

# La discapacidad de obrar

## Introducción. La necesidad de un debate abierto

- El debate social.
- El objetivo de este libro.

Una convención internacional, del año 2006 (a la que, preferentemente, me referiré en adelante también con la forma más abreviada de “la convención”), reconoce a las personas con discapacidad un amplio abanico de derechos, que califica de humanos y que incluyen el de ejercer su capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con los demás, utilizando para ello los apoyos que puedan necesitar y estando dotado todo el proceso de las salvaguardias adecuadas.

Y, ante esa noticia, en principio llamativa y de apariencia importante, son muchas las preguntas que nos pueden surgir. Por ejemplo, ¿qué es una convención?, ¿a qué tipo de personas con discapacidad se refiere? o ¿qué es la capacidad jurídica?

Todo el mundo conoce, ha visto alguna vez o tiene en su entorno vital a alguna persona con discapacidad y todas las personas con alguna clase de discapacidad conocen a su vez a personas con un tipo distinto, a veces muy distinto al que consideran su propio tipo de discapacidad; de modo que existe un concepto intuitivo y extendido de la discapacidad, y la idea general de que hay varias clases de ella.

Aunque no siempre haya consenso en las palabras, pues toda la terminología de la propia discapacidad y de los fenómenos sociales que la rodean se modifica con gran rapidez. Hay que suponer que siempre con el objetivo de mejorar nuestra comprensión del asunto, pero sobre todo de mejorar nuestro respeto por esas personas, pues lo cierto es que, al final, todos los nombres parecen terminar teniendo un matiz peyorativo, que se intenta evitar. La verdad es que me parece excesivo ese proceso, que creo que realmente no tiene fin y no arregla mucho. Por mi parte, voy a utilizar el

término discapacidad, sin perjuicio de alguna discusión específica sobre el particular, que hago en el capítulo correspondiente de este libro.

Por lo demás, aprovecho esta primera ocasión en que ocurre, para aclarar que los textos con este tipo de formato que irán apareciendo en este libro cumplen una función semejante a las más habituales notas a pie de página y, en general, contienen aclaraciones, apreciaciones más personales –sin perjuicio de que casi todas en este libro lo son– o excursos de la línea principal del texto estándar.

De modo que podemos continuar con los interrogantes: ¿se refiere la convención a todas las personas con discapacidad?, ¿o sólo a algunas de ellas?, ¿o depende la respuesta de en qué derechos estemos pensando? En particular, ¿es el derecho a su capacidad jurídica un derecho que puedan tener y que realmente necesiten todas ellas?

Desde otro punto de vista, podemos preguntarnos: ¿por qué hay que reconocerles derechos a las personas con discapacidad?, ¿son derechos lo que necesitan?, ¿es la falta de derechos su principal problema? O bien, ¿por qué derechos humanos?, ¿qué son derechos humanos?, ¿por qué se les conceden estos derechos ahora?, ¿por qué no los tenían ya?, ¿acaso las personas con discapacidad no eran humanas, o lo eran en menor medida? Incluso, podríamos preguntarnos ¿por qué empieza a oírse hablar mucho de este asunto precisamente ahora y no tanto en el año 2006, cuando se dicta la convención, o en el 2009?

En relación con los hábitos políticos –y por tanto también con las leyes y proyectos legislativos–, en todos los asuntos relacionados con las personas “discapacitadas” o, más ampliamente, con la discapacidad, la tónica general es la de moverse dentro del consenso.

Haré en este punto una precisión terminológica, y es que me parece preferible –o al menos es un hábito para mí– hablar de “personas con discapacidad”, mejor que de personas “discapacitadas”, aunque esta última expresión es de uso muy frecuente, incluso oficial y especialmente entre los políticos.

Suele haber un acuerdo absoluto en que tenemos el deber de ayudarlas, de “reconocerlas” como personas y por tanto su derecho a la simple existencia (por duro que resulte ahora decir eso, pero por oposición a lo ocurrido durante una buena parte de nuestra civilización anterior, en que fueron frecuentemente matadas al nacer). Existe una preocupación genuina por asumir como un problema social propio el de los derechos y necesidades de esas personas, queriendo ser solidarios con ellas, desde el respeto. Como también es pacífica, en consecuencia, la sensación de haber estado históricamente en deuda con ellas y de seguir estándolo, porque la distancia hasta su plena normalización aún es

muy grande, y de que debe ser el resto de la sociedad el que recorra al menos una parte del camino, hasta el punto de encuentro.

Y, al mismo tiempo, también es muy notable, en esos mismos ámbitos políticos de dirigentes de la sociedad, la sensación de perplejidad a la hora de escoger el concreto camino a recorrer, a la hora de diseñar o inventar ese camino. La realidad es que las actuaciones concretas a realizar, la forma de avanzar y de reducir las desigualdades están sometida a muchos debates, pero casi todos son internos, entre las propias paredes del mundo de la discapacidad, y apenas salen y pueden ser conocidos desde el exterior. Pero son debates entre las personas que son allí dirigentes, o sea, no entre todas ellas, pues, en el entorno de las personas con discapacidad, como en cualquier otro grupo humano, no todas dirigen ni lideran los procesos colectivos. De manera que el debate parece encapsulado, en una capa intermedia, que no incluye a todas las personas con discapacidad y tampoco a los líderes políticos generales, y, menos aun, está abierto a toda la sociedad. Además, en muchas ocasiones, da la sensación de que los Poderes Públicos y algunas personas con discapacidad intelectual están a la espera de que se resuelva, por quien corresponda —que no son ellos—, un debate demasiado técnico como para que puedan intervenir, un debate a veces sólo académico o muy ideologizado y en todo caso sólo para especialistas; por supuesto, todos ellos personas muy inteligentes, o sea sin discapacidad intelectual. Y no cabe duda de que esa actitud se compagina mal con el deseo, que es auténtico, de los miembros ordinarios de la sociedad de ser individualmente solidarios, poniendo cada cual de su parte lo que pueda. Y es que, aunque la solidaridad se percibe correctamente como un deber —o una virtud— individual, parece que, en este concreto asunto, las acciones y las decisiones se reservan a un difícilísimo proceso técnico, de minorías, y del que, por tanto, la mayoría de la población queda automáticamente apartada, o a la espera de instrucciones.

