban con total claridad entre la referencia a la capacidad natural y la capacidad civil por así decirlo. Esta actualización técnica de la ley, siguiendo la doctrina y la jurisprudencia, se ve claramente reflejada en la regulación del testamento en intervalo lúcido y la de la extinción del mandato en el art. 1732 o de la sociedad en el art. 1700.<sup>108</sup>

Y esa dependencia de un estado civil es justamente lo que la convención de Nueva York ha venido a cambiar, por entender que la existencia de un estado civil de incapacitado es contraria a la dignidad humana y la restricción de derechos que conlleva una discriminación por razón de incapacidad y la Ley de 2021 vuelve al planteamiento clásico de atender a la capacidad natural.

Con la ley de 2021 desaparece la incapacitación, como procedimiento y como institución y con ella todos los efectos de las incapacitaciones ya realizadas, al no existir aquella, en cuanto limitaciones en el ejercicio de los derechos, así como las prohibiciones de actos concretos

---

<sup>108</sup> En la redacción originaria del C.c. el art. 665 se refería al *demente* que pretendía otorgar testamento en intervalo lúcido, en clara referencia a la capacidad natural y en la redacción de la Ley 30/1991 de reforma de los testamentos, ya que la de 1983 no se había ocupado de otras concordancias legales con el nuevo sistema de tutela, se refería al testamento del *incapacitado en virtud de sentencia*, de donde se deduce que la incapacidad para hacer testamento deriva de la sentencia de incapacitación y no de la falta de capacidad natural, que en su caso determinará la nulidad por falta de consentimiento. Lo mismo ocurre con el artículo 1732, que a partir de la reforma por la LO 1/1996, sobre la adopción y protección de menores y modificada por la ley de 2003 de protección de discapacitados declara que el mandato se extingue por la incapacitación de igual modo que en el art. 1700 respecto de la extinción de la sociedad.

contenidos en las sentencias de incapacitación, relativos a la imposibilidad de ejercer el derecho de sufragio, otorgar testamento, contratar, etc.<sup>109</sup> Puede decirse que es un efecto de derogación por cambio institucional.

b) Primera jurisprudencia.

Ya la primera sentencia del TS dictada cinco días después de la entrada en vigor de la ley deja claro<sup>110</sup> que la ley ha suprimido la declaración judicial de incapacidad, como también han destacado algunos

---

<sup>109</sup> Ya antes de la reforma legal GETE-ALONSO Y CALERA había defendido que el artículo 12 de la Convención obliga a los Estados parte a regular unas medidas concretas, que cumplan, entre otras, las siguientes condiciones: a) respetar la voluntad, deseos y preferencias de las personas discapacitadas, lo cual excluye el sistema paternalista anterior y obliga, en su opinión, a la desaparición de cualquier procedimiento dirigido especialmente a eliminar o limitar la capacidad de la persona, por ser contrario a su derecho a la capacidad jurídica (GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN, “El nuevo modelo de la discapacidad. La Convención de los derechos de las personas con discapacidad.” en GETE ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN (coordinadora) Y OTROS, *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pag. 20). Por eso nosotros pensamos que estos principios lo que imponen a los legisladores es la eliminación del estado civil de incapacitado, como tal.

<sup>110</sup> Dice esta sentencia que *la reforma suprime la declaración de incapacidad y se centra en la provisión de los apoyos necesarios que una persona con discapacidad pueda precisar «para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica (FJ 3º).* También la de 19 de octubre de 2021.

de los primeros comentaristas de la reforma, como la profesora GARCÍA RUBIO<sup>111</sup> o ALMUDENA CASTRO-GIRONA<sup>112</sup>.

c) Posición del Consejo General del Notariado.

El Consejo General del Notariado, en una Circular informativa publicada a propósito del cambio legislativo, ha destacado especialmente este efecto de la ley, -que sin embargo no hemos visto destacado ni reseñado en la mayoría de la doctrina posterior a la ley-, proclamando

---

111 La opinión de esta autora tiene una relevancia muy especial por su condición de miembro de la Comisión de Codificación que ha participado de forma directa en la elaboración de la Ley y haciendo un resumen muy didáctico y clarificador de los principales elementos de la reforma dice que la misma se concentra en diez puntos, de los cuales nos interesa destacar aquí los siguientes: No se da una definición de discapacidad; es una ley destinada a mayores de edad; desaparece el estado civil de incapacitado o de persona con la capacidad judicialmente modificada; no se hace la diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar; y se reconoce el derecho al apoyo, si bien no se contempla de modo expreso la facultad de renunciar a él. GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, “Las primeras decisiones del Tribunal Supremo en aplicación de la reforma de la discapacidad. Coda sobre las discrepancias en la exégesis de dos convenios internacionales de derechos humanos”, en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, ALMUDENA, CABELLO DE ALBA JURADO, FEDERICO Y PÉREZ RAMOS, CARLOS (coordinadores) y OTROS AUTORES, *La reforma de la discapacidad, Volumen I*, Fundación Notariado, Madrid, 2022, pág. 536. También SEGARRA CRESPO Y ALÍA ROBLES destacan este efecto de la ley diciendo que ésta cambia el paradigma, defenestra la incapacitación o modificación de la capacidad, pues excluye cualquier juicio sobre la capacidad. SEGARRA CRESPO, MARÍA JOSÉ Y ALÍA ROBLES, AVELINA, “Algunos aspectos de interés de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad desde la perspectiva del Ministerio Fiscal”, en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, ALMUDENA, CABELLO DE ALBA JURADO, FEDERICO Y PÉREZ RAMOS, CARLOS (coordinadores) y OTROS AUTORES, *Ob. cit.*, Vol. 1, pag. 663.

112 Dice que *la piedra angular de la reforma radica en que queda proscrita la incapacitación y se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de los hombres y mujeres, en todos los aspectos de la vida.* CASTRO GIRONA MARTÍNEZ, ALMUDENA, “La función notarial como apoyo institucional. El ejercicio de derechos con apoyo”, en *La reforma de la discapacidad*, Vol. 2, Fundación Notariado, Madrid, 2022, pag. 26.

en dicha circular que la nueva ley ha suprimido la modificación judicial de la capacidad de obrar.<sup>113</sup> Y así como antes los notarios debíamos denegar la intervención cuando se tratara de una persona carente de autogobierno, entiende el Consejo que la ley ahora ha convertido al notario en un apoyo institucional para facilitar a la persona ese ejercicio de su capacidad; y en esta labor dice que el notario ahora lo que tiene que valorar es la capacidad mental, no la capacidad de obrar como hasta ahora, puesto que esa es la misma para todos.<sup>114</sup> Y por ello la ley ha modificado el art. 1263 del C.c. para dejar claro que las personas con discapacidad pueden prestar consentimiento en el ejercicio de su capacidad jurídica. Y concluye que *la discapacidad no es un estado civil*. Nosotros añadiríamos que lo que no existe es el estado civil de incapacitado.

En cambio, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante DGSJFP) en la Resolución de 26 de octubre de 2021, no pareció entenderlo tan claramente.<sup>115</sup>

---

113 Establece que *el modelo social de la discapacidad, acogido en la nueva regulación, pretende levantar las barreras de todo orden que alejan a la persona con discapacidad de su entorno social. Entre esas barreras se encuentran las jurídicas, fundamentalmente la modificación judicial de la capacidad de obrar, que ha sido suprimida*. Circular Informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado (en adelante CGN).

114 La Circular cita un informe de 2017 de la relatora especial de Naciones Unidas Catalina Davandas, en el que haciendo referencia a los notarios dice que *en el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica. Conforme a las Observaciones Generales elaboradas por el Comité de seguimiento de la Convención, en relación con la interpretación del artículo 12, esa capacidad se refiere a la capacidad mental, es decir a la aptitud de una persona para adoptar decisiones*.

115 Dejamos aparte la legislación catalana, que requiere una adaptación especial, porque sigue presuponiendo la incapacitación.

d) Conclusiones interpretativas.

Por ello la reforma de nuestra Ley da un paso decisivo y actualiza el Derecho conforme a la Convención de Nueva York correctamente, a nuestro juicio, suprimiendo las dos barreras a que hacíamos referencia al principio:

- Por una parte, se suprime la INCAPACITACIÓN, que se sustituye por las medidas de apoyo. Esto era prácticamente obligado, teniendo en cuenta el texto del artículo 12 de la Convención titulado “Igual reconocimiento como persona ante la ley”.

- Por otra, la desjudicialización se impulsa mediante una serie de medidas que podemos resumir en las siguientes:

-- La regulación y el fomento, declarándolas preferentes, de las medidas voluntarias de apoyo, es decir las notariales, incluyendo la autotutela, declarando subsidiarias las medidas judiciales.

-- La regulación de los poderes preventivos, que aunque es una medida voluntaria, tiene una entidad propia, en el sentido de que se trata de una solución alternativa que hace innecesaria la intervención judicial, en principio.

-- La nueva dimensión que se da al guardador de hecho, que se convierte en una medida informal de apoyo, pero medida legal al fin y al cabo, a la que se da gran relevancia práctica y se mantiene en tanto que funcione adecuadamente.

Esta mayor relevancia de las medidas voluntarias de apoyo y de la autocomposición de intereses tiene en la actualidad un interés especial por la razón de que es un hecho consolidado la prolongación de la vida y el paso por períodos de vejez que se alargan en el tiempo, en los

cuales la probabilidad de que la persona se encuentre en situaciones en que se va deteriorando su capacidad física e intelectual aumenta, en un proceso que se produce lentamente, con lo que tenemos mayor cantidad de personas mayores que han tenido la oportunidad de prever su discapacidad futura.

Conviene destacar que cuando hablamos de desjudicializar no quiere decir prescindir del control judicial, sino solo rebajar la incidencia de los procesos judiciales relativos al examen de la capacidad mental de las personas en la medida en que dichos procedimientos suponen una barrera para el ejercicio de su personalidad, como ocurría antes con los procesos de incapacitación. El control judicial por el contrario es siempre imprescindible, y es además un mandato de la Convención de Naciones Unidas, en el sentido de que en el ejercicio personal de la capacidad jurídica de obrar el Estado tiene que establecer las salvaguardias necesarias para evitar abusos; de lo que se trata es de restringir en lo posible los procesos sobre la vida de la persona, sobre todo los contenciosos, que por su propia dinámica implicaban una barrera al libre desarrollo de la personalidad. De hecho la ley ahora ha optado por establecer en principio un procedimiento de jurisdicción voluntaria para el establecimiento de las medidas de apoyo.

Además de las novedades reseñadas, que podemos englobar bajo el título de supresión de barreras, la ley ha establecido otro principio importante, que es la supresión de las medidas de heterocomposición de los apoyos, seguramente por considerarlos contrarios a la dignidad humana y discriminatorios para los discapacitados, a los que ahora se equipara a cualquier mayor de edad. Nos referimos a la eliminación de la posibilidad de nombrar tutor, que hoy sería curador, para los hijos mayores de edad y la supresión de la sustitución ejemplar, que implica

también una sustitución de la voluntad de la persona, en este caso, por la de sus ascendientes.<sup>116</sup>

En esta primera fotografía de los cambios introducidos por la ley en la regulación de la capacidad jurídica *lato sensu*, tenemos que destacar que la supresión de la incapacidad arrastra como ineludible consecuencia que *legalmente no existen ya personas incapacitadas* en nuestro Derecho, es decir, ya no hay un estado civil de incapacitado, sino que todas las personas tienen capacidad jurídica por el mero hecho de serlo y las mayores de edad capacidad de obrar en condiciones de igualdad. Por tanto, respecto de los mayores de edad, aunque tengan una discapacidad, la única capacidad de la que cabe hablar es de la capacidad natural para tener una voluntad consciente. Hay personas menores de edad, emancipadas y mayores de edad, nada más.

Esto impone tres efectos:

1) Que todas las incapacitaciones judiciales declaradas anteriormente han quedado sin efecto, al no existir ya esa situación, sin

---

<sup>116</sup> Debe destacarse que ello no limita la posibilidad y el derecho que tienen los padres de determinar las reglas de cómo se van a administrar los bienes que ellos les transmitan a sus hijos con discapacidad ni tampoco les impide determinar el destino sucesorio de los bienes que ellos mismos dejen a sus hijos, estableciendo sustituciones fideicomisarias de residuo, en la forma y media que deseen; en este punto, ante el cambio legislativo, cabe destacar que es muy distinto que los padres puedan regular el destino sucesorio de los bienes que ellos dan o dejan a sus hijos a que puedan establecer el destino sucesorio de los bienes que sus hijos hayan adquirido por otros medios, incluso con su propio trabajo, en el caso de que ellos no puedan hacer testamento. Por ello, a la hora de interpretar los efectos de la conversión legal de las sustituciones ejemplares en fideicomisarias de residuo será conveniente tener presente que lo que los padres han querido establecer es una sustitución ejemplar, cuando podían haber establecido la fideicomisaria, es decir que han ordenado una disposición testamentaria subsidiaria del testamento que en su caso pueda hacer su hijo, siendo la conversión legal solamente un medio para respetar en lo posible, conforme a la nueva ley, aquella voluntad y no otra.

perjuicio de su plena eficacia en cuanto actos de constitución de las medidas de apoyo, que ahora habrá que interpretar y aplicar con arreglo a la nueva ley. Y con la desaparición de las incapacitaciones se produce la supresión de todas las medidas judiciales que impliquen meras privaciones de derechos, tal como establece la Disposición transitoria primera de la Ley, como por ejemplo la privación del derecho de sufragio o de testamentifacción establecida en una sentencia de incapacitación, que quedan sin efecto de modo automático por ministerio de la ley.<sup>117</sup>

2) Que todos los cargos anteriores, tutores ahora convertidos en curadores o patria potestad prorrogada y defensores judiciales, se ejercerán con arreglo a la nueva ley, como si fueran curadores.

