

PRÓLOGO

Cuando un jurista, con la avanzada edad que yo tengo, se entrega a leer un trabajo jurídico, surge a veces la impaciencia que le lleva a preguntarse: pero, ¿cuándo va el autor a “meterse en harina”? ¿Cuántas veces habría que recordar a los autores de muchos de los trabajos jurídicos que hoy se publican que, en la cerveza, lo importante no es la espuma? ¿Cuántas páginas destinadas a una evanescente espuma antes de poder paladear un sorbito de fresco y gratificante pensamiento jurídico! No ocurre así en este trabajo. Su autor entra, enseguida y con decisión, en la cuestión que, a mi juicio, constituye el meollo del problema que plantea en España el artículo 12 de la Convención. Me refiero a la necesidad de enterrar la distinción tradicional entre capacidad jurídica y de obrar, condensada en aquella frase cincelada a troquel en el conocimiento virgen de tantos juristas de generaciones anteriores: “Se es persona, se *tiene* personalidad”.

El autor de este trabajo, José Luis Castro-Girona Martínez, se ha beneficiado de una formación jurídica multidisciplinar y multifacética. Después de su licenciatura en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, inició la preparación de oposiciones a Notarías, posteriormente preparó oposiciones al cuerpo Técnico de Hacienda Pública, para, finalmente, entrar en dos despachos profesionales a fin de completar su formación jurídica con el estudio práctico de distintas ramas del Derecho. Todo este recorrido, hasta que se produjo lo que, sin duda, me atrevo a calificar como su auténtica caída del caballo vocacional. En el curso 2012-2013 y en Galway (Irlanda), hizo un Máster en Derecho Internacional y Comparado sobre “Discapacidad y Políticas Públicas” con el profesor Gerard Quinn. En palabras del autor “el profesor Quinn nos contagió, de una parte, su pasión por la búsqueda de soluciones a los problemas que afectan a las personas con discapacidad y, de otra, su optimismo no conformista respecto a las posibilidades de evolución y reforma que presentan las legislaciones internas en el sentido de anteponer siempre el interés real de la persona a unas prácticas jurídicas que han creado en los profesionales del Derecho hábitos mentales difíciles de erradicar”. Pues bien, esta pasión y este

optimismo contagiados son los que laten en las páginas de este trabajo, catapultados por el ejemplo vital de su padre, médico, que le enseñó a entregarse, a ponerse en lugar del otro, así como a querer y dejarse querer.

Después de aquel Máster y del cambio de orientación que originó en su vida, José Luis ha podido comprobar en su día a día, algo que todos los juristas que de alguna manera nos hemos visto impulsados a las tareas jurídicas de atención preferente a la problemática de las personas con discapacidad, hemos encontrado en estas personas y sus familias: el agradecimiento, la cercanía y el cariño más gratificantes que podíamos imaginar.

Y ahora, vamos brevemente con lo que el lector encontrará en esta obra.

El tratamiento del tema está hecho de forma muy sencilla, clara y escueta. El autor se va constantemente “al bulto” y no tiene miedo alguno en resultar criticado por ser iconoclasta con la doctrina, la legislación y la Jurisprudencia españolas. ¡Es iconoclasta incluso con algún “maestro de maestros” y yo creo que tiene razón! En su texto, por tanto, no hay nada de “guardar la ropa” y a mí me parece muy bien esa valentía –que, en absoluto, tacho de inconsciencia– de esta primera obra que, con todo merecimiento, a mi juicio, ha alcanzado un premio en la convocatoria del año 2017 del premio jurídico de la Fundación Aequitas.

De otra parte, parece evidente que al autor no le interesa rellenar páginas por rellenar. Incluso pide perdón al principio por “transcribir, en varias ocasiones alguno de los principales preceptos de la Convención, en aras a su conocimiento y aprendizaje y como estímulo a la mencionada toma de conciencia”.

Y ahora, yendo a detalles del texto, mencionaré algunos particulares. Ya dije al inicio de este prólogo, que el autor, desde el principio, aborda con decisión la cuestión jurídica principal del art. 12 de la Convención: la integración de la llamada capacidad de obrar en la jurídica. En ese sentido, sus primeras aproximaciones a la cuestión no tienen desperdicio al incluir en la tesis de la no sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad, incluso los casos más agudos de discapacidad psíquica, defendiendo, también en tales casos, el llamado “sistema de apoyos”. Aletean en esas páginas, y en todas las posteriores relacionadas con ellas, una serie de ideas-fuerza expresadas con frases bastante rotundas. Sirvan de muestra las siguientes: “parte de la doctrina y la Jurisprudencia en vez de tratar de adaptar la legislación española a la Convención tratan de adaptar la Convención a la Ley española” o “el Tribunal Supremo parte de que el Código civil no es contrario a la Convención, cuando sí que lo es” o “no se debe tratar de buscar una seguridad protectora a prueba de fallos de la persona con discapacidad, porque, si sostenemos que el discapaz es una persona como los demás, no se le puede despojar por completo del derecho a equivocarse” o “hay que buscar no solo un aumento cuantitativo en el sistema de apoyos sino, sobre todo, un aumento cualitativo” (y se detiene en ellos) o, finalmente, cuando, al afirmar su militancia decidida contra el denominado “sistema de protección”, señala su virtualidad de “matar moscas a cañona-