De manera que, cuando se trata de derechos, parece que algunas personas con discapacidad, las que la tienen intelectual, deben superar una doble barrera: por un lado y como les pasa a los demás, deben conseguir que esos derechos queden plasmados en una ley, un deseo y una esperanza que muchas veces se hace esperar años, decenios o siglos; pero además, incluso cuando ya han conseguido ese azaroso paso, que es decisivo para cualquier otro colectivo, en su caso, deben esperar además a que otras sesudas autoridades científicas o los líderes internos de la discapacidad decidan si de verdad ese derecho les conviene o no. Y es que hay muchas personas y muchas instancias sociales que parecen convencidas de que, tratándose de personas con discapacidad intelectual, los derechos son sinónimo de peligros, que deben ser examinados con lupa, por el bien de éstas.

Y, como el planteamiento es muy “científico”, se construyen complejos “modelos” teóricos sobre la discapacidad, “modelos” que además se multiplican y se suceden; las propuestas anidadas a cada modelo se superponen y, con harta

frecuencia, se contradicen; a veces, en aspectos esenciales. Y, como resultado de la “altura” de la discusión, los ámbitos “políticos” parecen estar un tanto a la expectativa, a la inevitable y prudente espera del consenso científico; un consenso que termine por plasmarse en líneas de pensamiento preponderante y que otorgue un poco de estabilidad a la acción social y política; al menos, alguna simplificación de las teorías, que siempre son de una gran ayuda al profano; y es el caso que el legislador y el político, en gran medida, se sienten como profanos ante esta realidad de la discapacidad, en lugar de percibirla como una cuestión social más, sobre las que le corresponde, como en todas, tener criterio, e incluso liderar el sentir general.

Otra nota constante, en la concesión que hace el conjunto de la sociedad a ese debate interno, en su actitud reverente de permanecer ajena, mientras se zanja la discusión, es la suposición (casi inobjetable, incluso legalmente) de que la opinión, los designios y las acciones propuestas “desde dentro”, las emanadas del propio “mundo de la discapacidad”, siempre son las mejores, las más recomendables y oportunas. Y se acepta como un dogma —muy poco científico— el que nadie sabe ni puede saber lo que les conviene mejor que los propios “afectados”, y, sobre todo, que nadie tiene una legitimidad comparable a la suya, para reclamar y exigir sus derechos. Como en tantos otros aspectos del pensamiento, existen opiniones que se han ganado la nota de “políticamente correctas”, y el de la discapacidad es uno de ellos.

Y, sumado todo ello, esto es, la creencia de que no estamos ante un problema social más, que debe ser afrontado colectivamente, como todos, sino un problema muy “técnico”, ininteligible para el profano, junto con la concesión o delegación que hacen los políticos y gobernantes de su propia y consustancial función de liderazgo, para dejar pensar y decidir a las élites intelectuales y a las clases dirigentes internas de las entidades en que se organiza la discapacidad, todo ello reunido, hace que el proceso concluya a veces en una pérdida de derechos para las personas que no saben defenderse bien por sí mismas.

Tal y como viene desenvolviéndose en la práctica, el simple hecho de que haya discusión se convierte automáticamente, como mínimo, en una demora y en el peor de los casos en un grave riesgo para las personas con discapacidad intelectual. Ante la simple noticia de que hay un debate interno, los políticos consideran que hay algo que “todavía no está claro” y que, como medida de prudencia, no deben precipitarse. Por su propia condición, las personas con discapacidad intelectual tienen una enorme dificultad para intervenir en ese debate, claro está, y mucha más para vencer en el mismo y dejarlo zanjado, y desde luego no tienen la posibilidad de evitarlo, exigiendo una acción inmediata, para tener la posibilidad también inmediata de vivir ya su vida como corresponde. Y, al mismo tiempo, todo aquél que, por la razón que sea, decida oponerse a la adquisición del derecho en cuestión, ni siquiera necesita hacer triunfar sus argumentos, pues le

basta con provocar la falta de consenso, ya que sabe que la simple existencia de la discusión ya paraliza la actuación pública. A veces.

El riesgo de inacción se multiplica si a ello añadimos la particular circunstancia –en este caso muy negativa– de que la convención, cuando reconoce el citado derecho concedido a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, está abordando una rama del Derecho (el llamado “Derecho Civil”) que, por tradición milenaria, busca a toda costa la estabilidad, de modo que, cuanto más relevante y más importante sea la novedad, más probable es que extreme la prudencia e intente rebajar sus aristas.

Dos protagonistas claros de este libro van a ser el “Derecho” y los derechos subjetivos, también llamados sólo “derechos” –en singular o en plural– (como por ejemplo el ya citado de las personas con discapacidad intelectual por el que pueden ejercer su capacidad jurídica), de modo que, para diferenciarlos más fácilmente, en este libro, escribo el primero en mayúsculas y los segundos en minúsculas.

Sin duda, en este caso, para el Derecho, la cuestión planteada por la convención, al reconocer su capacidad de obrar a las personas con discapacidad intelectual, es muy relevante; algunos –exagerando mucho– la han tildado de un auténtico cataclismo jurídico. En todo caso, para el Derecho, digo, es verdad que se trata de lo que se conoce como un hito “histórico”, pues supone la integración en la sociedad de todo un colectivo humano (quizá el último de los olvidados) y pocas cosas pueden ser más novedosas para el tradicional y anquilosado mundo del Derecho Civil. Y, ante una novedad tan radical, no resulta extraño –ni en el fondo preocupante– que las tentativas de solución jurídica comiencen siendo más o menos balbuceantes. En un asunto tan trascendente, que trata de los derechos básicos de las personas, una cierta respuesta errática inicial no tiene por qué ser necesariamente mala, quizá todo lo contrario; debe haber debate y debe haber prudencia. Pero lo que no debería haber nunca –y es lo que hay en este caso– es parálisis.

Lo peligroso para las personas con discapacidad intelectual, cuando se trata de sus nuevos e importantes derechos, reconocidos por primera vez en toda la historia, es que la mera existencia del debate paralice las decisiones, que los gobernantes se escuden en la falta de consenso y en su falta de conocimientos técnicos –supuestamente necesarios para opinar–, y que, al mismo tiempo, se impida también que la discusión se desarrolle libremente en el seno de la sociedad, so pretexto de que es demasiado complicada. El resultado de todo ello no será otro que alejar al común de las personas, con discapacidad y sin discapacidad, de un problema que perciben como excesivamente complicado, pero que es inevitablemente suyo, como todo problema social.