3) Que las personas, antes incapacitadas, tienen derecho a que en los actos y contratos que les afecten, las personas encargadas de autorizarlos o de prestarles medidas de apoyo, en particular los notarios, se esfuercen en indagar su verdadera voluntad para tener en cuenta sus deseos y preferencias y que no puede impedirse a las personas con discapacidad expresar su voluntad mediante el otorgamiento de instrumentos públicos, que el notario deberá esforzarse por autorizar con arreglo a las directrices de la nueva ley.

Por último, aunque no menos importante, que en este nuevo escenario cobra, o recupera una importancia crucial, la valoración de

---

<sup>117</sup> No lo ha entendido así, a diferencia del Consejo General del Notariado, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante DGSJFP) que, en la Resolución de 26 de octubre de 2021, que desestima el recurso y da la razón al Registrador que denegó la inscripción de una escritura de partición de herencia por no aportarse testimonio firme de la sentencia de incapacitación y no acreditarse la inscripción de la incapacitación en el Registro Civil. La escritura había sido otorgada por un contador-partidor y se había acreditado el nombramiento del tutor de uno de los herederos.

la capacidad natural de las personas para entender y querer, que es la que tienen que apreciar, no solo los notarios y, en caso de conflicto los jueces, sino todas las personas que hayan de intervenir en los actos o contratos que quieran otorgar las personas con discapacidad. No es que antes no hubiese que valorar esta capacidad natural, además de la capacidad de obrar civil, sino que la necesidad de respetar la voluntad, deseos y preferencias de las personas discapacitadas obliga a valorar su capacidad natural con el mayor grado de acierto posible.<sup>118</sup>

e) Consecuencias de la regulación.

Visto el alcance de la norma, resumido en los puntos anteriores, podemos ya plantearnos la pregunta que subyace en toda la reforma: al no haber restricciones a la capacidad de obrar: ¿se ha modificado el concepto y la regulación de la capacidad?

En principio puede parecer que sí, porque podríamos decir que parece haberse suprimido la diferencia entre capacidad jurídica y de obrar, como opinan muchas personas. Pero tenemos que ir por partes:

Se trata ahora de esclarecer, por una parte, qué se entiende por ese concepto que emplea la ley de *capacidad jurídica*, que se reconoce a todos, y por otra qué significado y alcance tiene el hecho de estable-

---

<sup>118</sup> La circular informativa 3/2021 del CGN antes mencionada ha destacado respecto de la valoración de la capacidad natural, que con la reforma adquiere especial relevancia el juicio notarial de capacidad que se proyecta sobre la situación de hecho concreta en el momento del otorgamiento y que en adelante no puede reducirse a ser una mera presunción de capacidad, destruible mediante un dictamen médico forense basado en juicios a posteriori sobre la racionalidad del sujeto y sin tener en cuenta la realidad del momento y el apoyo prestado por el notario. A lo que podemos añadir que, conforme al modelo social de la nueva visión de la discapacidad, la valoración de la misma no puede basarse exclusivamente en criterios médicos, sino que debe tener en cuenta toda la situación personal y vital de la persona en ese momento y tener en cuenta sus deseos y preferencias.

cerse las referidas *medidas de apoyo*, a fin de conocer cuál es realmente la capacidad de obrar que resulta de ellas.

1.- *El nuevo concepto legal de capacidad jurídica.*

1.1. El aspecto formal de la cuestión terminológica.

Podemos comenzar refiriéndonos a la cuestión terminológica, que es la más sencilla.

Al referirse la Ley, ya en el nuevo título XI y en el citado art. 249 al *ejercicio de su capacidad jurídica*, siembra la duda de si sólo se reconoce a las personas con discapacidad la tradicionalmente entendida como tal y sigue limitada entonces, igual que antes, la capacidad de obrar o si por el contrario ahora llama así a la capacidad de obrar. Como ya nos hemos referido antes<sup>119</sup> a la terminología empleada por la Convención de Nueva York, ahora nos queda tratar de aplicarla, una vez plasmada también en la ley española, para ver qué quiere decir ésta con el concepto de capacidad jurídica; y para ello parece preferible examinar primero cual el régimen legal que la ley establece, para poder sacar conclusiones sobre la cuestión conceptual.

Hay que partir, una vez más, del hecho de que formalmente se ha suprimido la incapacitación y el sometimiento a tutela y en su lugar se proveen medidas de apoyo para realizar de actos con trascendencia jurídica; por lo tanto la Ley empieza por suprimir las barreras que antes impedían a las personas con discapacidad el pleno ejercicio de su capacidad; y se decía que la ley no limitaba su capacidad jurídica, sino que limitaba o restringía, e incluso suprimía, la capacidad de obrar. Con el nuevo régimen legal se suprimen las barreras de la incapacitación y la tutela y se establecen medidas de apoyo que lo que tratan es de facilitar

---

119 *Ut. supra* págs. 53 y ss.

el ejercicio concreto de los actos jurídicos, por lo que claramente se está refiriendo a la capacidad de obrar, aunque la denomine capacidad jurídica. La cuestión es ¿por qué la denomina así?

La explicación de este cambio terminológico ya la hemos apuntado más arriba y procede de la diferencia de conceptos entre los sistemas del *Common law* y del *Civil Law*; mientras en este último distinguimos entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en el primero la capacidad de las personas es un concepto más genérico de *legal capacity*, omnicompreensivo de todas las condiciones legales necesarias para la validez de un acto que pueden afectar a la capacidad y se refiere tanto a la necesaria capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, lo que puede depender de diferentes circunstancias como la extranjería o la falta de personalidad civil de una entidad, como a la capacidad natural necesaria para celebrar un acto o contrato con eficacia jurídica, como a la capacidad concreta o especial que el derecho requiere para un determinado acto o negocio, como el matrimonio o la adopción. El concepto de *legal capacity* hace referencia por tanto a todas aquellas circunstancias que en un momento dado son presupuestos necesarios para poder realizar un acto humano con eficacia jurídica, por lo que comprende la capacidad de obrar.

Como hemos visto antes, la Convención utiliza el concepto del *Common Law* de *legal capacity* y la Observación Primera del Comité aclara que dicha expresión comprende tanto la capacidad básica o estática de ser titular de relaciones jurídicas como la capacidad dinámica de realizar actos con eficacia jurídica, es decir que en la terminología española comprende tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar. Al traducirse *legal capacity* al español se ha trasladado un tanto incorrectamente como capacidad jurídica, cuando podía haberse traducido,

quizá con mayor fortuna, por capacidad legal, que es un término que entre nosotros se refiere más precisamente a la capacidad concreta para un acto o contrato, comprendiendo la capacidad de obrar de la persona y la capacidad especial que pueda requerirse para un acto o contrato.

Sin embargo en los textos de la Convención se aceptó el término de capacidad jurídica y así lo ha querido incorporar la ley, dando a entender, quizá, que está asumiendo exactamente el concepto que ha querido mantener la propia Convención, quizá por su fuerza inclusiva, ya que permite obviar el concepto de capacidad de obrar, para impedir su limitación y da una clara señal del cambio de sistema y de paradigma, aunque con ello haya generado una cierta revolución en el orden de los conceptos que hemos utilizado históricamente,<sup>120</sup> recordando el famoso alegato de von Kirchman contra la ciencia del Derecho.<sup>121</sup>

Por tanto las medidas de apoyo a que se refiere la nueva ley son medidas para el ejercicio de la capacidad de obrar, aunque se la denomine capacidad jurídica.

Sin embargo, no está muy claro que sólo esto baste para cambiar totalmente los conceptos de capacidad que hasta ahora veníamos utilizando y empezar a referirnos a la capacidad jurídica cuando queremos

---

120 Una explicación del problema de la traducción la realiza detalladamente VINCENZO BARBA, que indica que en italiano se tradujo por *capacità legale* y destaca que la Convención intenta poner de relieve que ambos tipos de capacidad son en realidad uno solo, en el sentido de que no pueden ir separados. BARBA, VINCENZO, “El artículo 12 de la convención sobre derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”, en *La discapacidad, una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2022, pag. 40.

121 “Tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura”. KIRCHMANN, J. H. VON, *La jurisprudencia no es ciencia*, Madrid, Civitas, 1983, pag. 29.

referirnos a la de obrar. Aunque podría tener quizá la justificación de suprimir el significado anterior de capacidad jurídica por entender que al confundirse con el de personalidad no sirve para nada, lanzarse de modo entusiasta a abrazar la nueva terminología puede llevarnos a generar una confusión de conceptos que en algunos casos pueda ocultar el verdadero sentido de lo que se quiere decir.

Algunos autores han defendido el cambio de terminología<sup>122</sup>, para destacar que la capacidad jurídica y la de obrar son en realidad una sola; aunque conceptualmente se distinguen, no puede reconocerse una sin la otra y deben ir siempre juntas, por lo que se asume que es lo que la ley ha querido establecer al adoptar esa terminología.<sup>123</sup>

Es digna de elogio la finalidad didáctica de asumir la nueva terminología, a fin de que a nadie se le ocurra negar a los discapacitados la capacidad de obrar; si eliminamos este concepto y lo incluimos en el de capacidad jurídica nadie se atreverá ya a decir que los discapacitados tienen capacidad jurídica pero no plena capacidad de obrar, porque ésta la seguirían teniendo limitada o restringida por la necesidad de medidas

---

122 CASTRO GIRONA, LEÑA FERNÁNDEZ O JUAN BOLÁS, entre otros. Este último ha destacado que, en la elaboración de la reforma del Código civil, “el punto que dio lugar a un difícil debate, y que aún está siendo objeto de discusión entre los expertos, es el relativo a la supresión del binomio capacidad jurídica y capacidad de obrar” y estima que la reforma se inclina a pensar que ya no cabe hablar de capacidad de obrar. BOLÁS ALFONSO, JUAN, “Fundamentos de la reforma del Código civil sobre personas con discapacidad”, en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, ALMUDENA, CABELLO DE ALBA JURADO, FEDERICO Y PÉREZ RAMOS, CARLOS (coordinadores) y OTROS AUTORES, *La reforma de la discapacidad cit.*, Volumen I, pág. 48.

123 Para entendernos aquí entre nosotros, podemos llamar a ese nuevo concepto omnicomprendivo de la capacidad jurídica como capacidad jurídica *lato sensu*. Pero esto solo sería aplicable, en principio, a los mayores de edad.

de apoyo. Y esa es precisamente la regulación que contiene el art. 12 de la Convención, utilizando el concepto anglosajón de la capacidad legal, que fácilmente podemos traducir por capacidad jurídica. En este sentido da la impresión de que el propio concepto de capacidad de obrar, tal como la entendemos en el Derecho español, resulta inconveniente y contrario a los principios de la Convención, porque es un concepto de capacidad variable, que admite ser restringido o limitado y carece del carácter absoluto que se predica de la capacidad jurídica y que la Convención reconoce a los discapacitados y es mejor desterrarlo para mayor claridad.

Por ello la cuestión es algo más que terminológica y para llegar a alguna conclusión más segura necesitamos ver el fondo de la cuestión o sea el nuevo alcance jurídico que se quiere dar a esas expresiones.

#### 1.2.- Sentido del fondo.

Como ya hemos apuntado, cuando las nuevas normas del código civil se refieren al ejercicio de la *capacidad* jurídica, se está refiriendo en realidad a la tradicionalmente denominada *capacidad de obrar*. La capacidad jurídica tradicional –que para entendernos podemos llamar capacidad jurídica *stricto sensu*- ya se la había reconocido a todas las personas el art. 32.2 del Código civil en su redacción originaria, mientras que la de obrar es la que tradicionalmente se negaba o limitaba a los menores de edad y a las personas con discapacidad, y que en la Convención de Nueva York se ha querido reconocer ahora a las personas con discapacidad, de modo que la capacidad de obrar se reconoce por igual a todas las personas mayores de edad, sin distinción entre ellas por razón de tener una discapacidad.

Así, mientras el antiguo artículo 32.2 del Código civil decía que los derechos y obligaciones de los que teóricamente puede ser titular una persona con demencia nacen de hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y de un tercero, no por tanto de los actos del propio incapacitado, ahora se les reconoce como posibles prestadores de un consentimiento que, desarrollado en las condiciones legales adecuadas, produce plenos efectos jurídicos.

El reconocimiento legal de la plena capacidad de obrar a todas las personas mayores de edad resulta en principio de la supresión de la incapacitación y de todas las normas que en el código civil y en otras leyes se referían a los incapacitados, de la clara redacción del nuevo artículo 249 y de la nueva redacción de los artículos 665 y 1263. Este último, que antes decía que los locos y dementes no pueden prestar consentimiento, se limita ahora a decir que los menores de edad pueden celebrar ellos mismos algunos actos y contratos<sup>124</sup>, omitiendo toda referencia a los discapacitados, con lo que deja claro que para éstos no hay diferencia con el resto de las personas mayores de edad. Y también el actual artículo 665 se limita ahora a decir que para otorgar testamento las personas con discapacidad habrán de tener solamente capacidad natural de entendimiento suficiente, a juicio del notario. De ambos preceptos se desprende que por razón de discapacidad mental no hay ya restricciones de la capacidad de obrar, que se les reconoce plenamente, siempre que puedan emitir una declaración de voluntad real; de acuerdo con esto, ante los actos o contratos que vaya a realizar una persona con discapacidad, lo único que ahora es relevante determinar es si con

---

<sup>124</sup> Art. 1263: *Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.*

arreglo a su grado de capacidad natural para entender y querer pueden hacerlo. Suprimiendo las limitaciones legales a la capacidad de obrar de los mayores de edad, queda solamente la capacidad natural como criterio de valoración de la posibilidad de actuación de estas personas, que en función de su situación van a necesitar alguna medida de apoyo.

