

PRESENTACIÓN

Los rusos dicen «сколько лет, сколько зим», “cuantos veranos, cuantos inviernos”, para ilustrar lo rápido que pasa el tiempo. Los 35 veranos y 35 inviernos que han transcurrido desde la reforma del Código civil en materia de tutela, quizás han pasado demasiado rápido. Y es que, sin darnos cuenta, nuestra ley ha envejecido. El Código civil necesita una nueva revisión. Si, como dice el tango de Gardel, 20 años no es nada, 35 tampoco. Pero todo ha cambiado a nuestro alrededor y provoca que los pequeños ajustes que se han llevado a cabo no sean suficientes para maquillar la huella que el tiempo transcurrido ha dejado. Ha cambiado la percepción que tenemos de la discapacidad y la terminología que utilizamos. Ha cambiado el compromiso de los Estados que, a través de Naciones Unidas, han propiciado la aprobación de la Convención de Nueva York. Pero, sobre todo, ha cambiado la perspectiva, el prisma, desde el que se debe abordar la regulación de la materia: no como una limitación sino como un derecho, el derecho de todo ciudadano a que el Estado le proporcione los instrumentos adecuados y necesarios que garanticen el pleno ejercicio de sus derechos, respetando al máximo su autonomía.

Este respeto de la autonomía de las personas con discapacidad, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, como explicita la Convención, exige modificaciones urgentes en nuestro ordenamiento jurídico que ha de situar la voluntad de la persona en el centro de todo el sistema de protección.

Este cambio no puede, ni debe, quedarse en una declaración formal sino que exige una transformación profunda y transversal, que afectará a todos los ámbitos de actuación de la persona, tanto personales como patrimoniales. Reforma delicada, por tanto, que va a exigir una revisión, no solo de los artículos que regulan la modificación de la capacidad, sino de todos aquellos que afectan a cualquiera de los actos o negocios que la persona puede llevar a cabo.

El reto al que nos enfrentamos es cómo proteger a la persona, manteniendo su autonomía todo lo que sea posible, e incluso fomentándola, pero sin someterla a nuevos riesgos que, paradójicamente, podrían redundar, a medio plazo, en una mayor pérdida de autonomía. Como nos dijo Portalis, “al corregir un abuso hay que ver también los peligros de la propia rectificación”.

Para dar respuesta a este reto de la sociedad, hemos trabajado los últimos meses en el marco¹ del proyecto de investigación “Empoderamiento de la persona

¹ Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de investigación DER2015-64120-R de la Convocatoria 2015 del programa de Proyectos I+D+I Retos (MINECO/FEDER).

con discapacidad”. El presente trabajo es el fruto de una reflexión colectiva para buscar instrumentos que permitan situar la voluntad de la persona en el centro del sistema. Hemos tratado de identificar cuáles son las oportunidades que los cambios nos ofrecen, analizando los riesgos que existen, para establecer las salvaguardias necesarias.

Esta reflexión la hemos llevado a cabo abiertos al exterior, en el marco de un dialogo internacional en el que hemos querido conocer el estado actual de la investigación en materia de discapacidad y analizar cuales son las transformaciones que se están llevando a cabo en diferentes ordenamientos jurídicos y qué relevancia otorgan a la voluntad de la persona. Un *regard croisé* desde tres continentes que pretende enriquecer el debate con ideas y propuestas que se han forjado en diferentes ordenamientos jurídicos, próximos unos a nuestra cultura jurídica y muy lejanos otros. El momento es propicio pues el Ministerio de Justicia ha presentado en septiembre de 2018 un Anteproyecto de Ley para adaptar nuestro ordenamiento jurídico a los principios y objetivos de la Convención de Nueva York.

Casi nadie duda de que hay que reformar el Código civil. La pregunta es cómo hay que hacerlo, cuál es el alcance que debe darse a la reforma, cuál es el estándar de intervención que se debe consagrar, cuáles las medidas o instituciones de protección o apoyo que deben subsistir y con qué alcance, en qué ámbitos hay que preservar al máximo la voluntad de la persona y en cuáles los riesgos son mayores por lo que hemos de ser vigilantes y establecer las salvaguardias que impidan los abusos.

Hemos sistematizado el trabajo en torno a cuatro grandes bloques o secciones. El primero, el marco general, en el que se analizan los principios que deben guiar la reforma, el por qué de los cambios o las resistencias que hay para hacerlos. El segundo en torno al ámbito que la voluntad de la persona protegida tiene y debe tener en los actos de carácter personal y familiar, incluyendo los de carácter médico. El tercero lo hemos dedicado a los actos de contenido patrimonial, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, interesándonos también por los remedios que el ordenamiento jurídico pone a nuestra disposición para paliar las consecuencias de un consentimiento viciado. Por último, realizamos un análisis de la nefasta incidencia que la modificación de la capacidad tiene en los derechos políticos, lo que conforma la cuarta sección.

Es un privilegio poder comenzar esta obra con el trabajo de una voz autorizada en la materia, Don Ignacio Sancho Gargallo, magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, cuyas reflexiones serán de gran utilidad para centrar el debate que, necesariamente, se producirá al reformar el Código civil para encontrar el punto de equilibrio entre autonomía y protección. Siguen a sus palabras las de otros profesores e investigadores de universidades y centros de investigación de diferentes países como Bélgica, Suiza, Francia, Estados Unidos, Italia, Inglaterra o Argelia, que han integrado el equipo de trabajo del proyecto de investigación o han sido invitados como expertos para llevar a cabo un estudio comparado junto a los profesores españoles, esencialmente de la Universidad Rey Juan Carlos y de la Universidad Complutense de Madrid. Se ha respetado el idioma de origen de cada aportación, así como ciertas licencias en cuanto a la estructura que no se ha homogeneizado en aquellos casos en los que la propia dinámica del texto lo impedía.

Este trabajo conjunto nos ha permitido constatar que, si bien las soluciones del Derecho comparado son diferentes en cada ordenamiento jurídico, los retos a los que nos enfrentamos son los mismos y los objetivos compartidos: cómo preservar y potenciar la voluntad de la persona protegida, salvaguardando sus intereses.

Nuestra reflexión no persigue otra finalidad que mejorar la ley, no por el placer estético de tener una ley más presentable sino por la necesidad imperiosa de que contribuya a mejorar la vida de las personas con discapacidad. No debemos caer en la tentación de hacer leyes hermosas pero inútiles, pues como nos enseña Portalis, no hacen falta leyes inútiles, debilitarían las necesarias.

Montserrat PEREÑA VICENTE

Madrid, 19 de octubre de 2018