Como veremos, uno de los grandes consensos actuales sobre la discapacidad es que se trata de una cuestión social y que, en lo que tiene de problemática, ha

sido agravada por los usos sociales. Cuando se está ante una cuestión así, las decisiones deben ser siempre sociales también, porque lo serán inevitablemente las soluciones. Por lo tanto, la sociedad debe opinar y debe actuar, y los gobernantes deben liderar el proceso, con su opinión y sus decisiones, y con decisión. Además, y como veremos, en este particular problema de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual, una gran parte de la solución está preferentemente en las manos de cada cual, de tales personas y de sus familiares, en su respectivo ámbito doméstico, de las personas de su entorno, de sus compañeros de trabajo o de vida, etc., por lo que es absurdo sacarlas de antemano de la discusión.

Lo que no significa que deba derivar el asunto a un complicado problema de protagonismos, si por tal entendemos –como desgraciadamente ha ocurrido ya– rivalizar sobre a quién le cabe el “honor” de dar con la solución o quién quedará desairado si se hace a sus espaldas. Todos deben tener el papel que les corresponda, nadie sobra. El problema, de grandes dimensiones, qué duda cabe, tiene multitud de facetas y será necesario encontrar soluciones apropiadas a cada una; y algunas de esos problemas –y por tanto sus soluciones– tendrán que ser necesariamente de tipo científico (sociológico, económico, jurídico, etc.). Lo deseable es que todas las partes implicadas colaboren y se apoyen recíprocamente, todas se necesitan y todas deben integrarse en un esfuerzo común. Pero ese esfuerzo no debería tener otro objetivo que el de avanzar en la implantación de los derechos de las personas con discapacidad, de todas ellas, sin exclusiones, sin prejuicios, sin dejar a un lado a ninguna de ellas y menos aún a las que tienen una mayor dificultad para defenderse a sí mismas.

Este libro pretende intervenir en ese debate y, como he dicho, provocarlo. Voy a intentar justificar en él que existe en este momento un peligro cierto que acecha a las personas con discapacidad intelectual y que es un peligro muy importante; que podría pasar que, por no afrontar debidamente los problemas, por considerarlos insolubles de antemano, y por prejuicios sociales, que tienen en poco la capacidad de las personas con discapacidad intelectual, éstas corren el riesgo cierto de perder una parte importante –todas lo son– de las ventajas que les reconoce la convención; o sea, una parte de los “derechos a los que tienen derecho”. Pero mi propósito en este estudio –que no es en absoluto de toda la convención, sino que está centrado en el derecho a ejercer por sí los propios derechos– no es limitarme a poner de manifiesto los peligros o los que considero inaceptables prejuicios, sino el de proponer soluciones y acciones positivas, siempre.

Imagino que, en mi exposición, con mis consideraciones y mis propuestas, podrá darse el caso de que cruce –no será inadvertidamente, casi nunca– determinadas líneas rojas del consenso político y del consenso –también político– pero propio o interno del mundo organizado alrededor de la discapacidad. Siendo así, por otro lado, que esas propuestas, para llegar a ser algo, necesitan imperiosa-

mente ganarse la adhesión de esas mismas instancias. Y, no pudiendo descartar que habrá debate y disensión, bueno será que empiece por delimitar un tanto mis pretensiones, porque la verdad es que, como ya puede suponerse de mis palabras anteriores, mi preocupación es únicamente por las necesidades de las personas con discapacidad intelectual. Y, en realidad y en este momento, tampoco todas sus necesidades, sino casi sólo las que tienen que ver con el Derecho, con las leyes y normas jurídicas –y una convención aclaro ya que es una norma jurídica–; una parte del mundo social en la que se dan especialidades teóricas y prácticas que condicionan muchísimo todo el debate cuando se trata de personas con discapacidad intelectual, pero no cuando se habla de personas con discapacidad física o sensorial (por ejemplo), cuyos problemas con el Derecho –que también existen– son mucho menores y generalmente de otro orden más accesorio (ser testigos o realizar ciertos contratos, por ejemplo) y casi nunca han supuesto una descalificación general, como sí se ha hecho con las primeras.

En el camino, y aunque sólo sea para comprender mejor esa cuestión tan especial, necesitaré trascender en cierta medida ese marco y formular también alguna teoría más general, que sitúe el tratamiento jurídico de los derechos de las personas con discapacidad intelectual en el problema o cuestión más amplia de cómo debería ser la vida social general de las personas con discapacidad intelectual y la actitud que, respecto de ellas y de sus actos, deberíamos tener los demás, los que con ellas convivimos. Y, en ese terreno puramente social, por más que siga habiendo diferencias importantes entre las diferentes manifestaciones de la discapacidad, algunos de mis planteamientos se verá que los considero válidos para todas las personas que la tienen, de modo que, aunque sea muy por encima, deberé hablar también de todas ellas y dar mi opinión sobre cuestiones muy generales (y me temo que en ese apartado igualmente discreparé de algunas posturas muy asentadas y muy en boga, hoy día).

También me parece conveniente indicar, por mi parte y desde el principio, lo que este estudio no quiere ser, pues no se tratará de una glosa profesional, en clave técnico-jurídica –que es la jerga propia de mi profesión de jurista– de la (llamada) Convención de Nueva York –la que citaba al inicio–. Tampoco, menos aun, un estudio sobre todo “el Derecho”, de modo que, cuando examine determinadas instituciones jurídicas, como por ejemplo, la capacidad de obrar o la interpretación de las normas, no pretenderé condensar –ni en muchas ni en pocas líneas– toda su esencia, ni su génesis, ni su importancia teórica; tampoco presumiré que el lector conoce ya todas esas cuestiones –si alguien las conoce todas–, ni que tenga una formación jurídica específica suficiente (por lo que seré responsable de hacer una exposición que resulte comprensible al profano).

Pero es que también debo advertir que examinaré los problemas desde la perspectiva de las soluciones que propongo, o sea, de mis argumentos al respecto. No pretendo exponer todas las posturas posibles, ni todas las muchísimas que

ya se han formulado y publicado, desde personas e instituciones próximas a las personas con discapacidad intelectual, ni todas las que contendrían un manual de Derecho. Haré uso de mis opiniones personales, forjadas a lo largo de una experiencia de muchos años alrededor de las personas con discapacidad intelectual, pero que, en ese terreno sociológico o psicológico, no son en modo alguno opiniones profesionales; y también de algunos de mis conocimientos jurídicos al respecto, que sí son profesionales; naturalmente, trataré de no tergiversar, con omisiones voluntarias, el sentido de las concepciones ajenas en que me apoye o que critique, pero no seré su defensor imparcial. Todo ello, bajo mi responsabilidad intelectual, claro. Y no es que pida que se confíe de antemano en mi honestidad personal, sino que quisiera que mis planteamientos fueran sometidos a crítica y que sea esa crítica —que no tiene de ningún modo por qué quedar limitada a un público de juristas o de dirigentes sociales—, la que se preocupe de establecer la parcialidad, la inconsistencia o la inconsecuencia de mis exposiciones, argumentos y teorías; desde luego, no sería un proceder muy científico confiar toda la validación de mis propuestas a la autocrítica.