Por tanto, con arreglo a la regulación legal, queda claro que a las personas con discapacidad se les reconoce la misma capacidad de obrar que a las demás y que la expresión *capacidad jurídica* comprende la *capacidad de obrar*.

Como dice GETE-ALONSO, la Convención parte de un presupuesto jurídico ineludible que condiciona la configuración jurídica y las reglas positivas sobre la persona: el reconocimiento de la capacidad sin condiciones ni límites.<sup>125</sup>

La Convención, como ya hemos apuntado, establece las reglas o principios básicos para que los Estados creen los medios necesarios para que se cumpla la igualdad efectiva de las personas y para ello se parte de un presupuesto jurídico ineludible: la desaparición de los procedimientos judiciales dirigidos a limitar la capacidad de las personas. No se trata por tanto de entender que cuando la Convención dice que a todas las personas se reconoce la misma capacidad hay que obviar la situación de discapacidad, como si no existiera, y entender que tiene la misma capacidad natural que cualquiera; de lo que se trata es de eliminar *el estado civil de incapacitado*, sin perjuicio de lo cual habrá que tener en cuenta, con todo el realismo que la situación exige, los apoyos

---

<sup>125</sup> Se refiere al condicionamiento de la Convención sobre los derechos de los Estados parte, indicando que los artículos de la Convención establecen las bases para que los Estados creen las medidas y los medios necesarios para eliminar las desigualdades de todo tipo para que se cumpla la igualdad efectiva (*Ob. cit.*, pag. 15)

o medidas necesarios para que la persona ejerza su capacidad jurídica de obrar en igualdad de condiciones que los demás, lo cual implica suplir sus carencias en lugar de sustituir su voluntad.

El ejercicio de la capacidad en igualdad de condiciones exige necesariamente la concurrencia de los apoyos o asistencias, porque se trata de que la sociedad tiene que ofrecer a los discapacitados los medios para superar su discapacidad.<sup>126</sup>

Nos parece que el sentido claro de esta ley es el de que todas las personas tienen la misma capacidad de obrar; lo único que ocurre es que precisamente para asegurar la igualdad entre todas las personas, las que tienen alguna discapacidad que les afecta en su ejercicio tienen derecho a que el Estado les provea de los apoyos necesarios para que ellas pueden ejercitarla en igualdad de condiciones.

Resumiendo lo dicho hasta aquí, tenemos que el sentido de la nueva regulación es:

1° Que al haberse suprimido el estado civil de incapacitado, la capacidad no depende de un estado o declaración sobre la propia persona. Ese solo hecho ya implica que a efectos de la capacidad de obrar solamente existen dos estados civiles: el de menor de edad y el de mayor de edad; o tres, si se quiere añadir el de emancipado.

---

<sup>126</sup> Podríamos decir que las medidas de apoyo no son otra cosa que ayudas para favorecer la propia autonomía de la persona, como dotarla de lectura en sistema braille, de una silla de ruedas o de una persona que ayude a cualquier actividad que no pueda hacerse sin esa ayuda. Pero lo que la ley trata de excluir mientras sea posible es que la persona que presta la asistencia haga las cosas en lugar del discapacitado.

2º La única capacidad de la que cabe hablar respecto de las personas mayores de edad es la capacidad natural para emitir una declaración de voluntad libre y conscientemente.

3º. En los casos en que sea necesario hay que dar a la persona las ayudas que necesite para ejercer esa capacidad que por su estatus de mayor de edad le corresponde a una persona.

Queda por saber por tanto qué efecto tienen en ese concepto de nueva capacidad las medidas de apoyo que la ley si establece.

### 1.3.- Las medidas de apoyo.

La cuestión es entonces: ¿Se ha reconocido a todas las personas la misma capacidad de obrar o el hecho de que a una persona se le hayan establecido medidas de apoyo implica de algún modo una restricción de esa capacidad de obrar?

Las medidas de apoyo se plantean legalmente como ayudas para que la persona que tiene una discapacidad pueda hacer lo mismo que las demás personas. Por eso la ley se refiere ahora al *ejercicio adecuado* de su capacidad jurídica.

De alguna forma lo que se nos está diciendo es que las personas que tienen una discapacidad pueden ejercer la capacidad de obrar que a todos se reconoce de modo adecuado a sus circunstancias. Entonces no cabe ver los apoyos como limitaciones a la capacidad de obrar, como sucedía antes con la incapacitación.

El concepto es más claro cuando las medidas de apoyo son la mera asistencia de un guardador de hecho o incluso de un curador, manteniendo la autonomía e iniciativa de la persona; y un poco más difícil cuando la medida es un curador con representación legal.

Pero que no son limitaciones lo demuestra el hecho de que la ley permite y da incluso preferencia a las medidas voluntarias; de forma que si el propio discapaz ha previsto las medidas que quiere para sí mismo y el juez las estima suficientes vale lo acordado por la propia persona.

Los contratos celebrados con las medidas de apoyo son plenamente eficaces. Es cierto que los contratos celebrados sin las medidas de apoyo, cuando fueran necesarias son anulables y que por tanto podría decirse que la persona que tenga esas medidas de apoyo establecidas no es plenamente capaz, porque necesita del concurso de otras personas. Pero esto sería no salir del círculo vicioso de la confusión de los conceptos de capacidad jurídica y capacidad natural, cuando lo cierto es que en el nuevo sistema esta cuestión no es tanto un problema de falta de capacidad de obrar, sino de formación de la voluntad de la persona, en el sentido de que la atribución de una acción de anulación del contrato es una medida lógica de protección de esa persona, cuyo fundamento no es la falta de capacidad de obrar, sino una defectuosa formación del consentimiento.

En el sistema anterior se daba una especie de paradoja: Por una parte a la persona se la incapacitaba, lo cual consistía en una declaración por la que quedaba inhabilitada para otorgar actos y contratos, que incluso se le prohibían expresamente, como ocurría con el testamento, el derecho de voto o el de contratar; pero luego a pesar de la inhabilitación y de las prohibiciones, el contrato no se declaraba nulo, sino solamente anulable, lo cual parecía una incongruencia. El contrato solo era nulo si era inexistente por falta de consentimiento.

En el fondo en esta paradoja lo que subyacía era un juego de intereses, entre los del propio incapacitado por una parte y los de ter-

ceros por otra, entendiendo por terceros tanto los cercanos, en cuanto a los intereses patrimoniales de la familia como los de la sociedad en general respecto a la seguridad del tráfico. Y en esta tensión de intereses el Derecho había llegado a una transacción adecuada o incluso salomónica, ya que por una parte en la resolución del contrato se hicieron primar los intereses del incapacitado, estableciendo el mecanismo de la anulabilidad, que es más beneficioso para él, ya que le permite deshacer el contrato solo si le interesa, a juicio de sus asistentes o guardadores, frente al sistema más radical de la nulidad, que sería más perjudicial al no permitirle aprovechar una ventaja.<sup>127</sup> Y al mismo tiempo los intereses de terceros y del tráfico se protegían gracias a la visibilidad de la situación de incapacitación y con el establecimiento de un estado civil de incapacitado, para que todo el mundo supiera a lo que se arriesgaba al contratar con una persona sin capacidad de obrar, aunque esta solución fuera contraria a la dignidad de la persona.

Esta última parte es la que la Convención de Nueva York ha venido a cambiar, por ser contraria a la dignidad de la persona y a su derecho a la libertad de tomar sus propias decisiones. No se trataba de eliminar la posibilidad de impugnar un contrato si alguien había abusado de la debilidad de una persona discapacitada, lo cual es beneficioso y necesario para ella, sino de eliminar sólo la situación de inhabilitación que impide a la persona ejercer su libertad, si tiene capacidad mental suficiente.

---

<sup>127</sup> El sistema romano de la *restitutio in integrum* respondía a la misma filosofía práctica, a pesar de que con el sometimiento a curatela se consideraba que la persona quedaba inhabilitada para administrar sus bienes, pero no había un concepto de capacidad de obrar propiamente dicho.

Como hemos visto antes, entre los derechos recogidos en el art. 12 de la Convención de Nueva York se destacó en particular la intención de reconocer el derecho a la toma de decisiones asistida, pero reconociendo también la posibilidad de representación en casos excepcionales. Se defendió con ello lo que llamaron el “cambio de paradigma” que propugnaba el reconocimiento de la capacidad jurídica en su elemento dinámico, esto es, capacidad de obrar de la persona para la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, con mantenimiento de la representación con carácter excepcional, limitada y sujeta a revisión.

Si seguimos esa discusión sobre la norma que fue considerada la piedra angular de la Convención, lo que se estaba discutiendo es si en el sistema de apoyos habría que reconocer a los discapacitados sólo capacidad jurídica o también capacidad de obrar, y para reconocerles las dos y dejar claro que la de obrar también está incluida se acabó diciendo que el término capacidad jurídica comprende ambas, como ya hemos visto, utilizando el concepto de *legal capacity* del *Common Law*; con ello lo que se quería decir es que las personas mayores de edad, con cualquier discapacidad, tienen no sólo capacidad jurídica sino también capacidad de obrar (a diferencia de los menores de edad, que por supuesto tienen capacidad de obrar, pero limitada).<sup>128</sup> Y bajo este prisma

---

<sup>128</sup> En el fondo es la misma discusión que hemos tenido en nuestro país sobre los menores de edad, pues mientras la doctrina clásica entendía que de ser menor de edad a ser mayor se pasaba de la plena incapacidad de obrar a la plena capacidad de obrar, el profesor DE CASTRO mantuvo la tesis totalmente contraria, diciendo que el menor tenía una capacidad de obrar limitada y gradual, pues era plenamente capaz para muchas cosas y no para otras, Por eso en la doctrina y la jurisprudencia de nuestro Derecho ha acabado prevaleciendo la tesis de que los menores de edad y los hasta la ley 8/2021 incapacitados tienen capacidad jurídica y capacidad de obrar, solo que esta última es una capacidad de obrar limitada o con restricciones.

hay que interpretar las normas del art. 12 de la Convención, que son el antecedente y base de las nuevas normas españolas.

La Convención de Nueva York establece que la ley de los Estados Partes debe reconocer a los discapacitados capacidad jurídica (entendida *lato sensu*, es decir jurídica y de obrar), debiendo desaparecer por tanto la incapacitación y el estado civil de incapacitado, que se crea mediante una resolución judicial. Pero hay un margen en el cual los Estados parte podrán llevar esta idea a su legislación con mayor o menor amplitud. Para ello hemos de observar el nuevo sistema de anulación de los contratos.

## 2.- *El nuevo régimen de la anulabilidad de los contratos.*

Hay que analizar por tanto con detenimiento la nueva redacción de los artículos 1301 y siguientes del CC., porque a través de la regulación de la anulabilidad de los contratos podría subsistir un vestigio de incapacidad de obrar derivada del status jurídico cuando se han establecido medidas de apoyo, aunque en este caso sin la previa declaración judicial de incapacidad, ya que los contratos otorgados por personas que tengan medidas de apoyo “establecidas”, incluso aunque no se haya nombrado un curador representativo, pueden ser anulados por esta causa, como ocurría antes de la reforma.

Lo cierto es que las acciones de anulación de los contratos se han regulado también de modo un tanto diferente, restringiendo su ejercicio.

La ley contempla ahora dos distintas acciones de anulación:

1.- La que puede ejercitar solo el propio discapacitado, con sus medidas de apoyo si fuere necesario. Esta acción se fundamenta en tratarse *contratos celebrados por personas con discapacidad prescind-*

*diendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas. Esta acción, al ejercerla el propio discapacitado, con medidas de apoyo en su caso, puede entenderse como una medida de restitución fundada en el enriquecimiento injusto, como ocurría en el sistema romano de la *restitutio in integrum*.*

Si comparamos la actual redacción de los arts. 1301 y 1302 con la anterior vemos que antes el art. 1301 se refería a los contratos celebrados por los menores e incapacitados, fundándose la causa de nulidad en la incapacidad, que también reconocía el art. 1304; en la actualidad en la redacción de dichos artículos la causa de la nulidad es la celebración del contrato prescindiendo de las medidas de apoyo, ya que formalmente no hay una falta de capacidad; pero sobre todo la nueva redacción del artículo 1304 indica que la persona con discapacidad sólo tiene que restituir su contraprestación en la medida en que se hubiera enriquecido cuando el otro contratante conociera las medidas de apoyo o se hubiera aprovechado abusivamente de la discapacidad.<sup>129</sup>

Por tanto puede entenderse que la acción de anulación no se basa en la falta de capacidad, sino en una defectuosa formación de la voluntad, consistente en la falta de la medida de apoyo, como en el caso de los vicios de consentimiento.

---

<sup>129</sup> Artículo 1304: *Cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, el contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida. Esta regla será aplicable cuando la nulidad proceda de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, siempre que el contratante con derecho a la restitución fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta.*

2. La acción que puede presentar la persona a quien correspondiera ejercitar la medida de apoyo. Según el nuevo artículo 1.302, esta acción está condicionada a que el que contrató con la persona discapacitada fuera conocedor de la existencia de las medidas de apoyo o se hubiera aprovechado de la discapacidad, es decir sólo si el otro contratante hubiera obrado de mala fe, lo que acerca también su régimen más a la existencia de un vicio del consentimiento prácticamente igual al dolo.