zos”. Aquí y respecto a este último punto, permítanme que exprese mi satisfacción al constatar que alguien me acompaña en la lucha que vengo manteniendo contra lo que considero base de la perversidad de nuestro sistema actual en la materia: la búsqueda –aliviadora de conciencias jurídicas– de una cacareada “protección” de la persona con discapacidad, la mayoría de las veces puramente formal y causante de multitud de aplastamientos de la dignidad de la persona, en nuestro caso de la persona con discapacidad. Naturalmente, con estos antecedentes, el autor venía abocado a realizar –en dos ocasiones y creo que con fruición–, una crítica bien fundada a la célebre sentencia del TS del 2009, al igual que critica por insuficiente la doctrina contenida en otras posteriores.

Finalmente, en los últimos Títulos estudia lo siguiente:

- 1º) Con brevedad, pero con enjundia, se detiene en lo que llama “Mecanismos no judiciales alternativos a la incapacitación” y, dentro de ellos, se ocupa del poder preventivo, la autotutela, el patrimonio protegido del discapacitado, la guarda de hecho, y las voluntades anticipadas.
- 2º) Dentro de lo que llama “Mecanismos judiciales aplicables” –más allá del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar– estudia brevemente las medidas previas establecidas en los arts. 216-2º C.c., 762 LEC y 1320 C.c. juntamente con una serie de sentencias recientes que tienen interés y relación con sus tesis. Se detiene luego en el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar (al que ya había hecho referencia con anterioridad) y le dedica una crítica eficaz, para concluir proponiendo el establecimiento de un nuevo sistema que debe sustituirlo: el sistema de provisión de apoyos, respecto al que aporta una serie de principios y características muy sugerentes, así como el concepto de capacidad suficiente, defendiendo que no hay discapacidad sino discapacidades.
- 3º) Una especial atención merece al autor, el estudio en el Derecho comparado de los remedios que las distintas legislaciones aportan a los problemas de la discapacidad. Creo que este apartado puede ser de gran utilidad. Estimo que pueden ser muy dignos de consideración, el modelo sueco del “god man” y del “defensor personal” denominado PO Skane, el de los “acuerdos de representación” de la Columbia Británica canadiense y el actual alemán de “cuidadores” y “toma de decisiones compartidas”, modelos estos a los que el autor presta una atención especial. Termina esta parte estudiando, ya con mayor brevedad, los sistemas y proyectos en todos y cada uno de los países europeos.
- 4º) Dedicó también el autor un espacio a la problemática que plantean el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Creo que este apartado tiene cierto interés en su parte primera, pero, desde mi punto de vista, su segunda parte, de mayor consistencia y dedicada a la capacidad jurídica y de obrar, debería estar ubicada en páginas anteriores para evitar la falta de unidad en el tratamiento de la materia.

- 5º) Casi como un apéndice, dedica unas páginas finales a transcribir el Proyecto de Reforma de nuestra legislación en la materia, realizado por el Real Patronato hace unos años, dedicándole acertados comentarios. Quizás podría pensarse que, una vez concluido hace unos meses el trabajo de la subcomisión pertinente de la Comisión General de Codificación, sobra esta transcripción. Sin embargo, a mí me parece elogiosa esta decisión del autor porque considero que debe resaltarse el mérito de este trabajo, realizado por treinta especialistas convocados por el Real Patronato, que, sin embargo y pese a su enjundia, profundidad y detalle, parece no haber merecido la atención que era de esperar, por parte de la Subcomisión antes referida, que, según mis noticias, ha decidido ubicar toda la reforma en el “refugio” de la curatela.
- 6º) Unas lógicas y breves conclusiones cierran la obra.

Por mi parte solo me queda felicitar al autor, desearle lo mejor en su cotidiana cercanía a la problemática de las personas con discapacidad y esperar, con fruición anticipada, nuevas incursiones jurídicas en el tema por su parte.

Rafael Leña