Aunque también esta última es necesaria y ha jugado un importante papel en mis convicciones actuales, pues no me cuesta decir que mis puntos de partida, en cuanto a la necesidad de la tutela y de la conveniencia de sustituir, en el ámbito jurídico, la voluntad de las personas con discapacidad intelectual, no fueron muy diferentes a los que observo en las personas que, tras la convención, siguen defendiendo la subsistencia de esa misma tutela y su carácter imprescindible. En definitiva, digo que fue la propia convención la que me hizo cambiar mi posición, a la actual.

En todo caso, me parece muy oportuno reiterar desde el inicio, para que los eventuales lectores puedan situarse cómodamente ante este texto, que no será, decididamente, un estudio sólo jurídico (en ninguna de sus manifestaciones, técnicas o divulgativas), sino que estará centrado por completo en las personas con discapacidad intelectual y lo que entiendo que son sus intereses y conveniencias, de modo que lo jurídico, como lo social, lo familiar o lo económico, por ejemplo, no serán sino puntos de vista encaminados a tal fin.

No voy a rehuir examinar y criticar algunas realidades sociales que pueden ser conflictivas —que en mi opinión se dan en la práctica, aunque reconozco que esa misma realidad ya es discutible—, pero de las que no suele hablarse, al menos públicamente, de modo que no se me oculta que ese conflicto empieza ya por el simple hecho de atraer sobre ellas el foco del análisis y la crítica, porque sólo eso ya corre el riesgo de ser considerado como irreverente o irresponsable. Me refiero (dicho brevemente, como mera presentación del problema) a cuestiones tales como los intereses económicos de los padres sobre los bienes de sus hijos con discapacidad intelectual, o la necesidad acuciante de las asociaciones e instituciones de familiares de personas con discapacidad intelectual de sostener



económicamente sus estructuras internas y gastos de personal y el modo en que tal apremio puede condicionar sus actividades, en contra de las personas con discapacidad, o la rigidez en las costumbres laborales de los profesionales implicados, especialmente –a los efectos de este análisis– los profesionales jurídicos, o la actuación de los grupos de presión o *lobbies*, sobre los políticos, o las consecuencias de que una buena parte de los políticos implicados particularmente en el proceso legislativo sean ellos mismos personas con discapacidad sensorial o física (aunque no pretendo hacer en este momento un elenco de los diferentes aspectos a tener en cuenta, ni de destacar los más importantes o llamativos).

Todo ello sin perjuicio de que pretendo que el resultado más visible de todo este libro sea el de convencer de la conveniencia de que el Gobierno o el legislador hagan suyos los textos articulados –o sea, textos redactados en el formato estándar de las normas jurídicas que forman el Derecho, que constan como anexos, al final de este libro– en los que he intentado condensar lo que los Poderes Públicos deben hacer para aplicar correctamente la convención; textos que, de ser aceptados o asumidos por nuestros gobernantes, podrían convertirse en una o varias leyes –u otro tipo de normas jurídicas, de distinto rango–, que pasarían a ser Derecho vigente (obligatorio). En el bien entendido de que definiendo que estas propuestas de normas (como las propias normas en que llegaran a plasmarse, de prosperar), como todo el ordenamiento jurídico –otra expresión propia del Derecho–, deben ser tratadas como herramientas o instrumentos prácticos, válidos, no tanto por sí mismos, sino por su capacidad cierta de ayudar a las personas con discapacidad intelectual –y a las que las apoyan y educan– a afrontar y resolver sus problemas vitales; un designio que, en mi opinión, tiene todo el Derecho, para todos los seres humanos, de manera que una norma jurídica nunca debería quedar desligada de la necesidad social que pretende subvenir. O sea, que pretendo tener muy en cuenta, en mis propuestas y en mis críticas, que nunca debería de ocurrir lo contrario: que no es la sociedad la que debe acomodarse al Derecho, sino al revés, y que el Derecho vale en la medida en que es útil y que, cuando no lo es, debe ser cambiado –derogado, en la jerga jurídica–.

Aun cuando tales textos articulados, con un conjunto coordinado de propuestas de reforma legislativa, figuran al final del libro y aparentemente relegados incluso por su tratamiento formal como anexos, debo decir que constituyen su principal contenido. Todo cuanto se dice en el resto del libro está en rigor destinado a explicar y justificar cuanto allí se pide. De hecho, entiendo que –para un lector con alguna formación jurídica o al menos con el hábito de leer legales– sería muy clarificador empezar por leer tales anexos, especialmente el primero y el último de ellos, pues también podría ser que ocurriera al revés y que sean esas concreciones de pura acción las que le sirvan para entender mejor cuanto se dice en la parte previa, más teórica, al hacer patente de qué se discute y qué se quiere conseguir. En todo caso, ése ha sido precisamente el orden temporal en que los textos se han

escrito, puesto que –salvo matices introducidos precisamente durante y con motivo de la escritura de este libro– los que ahora han terminado por ser anexos fueron redactados –y presentados como propuestas, ante diversas instancias– bastante tiempo antes que el resto.

## **Propuestas básicas sobre la discapacidad de obrar**

- El derecho a la discapacidad.
- La competencia social.
- Propuestas generales.
- Propuestas jurídicas.

Todas las propuestas que he de hacer en este libro parten y se apoyan en las siguientes afirmaciones básicas (que agruparé en dos apartados):

- Las personas con (cualquier clase de) discapacidad tienen derecho a serlo, a ser como son. Un derecho que no es de tipo jurídico y del que se deduce que:
  - Tienen derecho a vivir con y desde su discapacidad, que no están obligadas a superar, y que la discapacidad no es causa ni puede ser motivo de discriminación; menos aun, puede justificar la discriminación ejercida por una institución o instrumento al servicio de la sociedad, como es el Derecho (pues siendo como son las personas con discapacidad miembros de esa sociedad, con iguales derechos a los demás, el resultado es que la sociedad utilizaría sus recursos para discriminarse a sí misma).
  - Por lo tanto, las personas con discapacidad tienen derecho a los mismos derechos jurídicos que las demás, que no podrán serles arrebatados ni disminuidos, por causa de su discapacidad, por autoridad alguna, y que podrán ejercer en iguales condiciones que el resto de las personas (en su momento veremos el significado de esta aparente redundancia del “derecho a tener derechos”).
  - Entre tales derechos de tipo jurídico, les corresponde el de tener y ejercer su capacidad jurídica.
- El reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad es una decisión colectiva, de toda la sociedad, a través de sus órganos políticos, y de ningún modo una concesión particular del Derecho –sujeta a sus reglas de coherencia interna, si es que las tiene–, ni un problema a resolver sólo o principalmente con técnicas jurídicas y por juristas profesionales.