Esto significa, a nuestro parecer, que la posibilidad de impugnar los contratos celebrados por personas con discapacidad no procede de una falta de capacidad de obrar y puede mantenerse que ésta no tiene para los discapacitados con medidas de apoyo restricciones.

En nuestra opinión, lo que está claro, es que el establecimiento de medidas de apoyo, a pesar de ser una medida de protección, no crea un estado civil del que dependa la falta de capacidad de obrar.

Todo ello, independientemente de que los contratos en los que concurra una falta total de voluntad consciente y por tanto no haya un consentimiento real puedan ser anulados, en virtud de acción de nulidad de pleno derecho, por esta causa.

Sentado lo anterior, y a la luz de la ley vigente, nos queda plantearnos cómo queda el objeto de nuestra tarea, es decir si se ha creado o no un nuevo concepto jurídico de capacidad.

## VIII. EL NUEVO CONCEPTO DE CAPACIDAD.

Entre los primeros comentaristas de la reforma legislativa, e incluso con referencia a la Convención, se ha dicho que el nuevo modelo ha establecido un nuevo concepto de capacidad jurídica, que comprende

en una sola categoría tanto la antes llamada capacidad jurídica, o capacidad básica o estática, como la capacidad de obrar, llamada también capacidad dinámica o para actuar eficazmente en el Derecho y que por tanto ha desaparecido la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Esta unificación de ambos conceptos se ve corroborada por la nueva terminología legal, como aparece en la rúbrica del título XI del Libro I del Código civil, titulado *De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica* y al principio del artículo 249.

DE VERDA Y BEAMONTE se hace eco de la cuestión, pero a la postre entiende que la Ley no rechaza la distinción, que tiene carácter doctrinal y tampoco era acogida en la redacción anterior del Código civil.<sup>130</sup> Y critica al Comité de Expertos por entender que en la Observación Primera se afirma tajantemente la no distinción entre los dos tipos de capacidad sobre la base de que al limitar la capacidad obrar se está restringiendo también la capacidad jurídica.<sup>131</sup> Por su parte defiende la

---

<sup>130</sup> Dice este autor que la ley, al suprimir la incapacitación, ha venido a poner en cuestión la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, y dice que en apoyo de esa tesis de la unificación suele recordarse que el preámbulo de la ley (I, *in fine*), dice que “ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos. DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN, “Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad”, en *La Discapacidad, una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2022, pag. 61.

<sup>131</sup> Lo cierto es que el Comité y los autores que siguen sus argumentos consideran toda limitación de la capacidad de las personas con discapacidad una discriminación y por tanto un ataque el reconocimiento de su personalidad, lo cual viene a corroborar la impresión de que esa unificación de conceptos, que parece acoger la Ley, tiene como finalidad aportar un refuerzo conceptual a la política de no discriminación.

distinción entendiendo que si se suprime habría que explicar porque se pueden anular los contratos celebrados por algunas personas.

Por el contrario, la mayoría de los autores que se han ocupado de este tema después de la entrada en vigor de la reforma, e incluso antes, han mantenido la teoría de la unificación, entendiendo que ha desaparecido la clásica dicotomía,<sup>132</sup> y lo cierto es que todas las opiniones manifestadas en este sentido lo que hacen es asumir la filosofía de la Convención y de la Observación Primera del Comité y entienden que a la vista de la nueva Ley la distinción ha desaparecido.

Según GARCÍA RUBIO<sup>133</sup>, con relación al anteproyecto de Ley, uno de los presupuestos básicos de la nueva ley es que prescinde de la distinción tradicional entre capacidad jurídica y capacidad de obrar y utiliza el término *capacidad jurídica* para referirse a ambas como un todo.

RAFAEL LEÑA ha sostenido, de forma mucho más decidida, que se ha introducido un nuevo concepto de la capacidad<sup>134</sup> y que con la ley se ha suprimido la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de

---

132 Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos citar a JUAN BOLÁS ALFONSO, *Loc. cit.*, INMACULADA VIVAS TESÓN, “La curatela como principal medida judicial de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica: Fundamento y claves de su nuevo régimen legal”, MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO, (*Ob. cit.*), todos ellos en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, ALMUDENA, CABELLO DE ALBA JURADO, FEDERICO Y PÉREZ RAMOS, CARLOS (coordinadores) y OTROS AUTORES, *La reforma de la discapacidad cit.*

133 *Ob.cit.*, pag. 51.

134 Sostiene RAFAEL LEÑA que hasta ahora, siempre que hemos hablado de incapacidad nos hemos referido a la capacidad de obrar, pudiendo ser la incapacidad absoluta o relativa, pero ahora, con la Convención, solo hay una capacidad, la capacidad jurídica, inherente a la persona, y consecuentemente no atribuible ni limitable por el Derecho, so pena de afectar a su dignidad. LEÑA FERNÁNDEZ, RAFAEL, “El nuevo concepto de capacidad en el Derecho civil”, en *La reforma de la discapacidad*, VARIOS AUTORES, Fundación Notariado, Vol. 1, Madrid, 2022, pag. 103.

obrar. Llega a decir que la distinción es artificiosa, porque es un recurso para poder restringir la capacidad sin decir que se afecta a la dignidad<sup>135</sup> y defiende que con la nueva Ley solamente existe el concepto de capacidad jurídica, que es para todos igual.

Desde luego estamos de acuerdo en que limitar la capacidad de obrar de una persona en base al hecho de padecer una discapacidad es un acto discriminatorio que afecta directamente a la dignidad humana; y más la afecta aún, en nuestra opinión, la creación por este motivo de un distinto estado civil que se llama de *incapacitado*, en el que se pone a la persona mediante un acto denominado incapacitación, que consiste en la restricción de su capacidad de obrar mediante una resolución judicial<sup>136</sup>.

Pero eso no quiere decir que la distinción ente capacidad jurídica y de obrar sea artificiosa o inútil, porque cuando se suprime se hace necesario distinguir ente la capacidad y su ejercicio, o terminología similar que también emplea la Convención.

---

135 Dice este autor (*Loc.cit.*) que *la distinción entre capacidad jurídica y de obrar es artificiosa, reducida solo a ser un recurso de los ordenamientos jurídicos que les permita sortear el obstáculo de la imposible restricción de la dignidad humana mediante la ficción jurídica de la capacidad de obrar, para afirmar que no se le niega a la persona su capacidad jurídica (la de ser sujeto de derechos) sino solo la capacidad de obrar, (la de ejercitar esos derechos).*

136 Cabe destacar que cuando aplicando el art. 53.1 de la Constitución una ley regula el ejercicio de los derechos fundamentales, debe respetar el contenido esencial de los mismos, de forma que mediante una resolución judicial se puede restringir o limitar un derecho fundamental, en base a lo autorizado por dicha ley, pero nunca suspenderlo de todo. Sin embargo, con la publicación de la Ley de 24 de octubre de 1983, que introdujo formalmente la incapacitación en nuestro derecho, nadie se planteó que pudiera ser anticonstitucional, a pesar de la constante y abundantísima jurisprudencia que sobre este punto ha desarrollado el Tribunal Constitucional.

Es cierto que suprimir la distinción puede servir para hacer más difícil justificar cualquier intento de limitación a la capacidad de obrar, ya que entonces también lo sería de la capacidad jurídica, pero también hay que reconocer que en el fondo toda esta discusión tiene mucho de terminológico y por lo tanto será necesario llegar a un consenso que sirva para expresar mejor los nuevos principios y aplicar correctamente las normas.<sup>137</sup>

MARTÍNEZ DE AGUIRRE también acoge la distinción entre la dimensión estática y la dinámica de la capacidad, siendo la primera la que tradicionalmente se ha identificado con la capacidad jurídica y la segunda la que ahora la ley denomina *ejercicio de la capacidad jurídica* y tradicionalmente *capacidad de obrar* y señala que la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar ha sido puesta en duda tras la ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas, pero mantiene la distinción entre la dimensión estática y la dinámica porque sigue siendo útil para explicar los aspectos básicas del Derecho de la persona, como el régimen de la menor edad y defiende el mantenimiento de la clásica distinción, con la advertencia de que la ley emplea la nueva terminología.<sup>138</sup>

---

137 MARÍA ÁNGELES PARRA se refiere al “ejercicio de su capacidad jurídica, referido al aspecto dinámico de la capacidad, es decir, a la capacidad de actuar válidamente en Derecho...”, y que en el Derecho anterior venía identificándose con la capacidad de obrar”. PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES, “Contratación y discapacidad. La reforma de la legislación para el apoyo a las personas con discapacidad”, en *La reforma de la discapacidad*, cit., pag. 328. Como se ve esta autora asume también el concepto de capacidad jurídica unificado, pero distingue entre el aspecto estático y el aspecto dinámico a la hora de precisar los conceptos a los que nos estamos refiriendo en cada caso.

138 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS, *Curso de Derecho Civil*, Volumen II, “Derecho de la persona”, Edisofer, Madrid, 2021, pag. 28.

En definitiva parece muy lógico cuando hablamos de personas con discapacidad suprimir la distinción y con ello apuntalar la plena capacidad de las personas mayores de edad, sin discriminación alguna, pero con este planteamiento nos estamos olvidando de los menores de edad. La nueva terminología legal es muy sugerente, pero es necesario algún término que permita distinguir ambos aspectos, porque aunque es cierto que la distinción sobra para los discapacitados, es necesaria para explicar la situación de los menores de edad, a los que sí se les limita la capacidad de obrar.

A menos que se quiera mantener que también esta limitación afecta a la dignidad de los menores y también hay que defender la capacidad de obrar de los menores, que deberán ejercer con medidas de apoyo y en ese caso lo que tenemos que hacer es suprimir el concepto de estado civil como regulador de la capacidad.<sup>139</sup> Sin embargo nadie, que nosotros sepamos, ha defendido eso ni parece que vaya a ser útil en la práctica, una vez que siguiendo la orientación del profesor DE CASTRO se ha reconocido la capacidad de obrar de los menores, con sus limitaciones.

Por lo tanto lo que parece necesario es mantener la distinción de los conceptos, aunque sea con un cambio de terminología.

---

<sup>139</sup> A propósito de los menores de edad, fue el profesor DE CASTRO quien con mayor decisión defendió su capacidad de obrar. Dice que rompiendo los antecedentes históricos se ha difundido, hasta convertirse en tópico, la idea de que los menores están totalmente privados de la facultad de obrar por sí mismos, que tienen una incapacidad general o absoluta y aclara que el error ha venido de confundir la incapacidad de obrar con la incapacidad negocial. Y frente a esta tendencia defiende la capacidad de obrar de los menores de edad, que no es plena pero tampoco nula, sino que esta simplemente limitada. Vid. DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *Derecho Civil de España*, Tomo II, Madrid Instituto de Estudio Políticos, 1955, pag. 172.

En este sentido, si se quiere suprimir alguno de los conceptos, éste tendría que ser el de la *capacidad jurídica*, en el sentido de que si es una mera emanación de la personalidad y la tiene toda persona, el concepto no aporta ninguna utilidad. Pero lo cierto es que hoy por hoy lo que no parece razonable es prescindir de la distinción conceptual.

Los argumentos de los autores que defienden la desaparición de la distinción, al igual que en los mantenidos por las Observaciones del Comité, se basan en utilizar la supresión como herramienta para impedir o dejar claro que no se puede limitar la capacidad de obrar de ninguna persona, aunque tenga una discapacidad. Se dice que la capacidad es toda una misma y si la capacidad jurídica es inherente a la persona, también la capacidad obrar es inherente a la persona y no puede limitarse ni condicionarse.

Pero a nosotros nos parece que tampoco se puede olvidar que aquí ha habido una cierta confusión a la hora de entender los razonamientos del Comité de seguimiento como fundamento del cambio. Como hemos apuntado más arriba, en los trabajos de Naciones Unidas se han mezclado los conceptos de capacidad de diferentes sistemas jurídicos, primando el hecho de que en el *Common Law* se tiene un concepto único genérico de capacidad, que se ha impuesto por esa virtud política de la simplicidad que permite blindar la capacidad de las personas con discapacidad.

Pero en los países anglosajones se usa ese concepto en realidad por falta de precisión técnica o de claridad de los conceptos y todo lo engloban bajo el concepto de *legal capacity*.

En nuestro Derecho la distinción, aunque se diga que no existe, se sigue utilizando; cuando se dice que ha desaparecido porque no

puede limitarse no se está teniendo en cuenta la situación de los menores de edad, de los que nadie duda que se pueda limitar su capacidad de obrar y para explicar el funcionamiento del estado civil de los menores de edad no cabe más remedio que mantener la distinción, aunque se le llame de otra forma.<sup>140</sup>

En nuestra opinión, hay que partir de la base de que lo que ha desaparecido es la incapacitación y por tanto la declaración de limitación de la capacidad en virtud de una resolución judicial; entonces lo que la Ley ha suprimido no es tanto el concepto teórico de capacidad de obrar, que es cierto que no utiliza, sino el estado civil de incapacitado, que es en el fondo lo que impone la Convención de Nueva York, y en este sentido nos parece que el concepto de capacidad de obrar y su distinción con la jurídica, al contrario de lo que se dice, tiene utilidad, porque nos permite afirmar rotundamente que ya no existe la incapacitación ni hay incapacitados, que no existe un estado civil de incapacitado, sino que todas las personas mayores de edad, incluidas las que tienen alguna discapacidad, tienen plena y la misma capacidad de obrar. Y que de esta forma la ley finalmente ha suprimido la última situación de *capitis deminutio* o muerte civil que el Derecho seguía manteniendo. Y esa es, a nuestro parecer, la gran aportación de la reforma y del cambio de paradigma.