Respecto de lo primero, las personas en esa situación, tienen derecho a su discapacidad, o sea, a tener deficiencias y a actuar desde y con su discapacidad; en sentido opuesto, que la tenencia y el ejercicio de sus derechos no pueden quedar condicionados a que sepan o aprendan a “superar” su discapacidad o a actuar como si no la tuvieran, a actuar como personas capaces o a parecer que lo son. No están tampoco obligadas a someterse a exámenes de aptitud, que deban superar, antes de tener derecho a decidir sobre sí mismas. Específicamente, que las personas con discapacidad intelectual, para tener derecho a realizarlos, no están obligadas a conocer y comprender completamente el sentido y las consecuencias de sus actos, como sí lo haría una persona *sin* discapacidad; tampoco, sus actos de tipo jurídico. Pero que sí están obligadas a lograr, con el apoyo necesario, que todos sus actos gocen de la seguridad, propia y de terceros, y de la confiabilidad que les convierta en socialmente aceptables, pues dicha aceptabilidad social conviene a todos y es exigible a todos, y las personas con discapacidad tienen deberes sociales, que no son menos amplios ni menos precisos que sus derechos y que se integran en un cultura común, a la que las personas con discapacidad se deben sumar, sin pretender formar o adquirir una cultura propia, ni siquiera bajo la esperanza de que sea una cultura mejor.

Esta primera cuestión, para desarrollar y extraer de ella las necesarias consecuencias prácticas y útiles para las personas con discapacidad, obligará a entrar en la discusión y en el debate, tan en boga, hoy día, de la definición de la discapacidad, de la delimitación de los supuestos en que una persona tiene o no tiene discapacidad, incluso, sobre si realmente existe algo que debemos llamar discapacidad y, en tal caso, cuál es el nombre más adecuado que debemos utilizar (si es que las cuestiones meramente terminológicas tuvieran importancia, que no la tienen), así como sobre si hay una o varias clases de discapacidad, esto es, si las personas con discapacidad tienen necesidades homogéneas, y tiene por tanto sentido asignarles soluciones conjuntas, o todo lo contrario; y otras muchas cuestiones, relacionadas. Como veremos, la cultura actual da respuestas muy diferentes a estas cuestiones, de forma que en ocasiones hay mucha controversia y hasta beligerancia, entre las diferentes posturas sustentadas. Por mi parte, tengo opiniones que manifestar y defender al respecto y ya puedo adelantar que mi proposición primaria de que las personas con discapacidad tienen derecho a serlo se basa a su vez en un cierto modo de entender el fenómeno social de la discapacidad, del que derivaré propuestas más concretas. Afirmo desde el principio que no considero útil acudir a modos de entender la discapacidad que niegan su existencia o, dicho de otra manera, que supongan que no hay personas con discapacidad, sino únicamente personas diferentes las unas de las otras; una afirmación demasiado trivial, en mi opinión, y que no permite aportar soluciones adecuadas a problemas personales que sí que existen y que sí que afectan a algunas personas (aunque, ciertamente, no en igual

grado a todas ellas). Es más, considero que tal posicionamiento –aun sin pretenderlo las personas que lo sostienen– no es imparcial ni equitativo, pues añade dificultades innecesarias a algunos –y sólo o sobre todo a algunos– grupos o clases de personas con discapacidad (con lo cual ya dejo dicho que también creo que es conveniente subdistinguir en grupos, dentro del conjunto general de personas con discapacidad).

De modo opuesto y en sentido positivo, afirmo que es útil y provechoso para las personas con discapacidad (para la minoración o solución de sus problemas vitales) identificar las disfuncionalidades, dificultades y desventajas que, *grosso modo*, presentan, en relación con la capacidad general, estándar o normalizada del conjunto de los miembros de la sociedad a la que pertenecen. Y que, a partir de ahí, la sociedad en su conjunto (lo que, lógicamente incluye a las propias personas con discapacidad) tiene –porque voluntariamente lo ha adquirido– los deberes de auxiliarlas y de diseñarse a sí misma (las instituciones sociales) de manera que evite (no provoque innecesariamente), corrija, minimice o solucione las dificultades de las personas con discapacidad, en la medida de lo razonablemente posible. Tales medidas correctoras y de auxilio incluyen (al menos) las de: no discriminar negativamente; incluir a las personas con discapacidad en la cultura común; e igualar con los demás (es decir con el colectivo estándar de personas *sin* discapacidad) sus opciones y oportunidades, incluso mediante discriminación positiva y en todos los órdenes de la vida en sociedad (educación, trabajo, ocio, derechos cívicos, etc.). Entre tales deberes sociales, está el de permitirles y auxiliarlas para que puedan ejercer su capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con los demás, utilizando para ello los apoyos que puedan necesitar.

La segunda cuestión, o sea, la que atribuye el inicio de la concesión de derechos a las personas con discapacidad al conjunto de la sociedad (de modo que no estamos aquí ante una cuestión específicamente jurídica –más aun, que lo jurídico no es ni siquiera su aspecto más relevante–), debería ser más pacífica –aunque evidentemente no lo es–, aunque sólo fuera por comparación con otras muchas situaciones sociales parecidas, pues no es nada frecuente que el conjunto de la sociedad y sus líderes, sociales y políticos, se desentiendan de las decisiones de intervención en cualquier determinada área importante, so pretexto de que se tiene que dejar al arbitrio de los profesionales que deben ejecutarlas (por el contrario, suelen alzarse recelos de corporativismo –muchas veces injustificados– y los políticos suelen reclamar enérgicamente su derecho a intervenir, a ejercer su independencia de criterio, para conjugar todos los intereses en juego).

Así, ante la decisión de establecer una línea de ferrocarril de alta velocidad, entre ciudades del territorio nacional, por ejemplo, sin duda que las obras deberán ser diseñadas y realizadas –en su caso– por diversos técnicos o profesionales (economistas, abogados, ingenieros, paisajistas

y constructores, etc.), pero la resolución en sí corresponderá al Gobierno o Gobiernos implicados, como les corresponderá a ellos la adopción de las decisiones complementarias que se requieran para superar obstáculos y vencer dificultades concretas de la realización práctica de la decisión general adoptada, atendiendo y usando la información y el consejo técnico de los profesionales intervinientes, cuando sea el caso (a lo largo de todo este estudio, haré abundante uso de ejemplos, como el anterior, especialmente de ejemplos de contraste, entre el tratamiento social que se da a las personas con discapacidad intelectual y a otras que no lo son. Espero acertar con la elección de cada ejemplo que ponga, pero también aclaro que sólo intento llamar la atención y sugerir ideas y no demostrar nada con ellos y tampoco me he preocupado en exceso de que tengan una similitud exacta con el supuesto que me los sugiere).

Sin embargo, para ello, será preciso que las instituciones sociales encargadas de decidir asuman su deber y su responsabilidad propias, cada una los suyos, y que no los dimitan o deleguen en instancias inapropiadas; o sea, que se mantenga el modo general de organización de la sociedad, sin que haya razón para actuar de otra manera cuando del reconocimiento de derechos a las personas con discapacidad se trate. Por ejemplo, a las juristas profesionales, en la especial cuestión que aquí estoy analizando, les corresponderán múltiples tareas y responsabilidades apropiadas a sus conocimientos y a su función social, pero entre tales tareas no está la de juzgar si la decisión política –plasmada en una ley especial– de reconocer a las personas con discapacidad su derecho a ejercer su capacidad jurídica es una buena o mala decisión, ni si éste es o no es el momento oportuno para adoptarla y, sobre todo, para aplicarla.

Con todo, esta segunda cuestión, enfatizada en su aspecto negativo, o sea, para negarle al Derecho la decisión final, a la hora de conceder o denegar derechos a las personas con discapacidad (incluso derechos específicamente jurídicos, como es el ejercicio de la capacidad jurídica de tales personas), está motivada por los innecesarios problemas que se derivan de lo contrario; en efecto, la incontestable realidad es que han sido los juristas profesionales los que de manera más temprana y decidida han pretendido negar la posibilidad de aplicar la convención, en este extremo del reconocimiento del ejercicio propio de la capacidad jurídica y al grupo concreto de personas con discapacidad intelectual, con los matices y por las razones que iremos viendo. No han sido los únicos en hacerlo y habremos de ver cómo las personas con discapacidad intelectual se enfrentan, en este punto, al rechazo de otros colectivos, pero sí son los juristas profesionales los que alegan causas y razones más contundentes, más organizadas y más coherentes, por lo que sin duda la crítica a esa actitud también debe ser la más minuciosa. Intentaré desvirtuar sus argumentos y la pretendida autoridad última de los juristas para finalmente decidir lo que puede y lo que no puede hacerse, más concretamente, me opondré a la opinión de los juristas de que la convención –en este punto– es imposible de cumplir o es utópica.

Desarrollando esas dos proposiciones iniciales, haré desde el inicio una primera exposición aproximada de mi teoría, que iré concretando en pasos sucesivos, para ayudar –espero– a su comprensión, y para facilitar su crítica. (Y con la aclaración previa de que, aunque, en la mayoría de los ítems, se formula en términos muy generales, válidos para toda clase de discapacidad, porque así es efectivamente el caso, mi objetivo último es sólo el defender los derechos específicos de las personas con discapacidad intelectual).

### ***Aproximación social y general***

Comenzaré por un relato secuenciado, en un orden que no es tanto cronológico como de progreso ideológico:

- Después de un largo, larguísimo periodo de olvido y postergación social –perpetrados por el entorno próximo, específicamente familiar–, los Estados, de modo concertado y casi universal, por expresión de sus órganos políticos y específicamente jurídicos, han “reconocido” la existencia de las personas con discapacidad; se dice, expresivamente, que se han hecho socialmente “visibles”, por primera vez.
- Tras ello, esos órganos dirigentes y propiamente jurídicos han aceptado que las personas con discapacidad son –y deben ser tratados como– miembros plenos de la comunidad general y que son acreedoras y no sólo destinatarias graciabiles de la plenitud de los derechos sociales y jurídicos, en el nivel máximo reconocido a cualquier otra persona, e incluso de mejoras o preferencias compensatorias de su desventaja competitiva y en resarcimiento también, quizá, de ese anterior estado de postración.
- Correlativamente, por tanto, se acepta por la sociedad que es ella misma la que tiene la obligación –y no sólo la vocación o el deseo– de crear y aplicar esos derechos, debiendo proveer los medios adecuados para ello (no sólo medios de tipo jurídico, que también).
- De tal planteamiento obligatorio y no meramente caritativo, es consecuencia que, en un cierto sentido, los “derechos” de las personas con discapacidad no se limitan a los realmente “declarados” por las leyes vigentes en cada momento, sino que esas personas tienen también “derecho a derechos” que aún no les han sido reconocidos, porque existe un deber social de dárselos, de tal manera que el conjunto del ordenamiento jurídico (entendido como la expresión cuasi orgánica de la estructura normativa de una sociedad, en un momento histórico dado), adquiere el compromiso de adecuar sus normas ya existentes y de añadir las que le puedan faltar, hasta alcanzar ese estado buscado y com-

prometido por toda la sociedad de un acogimiento pleno a las personas con discapacidad, de manera que se dirá que las nuevas leyes que se dicten con esta finalidad no crean de la nada, o sea, no originan o hacen nacer, sino que se limitan a “reconocer” los derechos que las personas con discapacidad ya tenían, por el simple hecho de ser personas.

- Dicho de otro modo, que la consideración –o sea, el aprecio y reconocimiento– social de las personas con discapacidad y la atribución a ellas de sus “derechos” sociales –así como los fenómenos contrarios de discriminación y postergación–, preceden al tratamiento puramente legal del problema. Y que, en peligrosa consecuencia, las medidas específicamente jurídicas, aunque formalmente accedan a las leyes, sólo se verán impulsadas y consolidadas en tanto en cuanto tengan un efectivo anclaje en la actitud y la actividad corriente del conjunto de los ciudadanos; y que, en caso contrario, el Derecho no podrá impedir que sus propuestas queden en “papel mojado”.
- Y, añadido a lo anterior, tampoco serán realmente efectivas las medidas propuestas por la sociedad si no son asumidas e interiorizadas por los propios grupos sociales a amparar y proteger, de modo que los cambios alcancen a su actividad cotidiana. En tal sentido, importan sobre todo dos dimensiones (que la práctica demuestra que no son siempre coincidentes): la actitud aislada de los individuos implicados; pero también, de modo socialmente más llamativo e impactante, la de los propios grupos en sí, en que tales individuos se reúnen.