Concluido de esta forma el análisis de los conceptos con los que se construye el nuevo sistema sobre la capacidad, nos queda por preguntarnos qué consecuencias tiene el nuevo régimen legal en la prác-

---

<sup>140</sup> Siguiendo la terminología empleada en los trabajos de la convención se habla de ejercicio de la capacidad, capacidad dinámica o capacidad de ejercicio o de actuación.

tica, y a propósito de ello si se ha cambiado en nuestro Derecho el concepto jurídico de capacidad.

## IX. EL NUEVO RÉGIMEN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA.

Partimos entonces de la idea de que lo que ha hecho la Ley 8/2021 es suprimir el *estado civil* de incapacitado y con ello la limitación de su capacidad por razón de discapacidad o enfermedad.

A fin precisar este concepto de capacidad de jurídica que introduce la nueva ley, recapitulamos los siguientes puntos que resultan de la evolución histórica de nuestro entorno jurídico:

1º Desde las legislaciones antiguas, las personas con discapacidad intelectual han sido siempre consideradas incapaces jurídicamente y en general con mayor o menor alcance han sido objeto de una inhabilitación para actuar en Derecho. En muchos casos no mediante una inhabilitación de forma expresa, sino mediante el mero sometimiento a la potestad de otras personas o en otros casos mediante una declaración judicial de inhabilitación o declaración de incapacidad.

2º En casi todas las legislaciones la declaración de incapacidad implicaba una prohibición de contratar o de realizar negocios jurídicos y además el sometimiento de la persona a la potestad de otra u otras. Es decir, por una parte se designaba un representante para sustituir la voluntad de la persona incapacitada y decidir por ella y por otra de alguna forma se impedía que la persona incapacitada pudiera tomar decisiones por sí misma o realizar actos o contratos. La ley en estos casos decía que las personas declaradas incapaces no pueden contraer matrimonio, contratar o hacer testamento.

3º No obstante si a pesar de la prohibición celebraban un contrato, el derecho lo consideraba válido, aunque anulable, dando al incapaz la posibilidad de anularlo, pero no lo consideraba nulo por contravenir la prohibición de contratar, salvo excepciones, como en el testamento, que si se consideraba nulo por falta de una capacidad especial.

Por lo tanto, con arreglo a este esquema clásico, cuando se dice que una persona es incapaz se están diciendo a la vez dos cosas distintas: por una parte, que tiene una incapacidad natural y que presumiblemente no va a poder emitir un consentimiento válido por no tener entendimiento suficiente; y por otra que tiene una capacidad de obrar limitada, pero no inexistente, porque los actos jurídicos que realiza pueden ser válidos y de hecho lo son si no son impugnados por quien tiene derecho a ello y por tanto producen sus efectos normales. Si la persona fuera totalmente incapaz de obrar los actos no podrían producir efecto alguno.

Por ello la posición de los incapacitados ha estado siempre situada en medio de esta ambigüedad de que por un lado están inhabilitados para casi todos los actos de la vida civil y por otra los actos que realizan son válidos, aunque pueden ser impugnados.

En definitiva, la protección de las personas discapacitadas en sus relaciones jurídicas se lleva a cabo a través de la condición de los negocios formalizados por ellas, normalmente, respecto de los contratos, con la mera anulabilidad y en otros casos, como el matrimonio o el testamento, mediante la nulidad, quizá porque en este caso realmente la capacidad que se exige es la natural y se confunde con el consentimiento, pero también para proteger a sus familiares y evitar las captaciones de voluntad.

En este contexto podemos preguntarnos qué sentido tienen las incapacitaciones formales, consideradas como inhabilitaciones, para la persona con una discapacidad intelectual, y no digamos ya una discapacidad meramente física como la sordomudez. La declaración legal de incapacidad para lo que sirve en realidad es para mantener la seguridad del tráfico, a fin de establecer un estado civil que indique a los demás en qué condiciones van a contratar.

Este esquema es lo que en los trabajos de la Convención de Naciones Unidas se ha llamado el “paradigma clásico”, caracterizado por los siguientes puntos:

1.- Se distinguen capacidad jurídica y capacidad de obrar.

2.- La capacidad jurídica en algunos derechos se denomina capacidad abstracta o capacidad pasiva y en general se identifica con la capacidad o aptitud para ser titular de relaciones jurídicas. En general se reconoce en la mayor parte de los países a cualquier persona, ya que es un atributo de la personalidad. En teoría solamente carecerían de ella quienes no tienen un status de ciudadano.

3.- La capacidad de obrar se considera como capacidad dinámica o activa, y se concibe como capacidad o aptitud para celebrar actos con eficacia jurídica. Esta ya no se reconoce a todo el mundo, sino que depende de una serie de circunstancias, generalmente de un estado civil.

4.- En general las personas con discapacidades intelectuales son objeto de un acto formal de incapacitación, y sometimiento a la tutela de otra persona, que decide por ella. Existe por tanto, al igual que sucede con los menores de edad, un mecanismo de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad por la voluntad de su tutor o

curador, que decide por ella en todas las cuestiones de la vida, incluso las personales.

La decisión sobre la incapacitación se basa en el llamado modelo médico, en el cual la decisión sobre el grado de incapacidad de las personas depende sobre todo de la opinión de los expertos facultativos que desde el punto de vista médico-científico evalúan el grado de capacidad o de discapacidad y las aptitudes teóricas de la persona para valerse por sí misma. Al final, afortunadamente, la decisión corresponde al juez, que no solo tiene en cuenta la opinión científica, sino que basándose en ella evaluará hasta qué punto la persona no puede gobernarse por sí misma y necesita ayuda. No obstante, al final una vez declarada la incapacitación, el modelo tradicional establece la sustitución total de la voluntad de la persona con discapacidad, que viene a ser considerada como algo parecido a una persona inútil socialmente.

En nuestro Derecho en realidad, desde la ley de 24 de octubre de 1983, el juez podía elegir entre constituir la tutela o la curatela, siendo ésta una medida de ayuda menos rigurosa que no implica la sustitución de la persona sino la mera asistencia del curador, pero en la práctica, antes de la Convención de Nueva York la solución general en la práctica era casi siempre la tutela. Se consideraba la incapacitación como una decisión de todo o nada, aunque legalmente ya desde 1983 se estableció el carácter graduable de la incapacitación y cabía la posibilidad de la curatela asistencial, pero pocas veces se aplicaba así y estaba asumido socialmente que la persona incapacitada ya no tenía derecho a tomar decisiones o al menos que su protección exigía esta forma de actuar.

Con la ley actual enseguida comprobamos que las solemnes declaraciones del preámbulo aparecen confirmadas en su texto y compro-

bamos que además de suprimirse la declaración de incapacidad, se han eliminado también las prohibiciones que había para los incapacitados para otorgar actos jurídicos, por lo que ahora no puede negarse a los discapacitados el otorgamiento de un contrato *por razón de su estado civil*<sup>141</sup> como expresión de su libertad civil.

Por tanto, con independencia de si hay o no distinción entre los dos aspectos, si las medidas de apoyo no implican una limitación a la capacidad de obrar, podemos concluir que la ley regula un *nuevo concepto de capacidad*, en cuanto a su contenido. Es decir, proclama nuevo concepto jurídico de capacidad que denomina *capacidad jurídica* y nosotros entendemos como *capacidad jurídica lato sensu*, que en realidad viene a coincidir con la tradicional capacidad de obrar, en el cual se incluyen las medidas de apoyo, que en lugar de restricciones a la capacidad de obrar han pasado a ser meros elementos de ayuda para el ejercicio de esa capacidad de obrar, de tal manera que esas medidas de apoyo no generan una situación legal de falta de capacidad, es decir un estado civil, aunque la falta de las mismas pueda dar lugar a una ineficacia de los contratos, ya que como hemos visto esa ineficacia puede considerarse basada en una defectuosa formación de la voluntad.

No hay ya prohibiciones de contratar y lo relevante para la eficacia jurídica de los actos es la capacidad natural suficiente, que habrá que valorar en cada caso. Y existiendo ésta, las medidas de apoyo no son más que modos de formación de la voluntad negocial, cuya falta

---

141 Así en los nuevos artículos 665 y 1263 o en las causas de extinción de la sociedad o el mandato, en los arts. 1700 y 1732. Como dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, el eventual procedimiento judicial para la provisión de medidas de apoyo no tiene como finalidad limitar su capacidad de obrar, sino proporcionarles el apoyo que precise para ejercerla adecuadamente (*Ob. cit.*, pag. 124).

permite impugnar el contrato por un vicio o defectuosa formación del consentimiento.

Nos parece que esta es la forma correcta de interpretar las normas que ahora el Código civil dedica a esta materia. Si se repasan conjuntamente los antecedentes y el texto de la Convención, junto con la famosa Observación 1ª del Comité y el texto de la nueva ley además del preámbulo, queda claro que se ha suprimido cualquier discriminación por razón de discapacidad de las personas y por tanto se ha equiparado a las personas mayores de edad, que tienen cualquier discapacidad, con las demás personas mayores de edad, que no las tienen. En definitiva, siguiendo la dogmática de la capacidad de obrar, lo que ha hecho la ley, para eliminar la discriminación a los discapacitados, es reconocer a todas las personas mayores de edad la misma capacidad jurídica y de obrar.

Puede decirse que eso puede ser una buena intención, pero es imposible en la práctica, porque algunas discapacidades hacen imposible otorgar actos o contratos con validez jurídica. Pero con esta opinión una vez más se confunde la capacidad natural con la capacidad de obrar. La Ley no pretende que por una disposición suya podamos obviar la realidad de las enfermedades mentales, sino que se ha limitado a suprimir la discriminación entre personas por tal motivo y precisamente para eso son las medidas de apoyo. La discriminación se suprime eliminando el estado civil limitativo y las medidas de apoyo consisten solamente en dotar a la persona de las ayudas que necesite para ejercer la capacidad de obrar que tiene como todos los demás. Esas ayudas además han de intentar que la persona tome ella misma sus decisiones, aunque obviamente no sea posible en todos los casos. La ley no puede

devolverle o darle a una persona la capacidad intelectual natural, pero al menos no establece ya una limitación legal por tal motivo.

Es cierto que la reforma puede calificarse de revolucionaria, como también lo fue la Convención de Nueva York, pero también que en realidad no ha cambiado los conceptos sobre la capacidad jurídica, sino solo los efectos y quizá también la terminología, con las maticaciones antes indicadas. Ahora solamente hay dos estados civiles a efectos de determinar la capacidad de obrar: el de menor edad y el de mayor de edad. Los menores de edad tienen una capacidad de obrar limitada, por razón de su edad, pero es para todos igual, tengan la sensatez que tengan y la capacidad natural que tengan.

## **X. LAS OTRAS LEGISLACIONES CIVILES ESPAÑOLAS.**

Hasta aquí, por lo que se refiere a la regulación del Código civil. Pero también hay que hacer una breve referencia a las legislaciones que tienen también normas sobre la capacidad y habrá que coordinar, en el mejor de los casos, o bien con la Convención del Nueva York, o bien con el Código civil, porque las normas de éste resulten aplicables supletoriamente.

En realidad sólo dos Comunidades Autónomas tenían una legislación propia sobre el tema de la capacidad: Cataluña y Aragón. La de Cataluña, con un código civil propio tiene una regulación total de la institución que excluye totalmente la aplicación de la ley común, mientras que la de Aragón contiene solo especialidades, que matizan el sistema general del Derecho común. En esta última el nuevo sistema será inmediatamente aplicable y solamente necesitará una actualización de sus normas para armonizarlas con el Derecho común, que en buena

parte puede hacerse a través de la interpretación, como también sucede en el resto de los territorios con Derecho foral. Pero en el caso de Cataluña la discordancia tiene mayor trascendencia.

*Caso especial de Cataluña:*

El Libro II del código catalán, aprobado por Ley 25/2010 de 29 de julio, ya fue elaborado en el difícil equilibrio de adaptarse como ley civil a la Convención de Nueva York y al mismo tiempo a la legislación procesal española anterior a la reforma; así que ahora, cambiada la legislación procesal, solo necesitaba suprimir las previsiones que contemplaban el Derecho estatal anterior. De hecho, solamente ha habido de momento dos reformas puntuales: una en 2017 para referirse al derecho de sufragio y otra, mediante Decreto Ley autonómico 19/2021, de 21 de agosto, para remitir el nuevo sistema de curatela a la asistencia que regula el código catalán.

No obstante, el sistema resultante dista bastante del adoptado por el legislador común y será necesaria una adaptación más profunda. En la actualidad establece que *la capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural y que la plena capacidad de obrar se alcanza con la mayoría de edad*. Mantiene la existencia de un estado civil de incapacitado, pero aunque no regula la incapacitación, la da por hecho por la aplicación de la legislación procesal común y por ello dice que *las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva, atendiendo a la capacidad natural*, admitiendo que conforme a la legislación estatal va a haber resoluciones judiciales modificativas de la capacidad de obrar.

Esta regulación, como vemos hace una interpretación más minimalista de la Convención de Nueva York, porque al final no se desprende

de la limitación de la capacidad de obrar de las personas discapacitadas, con lo que no cumple realmente con el art. 12 de la Convención ni con la Observación del Comité, por lo que es de esperar una nueva reforma.

La nueva regulación catalana se apoya en los principios de la Convención de N.U. y se ve una tendencia a la desjudicialización, dejando la tutela y la curatela para las situaciones más claras y graves, a las que la ha orientado la práctica, pero lo más relevante es que regula la institución de la *asistencia* como alternativa a la tutela y curatela.

## XI. EFECTOS PRÁCTICOS DEL NUEVO RÉGIMEN LEGAL.

La primera consecuencia práctica del cambio de sistema legal es que ahora adquiere, o más bien recupera, vital importancia la valoración de la capacidad natural para entender y querer de la persona que va a otorgar un acto jurídico, porque la Ley obliga a respetar el derecho de las personas con discapacidad a otorgar actos jurídicos, pero la seguridad de las transacciones puede verse seriamente comprometida si existen fallos de validez en el negocio.<sup>142</sup>

De esta forma, desaparecida la construcción jurídica, sobre todo de los juristas del siglo XIX, con los pandectistas a la cabeza, de la incapacitación como estado civil, que no solo protegía al discapacitado, sino

---

<sup>142</sup> Decimos mal que adquiere vital importancia, porque en realidad recupera la importancia que siempre tuvo. Como hemos visto, en el Derecho histórico, sobre todo en las Partidas, aunque hubiera alguna declaración judicial de sometimiento de una persona a curatela porque no podía gobernarse por sí misma, lo que ley tenía en cuenta para la validez de los contratos no era un determinado estado civil, sino la propia enfermedad o discapacidad y con ella la ausencia de capacidad natural.

sobre todo a la seguridad del tráfico jurídico, queda como condición esencial la capacidad natural.

Es cierto que esto no es un planteamiento absoluto, porque siguen existiendo las medidas de apoyo y el hecho de estar establecidas permitirán instar la nulidad del contrato; pero la situación dista mucho de ser ni siquiera similar a la anterior, porque frente a la seguridad que a todos daba la sentencia de incapacitación, ahora el problema consiste, además de valorar la capacidad natural, en determinar si la persona tiene medidas de apoyo y si éstas son precisas para el contrato.<sup>143</sup> Hay que tener en cuenta que las medidas ahora pueden ser las puramente voluntarias, y que éstas son preferentes a las judiciales.

Por lo tanto, aunque la existencia de un consentimiento válido es siempre una condición esencial de cualquier acto jurídico, ahora es más necesario tener en cuenta el contexto de formación de la voluntad negocial en las personas con una capacidad natural más o menos afectada por deficiencias, lo cual creemos que exige un estudio más a conciencia del proceso de formación de la voluntad humana y de la toma de decisiones. Desaparecida, al menos formalmente, la limitación de la capacidad de obrar, la validez del acto queda condicionada únicamente por la concurrencia de un consentimiento válido.<sup>144</sup>

Además puede plantearse que la capacidad natural será necesario valorarla también en el caso de que la persona que tenga estable-

---

<sup>143</sup> El art. 1302 basa la acción de anulabilidad en la doble condición de que la persona tuviera establecidas medidas de apoyo y que fueran precisas.

<sup>144</sup> Como dice MARÍA ÁNGELES PARRA, *que no se pueda privar de la capacidad de obrar a una persona no implica negar la realidad de la discapacidad ni tampoco permite prescindir de su influencia en la celebración de los contratos.* (Ob. cit., pag. 329)

cidas medidas de apoyo esté claro que en un determinado momento puede contratar sin precisar dicho apoyo.

Respecto de la valoración de la capacidad natural y por tanto de la existencia del consentimiento nos parece también importante destacar que la aplicación sin más del tradicional modelo médico no es suficiente para valorar la capacidad negocial, sino que nos parece necesario atender también a criterios sociales y personales. Se dirá que la determinación de cuando una persona está actuando con una voluntad consciente, tomando una decisión, con conocimiento de lo que hace es una cuestión que solo un médico o un especialista puede determinar y por ello la decisión, en última instancia, de un juez, se apoyará principalmente en la prueba pericial.

Sin embargo, desde el punto de vista médico o pericial dice ESBEK RODRÍGUEZ<sup>145</sup>, que en los últimos años ha evolucionado mucho la valoración pericial y judicial de las personas con discapacidad psíquica, pasando en los últimos tiempos de una dicotomía capaz/incapaz a una incapacitación diferencial con deslindamiento de cada competencia y ésta tendencia dice que se desarrolla a raíz de la Convención de Nueva York. Dentro del proceso de examen forense este autor recupera dos conceptos interesantes, el de *capacidad suficiente*, que ya fue empleado por la ley de protección patrimonial de 2003 y el concepto de *capacidad diferencial*, que pertenece más al ámbito de la medicina.

La capacidad suficiente es la que la ley de 2003 considera para determinar cuando una persona con discapacidad puede constituir su propio patrimonio protegido y que también había empleado el código

---

<sup>145</sup> ESBEK RODRÍGUEZ, ENRIQUE, “Avances y exigencias de la prueba pericial en el proceso de modificación y delimitación de la capacidad de obrar. La capacidad en los trastornos mentales”, en *Psicopatología clínica legal y forense*, Vol. 12, 2012.

civil para referirse a la capacidad necesaria para establecer una autotutela. Actualmente la ley ha prescindido de este parámetro, porque claramente no se refería a la capacidad de obrar, sino a la capacidad natural y emplearlo ahora, por ejemplo para adoptar las medidas voluntarias, parecería contradictorio con la nueva filosofía, aunque conceptualmente fuera correcto; si toda persona mayor de edad tiene capacidad de obrar, la posibilidad efectiva de establecer medidas voluntarias de apoyo depende de que tenga capacidad natural.

Lo que aquí nos interesa destacar es que ese concepto a lo que se refiere es a que la capacidad natural de una persona para entender una situación o adoptar una decisión voluntaria puede variar mucho dependiendo de qué decisión se trate. Como dice el autor citado, a efectos de una incapacitación (se refería al derecho anterior) la competencia mental de una persona no es necesario que sea perfecta, sino suficiente para sus necesidades de la vida cotidiana en su entorno habitual.<sup>146</sup> Y pone como ejemplo que la aptitud cognitiva necesaria para hacer un testamento es inferior a la requerida para efectuar un contrato; así, muchas personas mayores con cierto deterioro cognitivo relacionado con la edad e incluso en casos de demencias incipientes, son aptos para efectuar contratos cotidianos de baja cuantía y tienen conocimiento y voluntad para adquirir bienes y servicios.

De esta realidad fáctica podemos deducir que no parece incorrecto el planteamiento de la Convención de Nueva York en el sentido de que en muchos de estos casos, por ejemplo de las personas mayores,

---

<sup>146</sup> ESBEC RODRÍGUEZ, *Ob. cit.*, pag. 155. Recalca que *en la valoración de la competencia para la toma de decisiones de la persona con discapacidad mental, debe tenerse en cuenta la complejidad de las decisiones que debe tomar habitualmente... por eso no se puede hablar de una capacidad de autogobierno genérica y es necesario puntualizar.*

la persona podrá ejercer adecuadamente su capacidad con una pequeña ayuda o un apoyo simple de un guardador de hecho.

En la práctica existen muchas clasificaciones oficiales de aptitudes y habilidades que pueden ir perfilando distintos grados de incapacidad<sup>147</sup>, pero estas pueden ser útiles solo como guía; al final cada persona es un universo diferente y es necesario por lo tanto formar una valoración atendiendo al caso concreto de la persona en el momento concreto en que va a ejercer su capacidad jurídica.

## XII. LA APTITUD NATURAL EN LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO.

A la vista de la nueva dimensión que tiene la capacidad natural, al no depender de un estado civil, y dada su nueva relación con la anulabilidad de los contratos a través de las medidas de apoyo, tenemos que preguntarnos qué relación tiene con la formación del consentimiento contractual.

En la doctrina italiana sobre el negocio jurídico se ha discutido si la capacidad de obrar es un elemento de la estructura del negocio jurídico o un elemento externo a él y previo, que forma parte del sujeto pero no de la estructura del negocio; o dicho en otras palabras, si la capacidad forma parte del consentimiento contractual o es un elemento distinto al mismo<sup>148</sup>. Quizá la cuestión no es tan intrascendente, en el

---

<sup>147</sup> Como la clasificación internacional de funcionamiento, discapacidad y salud de la OMS.

<sup>148</sup> CARIOTA FERRARA (op. Cit. Pág. 523), considera que es un elemento del negocio, porque forma parte del consentimiento, al igual que ocurre con los vicios de la voluntad, es decir no ve mucha diferencia entre el error o la violencia o la falta de capacidad, pues en todo caso se trata de causas que impiden que la persona

sentido de que si se considera que la capacidad de obrar es parte de la declaración de voluntad, puede entenderse en el sentido de que depende directamente de la capacidad natural, mientras que si es un elemento externo al negocio puede depender de otras circunstancias como un estado civil creado por el Derecho.

Conceptualmente no cabe confundir la capacidad con el consentimiento. Una cosa es la falta de consentimiento, que determina la nulidad o la inexistencia del negocio o los vicios del consentimiento, que determinan la anulabilidad y otra la falta de capacidad de obrar, que determina siempre o puede determinar una anulabilidad del negocio, pero nunca una nulidad. Pero con la nueva regulación de la capacidad y las medidas de apoyo es necesario destacar la estrecha relación que hay entre ambos conceptos, sobre todo si se tiene en cuenta que en los últimos tiempos hay una tendencia jurisprudencial y doctrinal que favorece la aplicación de la anulabilidad frente a la nulidad radical, por ser una consecuencia generalmente más beneficiosa para la persona a la que se quiere proteger.

Y así como una falta total de consentimiento tiene que conducir a la nulidad, por inexistencia del negocio, mientras que un vicio del consentimiento lleva a la anulabilidad porque el negocio existe, de igual modo la falta de una medida de apoyo conduce a la anulabilidad, porque el negocio también existe aunque sea defectuoso, mientras que la falta de capacidad natural debe conducir a la nulidad, por falta de consentimiento.

---

forme y expresa una voluntad consciente y libre. Por ello este autor dice que es un elemento esencial del negocio y funciona como un requisito de validez. Otros autores la consideran como un elemento externo al negocio, que está fuera de la estructura del acto, como un presupuesto necesario.

La cuestión consiste, en definitiva, en que depende del modelo que la legislación establezca sobre la capacidad de obrar. Esta se distingue del consentimiento, porque es una cualidad establecida por la ley mediante un estado civil; pero si de lo que hablamos es de la capacidad natural, entonces está indisolublemente unida al consentimiento, porque todo ello no es más que el proceso de formación de la voluntad negocial y así la falta de capacidad natural puede en este caso asimilarse bien a un vicio del consentimiento bien a una falta total de consentimiento, según los casos.

A la luz de los nuevos principios y de la nueva legislación no habría mucha contradicción en entender que cuando celebra un contrato una persona con una capacidad natural limitada, pero no inexistente, el contrato podría reconducirse al régimen de la anulabilidad por entenderse que la persona necesitaría una medida de apoyo, que no se ha establecido, aunque en la práctica al menos siempre o casi siempre habrá un guardador de hecho; y solo en el caso de que mediante un análisis de la voluntad se llegue a la conclusión de que es totalmente inexistente el contrato sería nulo. Sin embargo, la actual redacción del art. 1302 no nos permite literalmente, llegar a esta conclusión, porque la acción de anulabilidad solo se reconoce a la persona que esté provista de medidas de apoyo y no a la que no las tenga. El defecto de formación de la voluntad que la ley contempla es el de la falta objetiva de apoyos y no el de necesidad teórica de ellos, por lo que estos casos actualmente solo encajan en una acción de nulidad por falta de consentimiento.

Quizá este precepto con el tiempo seba ser objeto de alguna una revisión técnica, que permita distinguir los casos en que no se han apli-

cado las medidas de apoyo de los que tienen una deficiente capacidad natural.<sup>149</sup>

### XIII. JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD.

Dada la importancia que ahora tiene la valoración de la capacidad natural, adquiere obviamente mayor relevancia el juicio notarial de capacidad.

Los notarios y en general todas las personas que han de intervenir como testigos cualificados o autorizantes de un acto jurídico o un contrato hemos venido haciendo esta valoración desde tiempo inmemorial, ya que es una actividad inherente a la función, aunque aún lo es más especialmente en los notarios de nuestro entorno de notariado de tipo latino, en los que el notario se implica más en todos los aspectos de la legalidad y regularidad del negocio. Por el contrario, no realizan esta función algunos notarios del sistema anglosajón cuya intervención se limita a una mera legitimación de firmas o a ser un mero testigo del hecho físico de ponerse una firma y, quizá, de la identificación de la persona.

En este sentido, el cambio en la actuación de los notarios que impone la nueva legislación se observa en dos direcciones: Por una parte, como dice la circular del CGN antes citada, el notario pasa a ser una medida de apoyo institucional, que tiene la obligación de tratar de ayudar en todo lo posible y que sea necesario a que la persona forme libremente su voluntad y la exprese con claridad y sin intervenciones exteriores, siempre, claro está, que dicha voluntad exista realmente y sea verdadera, consciente y suficientemente informada. Y por otra

---

<sup>149</sup> Ha planteado sus dudas al respecto, sobre la actual redacción del art. 1302, MARÍA ÁNGELES PARRA LUCÁN, *Ob.cit.*, págs. 339 y 353.

parte, dependiendo la eficacia del acto en muchos casos de la suficiente capacidad natural, la valoración de la misma parece que adquiere una trascendencia mayor y requiere una precisión mayor, al no existir el marco del estado civil, aunque esta es en realidad la función que tradicionalmente se ha realizado.