Al menos, una vez que tales grupos pueden manifestarse públicamente y organizarse operativamente como tales, por gozar de un reconocimiento formal o de una tolerancia social. En el ejemplo histórico de la emancipación general de los esclavos, durante la Guerra Civil o de Secesión norteamericana, lo cierto es que los propios esclavos no tuvieron ocasión alguna de opinar ni de actuar en uno u otro sentido (ni siquiera de participar en la contienda militar), sino que el asunto se decidió entre políticos, entre militares o entre propietarios y ex propietarios, pero sin ellos.

- Esto es, que casi todos los ejemplos históricamente conocidos de emancipación de colectivos socialmente desfavorecidos (como ha sido el caso de mujeres, esclavos, campesinos, proletarios, no-propietarios, poblaciones conquistadas o colonizadas, minorías –o incluso mayorías– étnicas sin poder, y otros) no se han consolidado y han sido eficaces sino hasta que las propias personas implicadas, en número suficientemente significativo, han aceptado y ejercido esos derechos, incluso, siendo necesario, de forma enérgica o violenta. Ese proceso de autoafirmación y aceptación, individual y colectiva, por parte de

los individuos favorecidos, no siempre ha sido sencillo; y no sólo por el rechazo ajeno sino también por las resistencias internas a abandonar inercias y –falsas– seguridades. A pesar de lo cual, resulta enormemente esperanzador notar que, una vez lograda la emancipación, no hay ejemplos de retroceso social, con vuelta retrógrada a esos modos o instituciones sociales de sometimiento ya abolidas.

- Y, en esa respuesta interna de las personas con discapacidad, en el doble ámbito citado, individual y colectivo, éstas se verán abocadas a todas las dificultades habituales, históricamente padecidas por los miembros de otros grupos socialmente desfavorecidos, pero probablemente agravadas también por la –a estos efectos– naturaleza especial de la discapacidad intelectual. Así:
  - En el ámbito individual, es razonable esperar que esas personas con discapacidad intelectual carezcan de hábitos de autonomía personal y de criterios de valor propios, o de la costumbre de hacerlos valer ante las personas de su entorno, incluso en sus ámbitos privados o más personales; debido en gran parte a que –no sólo por la Ley sino también en su propio entorno familiar y el ámbito interno de su grupo especial– se ven frecuentemente apartadas del control de sus propios asuntos. Las personas con discapacidad intelectual, en muchos casos, se han conformado con la idea –que machaconamente se les inculca– de que no les corresponde a ellas tener un papel protagonista en sus propias vidas (un efecto también muy extendido en otros colectivos históricamente postergados por la sociedad y las leyes, como ha sido el caso de los esclavos y, en otros tiempos, de las mujeres); pero, en este caso, además, tales conformidades son en gran medida efecto objetivo de su discapacidad, que les genera una grave disminución de su autoconfianza –que debe ser promovida y reforzada insistentemente–, así como una cierta falta de ánimo y capacidad de confrontación con opiniones ajenas y de estrategias de autodefensa. Y es que, a las personas con discapacidad intelectual, no sólo se les debe conceder o reconocer el derecho a decidir sobre sus propios asuntos, sino que es necesario, al menos en una primera fase, educarlas para que efectivamente lo hagan, conminándolas en ese sentido, con respeto pero con tesón, y apoyándolas decisivamente, en un muy complicado para ellas cambio de actitud personal, que algunas nunca superarán del todo, ni siquiera con los mayores apoyos.
  - En el ámbito colectivo, el problema estará en el conflicto de intereses con las entidades en que se agrupan las personas con discapacidad intelectual, que no están realmente formadas y dirigidas por ellas,



sino por terceros (generalmente padres y otros familiares cercanos), que actúan *pro bono*, pero que no por ello dejan de defender, inevitablemente, también sus intereses propios como padres y como entidades (y sin que ni siquiera se suela aceptar la posibilidad teórica de que exista –como es un hecho que existe– tal conflicto de intereses con los de las personas con discapacidad a las que quieren representar, negación que ya por sí misma representa un problema añadido).

- El proceso de emancipación social de las personas con discapacidad, de integración –o reintegración– al flujo principal, necesita de la colaboración de toda la sociedad, pero sin duda el protagonismo y la mayor responsabilidad en ese proceso (además de a las propias personas con discapacidad) corresponderá, de un lado, a los líderes sociales, con un poder o influencia ante los demás que pudiéramos llamar objetivo o general, tales como políticos, legisladores y gobernantes (incluidos los niveles más cercanos al ciudadano, o sea, el de los funcionarios y especialmente los que ejercen los servicios jurídicos del Estado), y de otro lado a los líderes internos del llamado movimiento asociativo, esto es, a los dirigentes de las entidades dedicadas a favorecer específicamente a las personas con discapacidad y a sus cuidadores profesionalizados.
- Y, admitido que el proceso de integración social de las personas con discapacidad no es meramente otorgado o concedido, de modo graciable, sino propiamente obligado –ya se entienda en términos de obligación legal o de compromiso social– las actitudes personales de tales colectivos (políticos y líderes sociales, legisladores, gobernantes y funcionarios, familiares y cuidadores profesionales de las personas con discapacidad) deberán ser encaminadas y reconducidas en la dirección correcta, ejerciendo sobre tales Poderes Públicos y sus funcionarios la petición, la crítica, la reclamación, la queja o la estricta reivindicación. Y, en tal sentido, será muy útil prestar una especial atención a las dificultades que los grupos organizados y más concretamente los profesionalizados tienen habitualmente para modificar sus modos tradicionales de actuación, dejando claro que resultaría inaceptable invertir los términos de su colaboración al proceso, como ocurriría en el caso de que las reformas a introducir o los medios a poner por su parte estuvieran limitados a aquéllos que sean compatibles con las tradiciones operativas previas de ciertos profesionales, especialmente, principios generales y dogmas imperantes del *corpus* teórico –en su caso, académico– en que se sustente la respectiva actividad profesional. Dicho de otro modo, que no es el proceso de cambio el que debe acomodarse a las viejas costumbres de quienes tienen que hacerlo efectivo, sino que esos mismos hábitos también deben ser cambiados, tanto como sea necesario.