Cabe aquí destacar que el hecho de que la ley haya suprimido las restricciones teóricas de la capacidad de obrar, no significa que todas las personas, sea cual sea su estado mental, puedan sin más otorgar actos jurídicos. Por una parte, es necesario indagar todas las posibles medidas de apoyo que la persona pueda tener establecidas, tanto si constan en el Registro civil como si no, las más formales y las de hecho; y por otra, obviamente el notario habrá de asegurarse de que la capacidad natural para el acto o contrato es indudable; la ley puede suprimir las discriminaciones por razón de discapacidad, pero desgraciadamente no puede hacer desaparecer las limitaciones naturales que cada persona pueda tener.

#### XIV. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Como colofón de lo dicho hasta aquí queremos terminar esta intervención con una breve referencia a la autonomía de la voluntad como el derecho de ejercer la libertad civil de pacto que ahora se reconoce a todas las personas mayores de edad.

Como ha apuntado nuestro presidente JOSÉ LUIS SEOANE<sup>150</sup>, el principio de libertad de pacto que proclama el art. 1255 de nuestro Código civil, tiene su fundamento, entre otros, en el art. 1 de la Consti-

---

150 SEOANE SPIEGELBERG, JOSÉ LUIS, “La prestación del consentimiento y el juicio de capacidad”, en *La reforma de la discapacidad cit*, Vol. 2, pag. 136

tución, en cuanto reconoce la libertad como como valor superior del ordenamiento jurídico y por tanto diría yo como principio general del Derecho. Nos queremos referir con ello y creo que es lo que el autor nos quería decir, a que en un Estado de Derecho democrático es imperativo reconocer a las personas el derecho a ejercer su libertad civil, conforme también al principio-derecho de igualdad ante la ley, entendiendo por libertad civil el derecho a crear y desarrollar en plena libertad sus relaciones jurídicas con los demás. Luego el Derecho tendrá que valorar las declaraciones de voluntad, los tribunales decir si son o no ajustadas a Derecho, declararlas nulas o declarar que perjudican a otros y establecer una indemnización, etc., pero lo que no cabe es limitar el derecho a obligarse con otras personas mediante la libre manifestación de su voluntad.

En otras palabras, aunque todavía no se ha formulado, hasta donde llega mi conocimiento, un derecho fundamental a la contratación civil o al establecimiento de relaciones jurídicas, éste debe reconocerse como una obvia emanación de la libertad personal, como con tanta tradición se ha defendido en el Derecho aragonés; y a eso es a lo que llamamos libertad civil.<sup>151</sup> Y realmente nos preguntamos, ¿cómo puede impedirse o prohibirse a una persona que haga un acuerdo con otra? Por eso no deja de resultar chocante que a las personas jurídicas se les pueda prohibir contratar, sin más que retirándoles o suspendiéndoles el CIF.

---

<sup>151</sup> Tanto es así, que a pesar de que el Derecho puede restringir la libertad de las personas cuando la ley estima que hay un motivo suficiente, como en el Derecho penal, e ingresarlas en prisión o también en el Derecho civil con los internamientos de discapacitados o con un estado de excepción o de guerra, sin embargo, se ha suprimido la pena de interdicción civil por considerarla contraria a la dignidad humana.

Según lo que hemos visto hasta aquí, el nuevo Derecho de la capacidad lleva a reconocer a todas las personas, en igualdad de condiciones, esta libertad, sin perjuicio de los apoyos y salvaguardias de protección que sean necesarias; lo que no cabe es la prohibición.

Si reconocemos a todas las personas mayores de edad capacidad jurídica *lato sensu* para realizar actos y contratos con eficacia jurídica, tenemos que reconocerle también su autonomía de la voluntad, con la libertad para autorregular sus intereses.

La voluntad es el eje sobre el cual construyeron su teoría los constructores del concepto del negocio jurídico en base a lo que llamaron teoría de la voluntad, en la cual nos brindaron un minucioso análisis de todas las circunstancias que condicionan su validez.<sup>152</sup> Esto significa que la valoración de la capacidad natural de una persona que ha realizado un acto o un contrato no debería basarse solamente en su condición mental teórica desde el punto de vista de la medicina, sino que habría que valorar el proceso concreto en su conjunto, es decir la voluntad real que ha tenido esa persona y la declaración de voluntad a través de la cual se ha manifestado en un caso concreto; y si la persona tiene una discapacidad, los apoyos que necesitara o haya tenido en la formación y la manifestación de esa voluntad, forman con ella una estructura negocial única.

---

<sup>152</sup> Según FERRARA, la cuestión de las relaciones que existen entre la voluntad y la declaración ha sido debatida en Alemania con viveza y apasionamiento y constituye una de las páginas más hermosas de la doctrina germana. FERRARA, FRANCESCO, *La Simulación*, Trad. Rafael Atard y Juan A. de la fuente; Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931, pag. 19.

Es decir, respecto de las personas con discapacidad, la voluntad real y la declaración de voluntad deberán integrarse con los apoyos que se hayan considerado necesarios para su correcta formación.

Como sabemos, la teoría de la voluntad, representada sobre todo por Savigny, considera que la voluntad es el elemento principal del negocio jurídico, lo que el derecho realiza es el querer del individuo, aunque luego fuera matizada por motivos de seguridad de tráfico por las teorías posteriores. Al final prevaleció la teoría de la voluntad real, como fuente de los efectos jurídicos del negocio, pero matizada por los límites impuestos por la responsabilidad y la confianza generada en los demás. Esta discusión sirvió para afianzar la idea de que la capacidad para producir con eficacia actos jurídicos depende de la existencia de una voluntad consciente y una declaración válida.

Esto es lo que deberíamos entender por manifestar una voluntad consciente. Estaremos en presencia de un negocio válido cuando podamos apreciar que la persona ha contratado con conocimiento de lo que estaba haciendo y de sus consecuencias y entendía ambas cosas y luego que la manifestación que haya hecho en su declaración nos permita afirmar que coincide con aquella voluntad, claro que entendiendo que tratándose de personas con discapacidad la investigación de la verdadera voluntad real adquiere mayor relevancia, en la medida que el principio de responsabilidad por su declaración puede entenderse algo más atenuado, dado que no puede generar una falsa confianza en los terceros.

Y esto es lo que en definitiva nos impone la ley cuando nos exige atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Lo expresa muy bien, aunque se refiera al testamento, el

nuevo art. 665, C.c. cuando dice que *la persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.*

Para terminar, creo que con la nueva legislación y aun reconociendo sus imperfecciones, que con el tiempo se podrán mejorar, se ha dado un paso importante en la superación de una forma de discriminación que no cabe aceptar en una sociedad que rechaza el abandono de los que son diferentes.

Me gustaría terminar con las palabras prestadas de Viktor Frankl, psiquiatra y profesor de la Universidad de Viena, que dijo una vez: *Nada hay concebible que pueda condicionar al hombre que le prive de la más mínima libertad. Por consiguiente, al neurótico y aun al psicótico les queda también un resto de libertad, por pequeño que sean.* Y añade: *Un individuo psicótico incurable puede perder la utilidad del ser humano y conservar, sin embargo, su dignidad.*<sup>153</sup>

---

153 FRANKL, VIKTOR EMIL, *El hombre en busca de sentido*, Ed. Herder, Barcelona, 1980.

## BIBLIOGRAFIA

ARIAS RAMOS, JOSÉ, *Derecho Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974.

BARBA, VINCENZO, “El artículo 12 de la convención sobre derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”, en *La discapacidad, una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2022.

BOLÁS ALFONSO, JUAN, “Fundamentos de la reforma del Código civil sobre personas con discapacidad”, en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, ALMUDENA, CABELLO DE ALBA JURADO, FEDERICO Y PÉREZ RAMOS, CARLOS (coordinadores) y OTROS AUTORES, *La reforma de la discapacidad, Vol. I*, Fundación Notariado, Madrid, 2022.

CARIOTA FERRARA, LUIGI, *El negocio jurídico*, Trad. Manuel Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1956.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho civil, Tomo I, Introducción y Parte General*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1978.

CASTRO GIRONA MARTÍNEZ, ALMUDENA, “La función notarial como apoyo institucional. El ejercicio de derechos con apoyo”, en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, ALMUDENA, CABELLO DE ALBA JURADO, FEDERICO Y PÉREZ RAMOS, CARLOS (coordinadores) y OTROS AUTORES, *La reforma de la discapacidad, Vol. 2*, Fundación Notariado, Madrid, 2022.

D’ORS, ALVARO, *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Pamplona, 1988.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *Derecho civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albadalejo, Edersa, Jaén, 1978.

ENNECERUS, KIPP, WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, trad. PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Ed. Bosch, Barcelona, 1947.

ESBEC RODRÍGUEZ, ENRIQUE, “Avances y exigencias de la prueba pericial en el proceso de modificación y delimitación de la capacidad de obrar. La capacidad en los trastornos mentales”, en *Psicopatología clínica legal y forense*, Vol. 12, 2012.

FERRARA, FRANCESCO, *La Simulación*, Trad. Rafael Atard y Juan A. de la fuente; Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931.

FRANKL, VIKTOR EMIL, *El hombre en busca de sentido*, Ed. Herder, Barcelona, 1980.

GARCÍA GALLO, ALFONSO, *Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1958.

GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español, Tomo I-II*, Madrid, 1852 (Ed. Facsímil), Barcelona 1973.

GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, “Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.”, en GETE ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN (COORDINADORA) Y OTROS, *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, “Las primeras decisiones del Tribunal Supremo en aplicación de la reforma de la discapacidad. Coda sobre las

discrepancias en la exégesis de dos convenios internacionales de derechos humanos”, en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, ALMUDENA, CABELLO DE ALBA JURADO, FEDERICO Y PÉREZ RAMOS, CARLOS (coordinadores) y OTROS AUTORES, *La reforma de la discapacidad, Volumen I*, Fundación Notariado, Madrid, 2022.

GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN, “El nuevo modelo de la discapacidad. La Convención de los derechos de las personas con discapacidad.” en GETE ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN (coordinadora) Y OTROS, *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Marcial Pons, Madrid, 2020

GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, en VARIOS AUTORES, *Los discapacitados y su protección jurídica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

IGLESIAS, JUAN. *Derecho romano, Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona 1962.

KANT, EMMANUEL, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, en <https://TheVirtualLibrary.org>, Trad. Manuel García Morrente, 1921.

KIRCHMANN, J. H. VON, *La jurisprudencia no es ciencia*, Madrid, Civitas, 1983

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS-SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, *Elementos de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1982.

LASARTE, CARLOS, *Principios de Derecho civil, Tomo I, Parte General y Derecho de la persona*, Marcial Pons, Barcelona, 2010.

LEÑA FERNÁNDEZ, RAFAEL, “El nuevo concepto de capacidad en el Derecho civil”, en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, ALMUDENA, CABELLO DE ALBA JURADO, FEDERICO Y PÉREZ RAMOS, CARLOS (coordinadores) y OTROS AUTORES, *La reforma de la discapacidad, Vol. 2*, Fundación Notariado, Madrid, 2022.

MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA. *Código Civil Español, Tomo II*, Imprenta Revista de Legislación, Madrid, 1890.

MARTÍN CALERO, CARLOS, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2005.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS, *Curso de Derecho Civil, Volumen II, “Derecho de la persona”*, Edisofer, Madrid, 2021.

MORO, TOMÁS, *Utopía, el Estado perfecto*. Trad. Ramón Esquerra, Ediciones Abraxas, 2018.

PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES, “Contratación y discapacidad. La reforma de la legislación para el apoyo a las personas con discapacidad”, en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, ALMUDENA, CABELLO DE ALBA JURADO, FEDERICO Y PÉREZ RAMOS, CARLOS (coordinadores) y OTROS AUTORES, *La reforma de la discapacidad, Vol. 2*, Fundación Notariado, Madrid, 2022.

SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil, Tomo II, Parte General*, Madrid, 1889.

SEGARRA CRESPO, MARÍA JOSÉ Y ALÍA ROBLES, AVELINA, “Algunos aspectos de interés de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad desde la perspectiva del Ministerio Fiscal”, en CASTRO-

GIRONA MARTÍNEZ, ALMUDENA, CABELLO DE ALBA JURADO, FEDERICO Y PÉREZ RAMOS, CARLOS (coordinadores) y OTROS AUTORES, *La reforma de la discapacidad, Volumen I*, Fundación Notariado, Madrid, 2022.

SEOANE SPIEGELBERG, JOSÉ LUIS, “La prestación del consentimiento y el juicio de capacidad”, en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, ALMUDENA, CABELLO DE ALBA JURADO, FEDERICO Y PÉREZ RAMOS, CARLOS (coordinadores) y OTROS AUTORES, *La reforma de la discapacidad, Volumen II*, Fundación Notariado, Madrid, 2022.

TORRES COSTAS, EUGENIA, “La Convención de Nueva York y los principios que la inspiran”, en LLAMAS POMBO, EUGENIO Y OTROS, *El nuevo derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, Wolters Kluwer, Madrid, 2022.

VALVERDE, CALIXTO, *Tratado de Derecho civil, Tomo I, Parte General*, Valladolid, 1925

DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN, “Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad”, en *La Discapacidad, una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2022.

VIVAS TESÓN, INMACULADA, “La curatela como principal medida judicial de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica: Fundamento y claves de su nuevo régimen legal”, en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, ALMUDENA, CABELLO DE ALBA JURADO, FEDERICO Y PÉREZ RAMOS, CARLOS (coordinadores) y OTROS AUTORES, *La reforma de la discapacidad, Volumen I*, Fundación Notariado, Madrid, 2022.



**II**  
**CONTESTACIÓN**  
del  
EXCMO. SR.  
DON MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ



**CONTESTACIÓN AL DISCURSO  
POR EL ACADÉMICO DE NÚMERO  
EXCMO. SR. D. MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ**

Con la venia, Excmo. Sr. Presidente

Constituye un honor, que agradezco, participar en este acto de recepción de don José Luis Espinosa de Soto en la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. El nuevo académico cursó los estudios de Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela, concluyó la carrera con Premio Extraordinario y se licenció con una tesina sobre “El sistema de fuentes y los principios generales del Derecho”. En el año 1987 obtuvo el título de Notario, ejercido en las localidades de Sada, Moaña y en la ciudad de Vigo. Además, en diversos períodos de tiempo ha contribuido a las tareas de gobierno del Colegio Notarial de Galicia, formando parte de su Junta Directiva.

Por ser todo ello manifiesto, la intervención se centrará en otras facetas de José Luis Espinosa. Me refiero a su participación en los textos que han conformado el Derecho Civil propio y en los trabajos doctrinales que lo secundan. De este modo creo que quedará reflejado el

acuerdo con que el nuevo académico ha sabido conciliar la práctica profesional y el estudio del Derecho privado.

Según puso de relieve Fuenmayor, desde que el Derecho gallego tuvo carácter consuetudinario gozó de la acertada impronta del notariado. Como tributo de admiración, don Amadeo quiso dejar constancia de lo que calificó como meritísima labor de los notarios al dar moldura técnica a las costumbres de Galicia<sup>1</sup>.

Esta impronta notarial se dejó sentir más tarde en el ámbito normativo representado por la Ley de 1995. En concreto, por medio del texto prelegislativo elaborado por la “Comisión Non Permanente do Dereito Civil Galego” que contó con la participación de diversos notarios en su formulación<sup>2</sup>.

Pero como advirtió don Álvaro d’Ors: “Si no hay ciencia jurídica regional, el Derecho foral desaparecerá por sí solo”<sup>3</sup>. Asumiendo esta

---

1 Cfr. FUENMAYOR CHAMPÍN, “El Derecho sucesorio en la Compilación de Galicia” (*Estudios de Derecho Civil*, volumen II, Aranzadi, 1992 p. 1307). El citado trabajo fue publicado originalmente en *Foro Gallego*, números 135 y 136 (1967), pp. 263 a 279.

2 El texto elaborado por la “Comisión Non permanente do Dereito Civil Galego”, así como el precedente del Consello da Cultura Galega, antecedentes de la LDCG de 1995, pueden consultarse en el número 184 *Foro Gallego* (1992). Para un análisis general de la evolución legal del Derecho Civil de Galicia, véase RODRÍGUEZ MONTERO, *Galicia y su Derecho Privado* -líneas históricas de su formación, desarrollo y contenido-, Andavira, Santiago de Compostela, 2012.

3 “De la prudencia iuris a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y al Derecho foral”, en *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, número 24, Madrid, 1973, p. 71. Originalmente, el estudio procede de 1947 y fue publicado en las pp. 63 a 81 del número 55 de *Información Jurídica*.

orientación y siendo entonces Decano don Francisco Ordóñez, el Colegio Notarial de Galicia impulsó el análisis de la disposición legal que había entrado en vigor. Como fruto se publicaron unos sólidos comentarios sobre la Ley de 1995 en los que, junto con Gerardo García Boente, José Luis escribió un excelente estudio sobre algunos aspectos de la norma; en concreto, sobre los preceptos contenidos en el Capítulo IV del Título VIII de la Ley<sup>4</sup>.

Sin embargo, la Disposición de 1995 nació con un error de enfoque motivado por el miedo injustificado a excederse del límite competencial<sup>5</sup>. Esta crítica de Ildefonso Sánchez Mera se refería sobre todo al tratamiento otorgado a la materia de legítimas. Siendo así, se hizo necesario orillar temores y desarrollar lo que por precaución se había omitido.

Tal fue la orientación seguida en las tareas que precedieron a la disposición vigente de 2006. La nueva Ley asumió en su integridad la “Propuesta de reforma de la Ley de Derecho Civil de Galicia” elaborada por un grupo que trabajó bajo el encargo de don Antonio Pillado Montero, en aquel momento Conselleiro de Justicia, Interior y Relaciones Laborales<sup>6</sup>. Pero la propuesta pudo llevarse a término porque,

---

4 *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995* -coordinados por Amigo Vázquez, J. Cora Guerreiro, Ordóñez Armán y Sánchez Mera-, Consejo General del Notariado, Madrid 1996, pp. 162 a 210.

5 Cfr. SÁNCHEZ MERA, “Intervención en el acto de presentación del libro Derecho de Sucesiones de Galicia”, publicada en el *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, volumen II, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, p. 2376.

6 El “Texto de la Propuesta de Reforma de la Ley de Derecho Civil de Galicia” y el *iter* seguido en su elaboración puede consultarse en el *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, cit., pp. 2381 y ss.

como material de referencia, la Comisión contó con un atinado texto que se había desarrollado en el ámbito del Colegio Notarial.

Me he referido a todo ello para destacar ahora la relevante participación de José Luis Espinosa en el texto original, en la propuesta de reforma y en cada uno de los debates que la precedieron. Su asistencia sin laguna alguna a las incontables sesiones de la comisión, sus ponderadas intervenciones, su afán conciliador ajeno a la imposición de criterios, y sus lúcidas aportaciones están ocultas detrás de las normas que integran el Derecho Sucesorio aplicado a día de hoy en Galicia.

También en este caso la contribución del notariado no solo consistió en la elaboración de los materiales prelegislativos y en la aplicación del texto legal. Al igual que antes, la entrada en vigor de la Ley del 2006 fue seguida de análisis y difusión, trayendo consigo una magnífica publicación en dos volúmenes de los estudios sobre el “Derecho de sucesiones y el régimen económico familiar de Galicia”<sup>7</sup>.

Se debe a José Luis Espinosa el comentario a los preceptos referentes a las legítimas en los que el profundo análisis de la materia, plasmado en un estilo claro y riguroso, se conjuga con el envidiable sentido pedagógico que siempre acredita el autor. Y también se deben a José Luis estudios ulteriores sobre el “testamento por comisario” o las

---

<sup>7</sup> *Derecho de Sucesiones y Régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*-coordinado por JM. Cora Guerreiro, Ordóñez Armán y Peón Rama-, publicado en dos volúmenes, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007.

“disposiciones testamentarias especiales” contempladas en la Ley de Derecho Civil de Galicia<sup>8</sup>.

Aquí procede recordar la recomendación del entonces Conselleiro de Justicia cuando comenzaron los trabajos de la Comisión que elaboró la propuesta de reforma de la ley. De lo que se trata, manifestó Antonio Pillado, es de conseguir que el texto a redactar permita sacar asuntos de los juzgados. Pues bien, la intervención notarial en la formulación del Derecho sucesorio vigente, junto con la seguridad jurídica del *cavere* que soslaya eventuales conflictos, fundamentan la escasa litigiosidad que plantean las normas por las que se rige la sucesión *mortis causa* en Galicia.

En suma: atesorando una sólida formación jurídica, José Luis Espinosa accede a la Academia trayendo una notable experiencia notarial, un encomiable trabajo en los materiales prelegislativos y una estimable aportación al ropaje doctrinal de los textos legales. Labores que prosigue en la actualidad, participando en la adaptación del Derecho vigente que lleva a cabo el Colegio Notarial de Galicia, promovida por don José María Graíño, su Decano. Todo ello secundado con intervenciones del nuevo académico en los diversos cursos de especialización promovidos por las universidades gallegas. Poco más se podría pedir. Sobre todo, cuando los méritos se acompañan de espíritu de servicio y una permanente afabilidad.

---

<sup>8</sup> “Comentarios a los arts. 196 a 208 LDCG”, en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio* -coordinados por Rebolledo Varela-, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 832 a 903.

Hasta aquí lo que concierne al nuevo académico. Cumple hacer ahora una breve referencia al discurso aportado como entrada en la Academia.

Con la finalidad de acomodar el Derecho español a la Convención de Nueva York, se publicó en el año 2021 la Ley que regula los apoyos a las personas con discapacidad<sup>9</sup>. Respondiendo a loables principios, la disposición legal llegó con notable retraso, motivado por la existencia de dos opiniones encontradas<sup>10</sup>. Para algunos era suficiente recurrir a la interpretación del Código Civil conforme a los principios de la Convención. Así lo tuvo que hacer el Tribunal Supremo en diversas sentencias que el académico analiza con detalle. Para otros se hacía necesario un cambio legislativo. Tal es la opinión que se defiende en el Discurso por considerar que la incapacitación y la tutela de la persona con discapacidad resultaban incompatibles con los principios de la Convención. Quizá por ello, se rechazó la mera adaptación y se acabó asumiendo la opción de legislar *ex novo*, si bien con lagunas patentes y deficiencias técnicas de notable entidad<sup>11</sup>.

---

9 Hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2002, la Convención es ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y publicada en el *BOE* el 21 de abril de 2008. La Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, se publica en el *BOE* de 3 de junio 2021.

10 Sobre el tema: MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas* -coordinado por De Salas Murillo-, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 15 a 40.

11 La publicación de la Ley trajo consigo abundantes estudios doctrinales. Como mera referencia a las obras de carácter colectivo: *Comentarios*

Críticas al margen, la Ley de 2021 es trasunto de los apartados 2 y 3 del artículo 12 de la Convención. Por medio del apartado 2, los Estados Parte se comprometían a reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás. Y por medio del apartado 3, los Estados se obligaban a adoptar las medidas que proporcionasen a las personas con discapacidad el acceso a los apoyos que pudieran necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Con tales antecedentes y respondiendo a la consideración de la dignidad de la persona como columna básica, la Ley de 2021 enturbia el significado de la capacidad jurídica que pasa a tener un carácter general que abarca, tanto la capacidad para ser titular de relaciones jurídicas, como la capacidad para realizar negocios que ahora se reconoce a las personas con discapacidad. Pero además la Ley erige al notario como pilar de la nueva regulación, asignándole una función esencial y más intensa de la que hasta ahora tenía atribuida a efectos de que la persona con discapacidad pueda actuar la capacidad que se le reconoce.

Todo ello justifica el acierto en la elección del tema que el nuevo académico ha traído como discurso de entrada y que obedece a la finalidad de desentrañar el significado que en el régimen vigente cabe atribuir a la capacidad jurídica. A tal fin analiza el Derecho histórico, expone la evolución de la materia en las sucesivas reformas del Có-

---

*a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* -dirigidos por Guilarte Martín Calero-, Aranzadi, Pamplona 2021; VV.AA. *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2022; Asociación de Profesores de Derecho Civil, *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad y su incidencia en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Aranzadi, Pamplona 2022.

digo civil, estudia la Convención y los trabajos que la precedieron y concluye con el examen del régimen jurídico instaurado por la Ley de 2021. Estudio en el que no se omite la consideración detallada de las sentencias del Tribunal Supremo y del Constitucional sobre la materia.

Por motivos de tiempo no cabe ahondar en las aportaciones que encierra el trabajo del nuevo académico. Por ello me limitaré a resaltar tres de los fundamentos sobre los que el autor asienta su análisis y que son los siguientes:

El primero. La discapacidad ya no condiciona la capacidad de obrar ni determina la posición jurídica de una persona respecto de las demás. Expresado en otros términos, la discapacidad no da lugar a un estado civil específico.

El segundo. La capacidad natural de entender pasa a ser el criterio de referencia para validar la declaración de voluntad de las personas con discapacidad.

El tercero. Las medidas de apoyo se configuran como meras ayudas para el ejercicio de la capacidad sin que impliquen restricciones a la capacidad de obrar. Por ello la anulación de los negocios otorgados sin las medidas de apoyo y su régimen jurídico no encuentra su fundamento en la falta de capacidad sino en una defectuosa conformación del consentimiento.

Y una última consideración. Suprimidas las limitaciones legales por razón de la discapacidad, para el nuevo académico solo hay ahora dos estados civiles determinantes de la capacidad de obrar: la minoría y la mayoría de edad. Es decir, la mayoría de edad determinaría el tránsito al pleno ejercicio de la capacidad jurídica.

Sin embargo, creo que hasta eso resulta discutible. Frente a la minoría de edad como criterio estable de un ejercicio limitado de la capacidad jurídica se alzan en la actualidad dos realidades que la contradicen. Una está representada por la contratación habitual y no cuestionada de los menores, sobre todo a través de internet. La otra la representa el número creciente de normas que, abandonando el criterio de la mayoría, fijan una edad rebajada por estimar que el menor goza de capacidad natural para realizar el acto de que se trata. Por este cauce la capacidad natural de entender y querer abre también una grieta en el criterio del ejercicio limitado de la capacidad jurídica del menor que pasa a tener carácter casuístico, ajeno a su conformación como estado civil.

Termino ya, agradeciendo la invitación a contestar el discurso de ingreso, felicitando, tanto al nuevo académico como a su familia, y expresando la satisfacción que conlleva darle acogida en esta Corporación.

He concluido.





**Deputación**  
DA CORUÑA