- Dada la naturaleza propia y los fines particulares de este estudio, las consideraciones referidas en el párrafo anterior obligarán a prestar especial atención a cuestiones tales como:
  - El conflicto de intereses –tanto en el ámbito patrimonial como en el de poder–, entre las personas con discapacidad intelectual y sus cuidadores, ya que estos últimos habrán de ver objetivamente disminuidas sus prerrogativas sobre las personas con discapacidad y sobre el control de sus asuntos, exactamente en la misma medida en que tales tareas sean asumidas por ellas mismas.
  - El conflicto de intereses –puramente personal, en este caso–, entre las personas con discapacidad intelectual y los profesionales jurídicos, los jueces, a los que, en el sistema actual, corresponde enjuiciar sus habilidades, declarar su incapacidad jurídica, designarles representantes legales y controlar la actividad de éstos, así como los conflictos de poder con tales representantes designados (padres y tutores), ya que, al igual que en el caso anterior, serán ellos quienes verán disminuidas sus prerrogativas, correlativamente a la asunción por la persona con discapacidad de su propia capacidad legal.

### ***Planteamientos jurídicos***

Sobre todas esas consideraciones generales, expuestas, por ahora, de un modo también muy general, mi propuesta o conclusión operativa principal en este libro, una propuesta que pertenece al ámbito propio del mundo jurídico y está sucintamente identificada en el título de este documento, y que es ya específica o particular para las personas con discapacidad intelectual, contiene las siguientes tesis:

- El reconocimiento de la discapacidad intelectual hace surgir, como su reverso, el concepto –que antes no se había tenido quizá suficientemente en cuenta por el Derecho, al menos de forma expresa– de la capacidad intelectual, es decir, la capacidad que corresponde, no al paradigma del ser humano todo, sino a un particular grupo o categoría, lo bastante extenso como para que la regla sea referirse a ellos como el supuesto normal, pero que es en definitiva un grupo humano particular (que incluye a las personas *sin* discapacidad y a las que tienen discapacidad física o sensorial, pero no a las que tienen discapacidad intelectual).
- La institución de la capacidad jurídica de obrar –o sea, abreviadamente, la capacidad de obrar–, esto es, el instrumento por el cual los sujetos del Derecho ejercitan por sí mismos sus derechos y cumplen sus

obligaciones, es una respuesta particular y no general, pues, tal y como ha sido concebida, el Derecho la pone a disposición únicamente de las personas dotadas de capacidad intelectual, pues está diseñada en atención a la capacidad estándar del grupo mayoritario. Siendo así que la sociedad ha encomendado al Derecho la tarea de dar respuesta a las necesidades de todos los seres humanos y también específicamente a las de las personas con discapacidad intelectual, resulta obligado concluir que estas personas no disponen –no han dispuesto, hasta la convención– de un instrumento jurídico adecuado para ejercer sus derechos.

La convención se refiere a la “capacidad de obrar” con la denominación de “*capacidad jurídica*” o capacidad jurídica que se “*ejerce*”; veremos en su momento la discusión sobre estos términos, pero adelanto que yo utilizaré ambas expresiones como sinónimas.

- Por tanto, la institución jurídica apropiada a la situación de discapacidad intelectual, esto es, la respuesta que esperan y a la que tienen derecho las personas con discapacidad intelectual, como mecanismo para tales ejercicios y cumplimiento de derechos y obligaciones propios, es no es tanto la capacidad de obrar –que ha sido construida a sus espaldas– como la discapacidad jurídica de obrar –o sea, abreviadamente, la *discapacidad de obrar*–.
- No obstante su especialidad terminológica, la discapacidad de obrar no tiene por qué reservarse a las personas con discapacidad intelectual, sino que puede valerle también a otros colectivos, pues las soluciones que integran el modelo que apporto no están necesariamente vinculadas a la discapacidad intelectual. Por lo demás, la discapacidad de obrar –en mi propuesta– sigue el modelo de la capacidad de obrar ordinaria, de modo que no debe desecharse la idea de alcanzar algún día una regulación general de la capacidad de obrar perfectamente válida para todas las personas, con y sin discapacidad, con las debidas distinciones o matices, pero sin llegar a constituir un régimen separado (al igual que, según el propio tenor de la convención, ocurre con muchos otros ámbitos, también los jurídicos como es el caso de todos los llamados derechos cívicos o constitucionales, en los que hay un modelo único, válido para todo el género humano).
- La denominación de “discapacidad de obrar”, que propongo y que utilizaré en adelante, no deja de ser una cuestión nominal, que como todas las de esta clase carece de importancia real y no discutiré por ella y aceptaré cualquier otra que se proponga, con valor práctico equivalente. La principal o acaso única utilidad que le encuentro a acuñar una nueva denominación es la de visualizar la necesidad del cambio

y evitar la tentación de hacer pasar a las personas con discapacidad intelectual por el inadecuado filtro de un modelo de capacidad de obrar que es en sí mismo discriminador.

- En consecuencia, es improcedente, inútil y discriminatorio obligar a las personas con discapacidad intelectual a demostrar el grado de habilidad que tienen para utilizar el mecanismo de la capacidad de obrar – que es inadecuado para ellas– y es lesivo para sus derechos reconducir el ejercicio de los mismos, únicamente, a los métodos de la capacidad de obrar y extraer de todo ello la injusta consecuencia de que la ausencia o la disminución de habilidad para usar la herramienta jurídica de la capacidad de obrar –que es un ejemplo claro de “*diseño*” no “*universal*”, un concepto que utiliza la convención y veremos en su momento– “*obliga*” al Estado a sustituir la voluntad de las personas con discapacidad intelectual, arrebatándoles un derecho propio fundamental, como es el ejercicio y cumplimiento propio o por sí de sus derechos y obligaciones, para atribuírselo a un tercero, uno que sí tenga capacidad intelectual y actúe en su nombre.
- Además, la lógica interna de la institución de la capacidad de obrar, por sí misma y en cualquier caso, no debería ser nunca un obstáculo a la hora de cumplir el mandato social de favorecer los derechos de las personas con discapacidad, puesto que, no sólo cualquiera de sus instituciones internas sino toda la superestructura del Derecho, como institución social que es, también está sujeta a ese deber social y ese objetivo prioritario de acoger socialmente, en plenitud de derechos, a las personas con discapacidad. La consecuencia obligada, en caso de que se aprecie una contradicción entre el derecho de las personas con discapacidad intelectual y la institución clásica de la capacidad obrar (o cualquier otra institución jurídica), no puede ser otra sino la de modificar esa institución, hasta salvar la contradicción, y sin otro límite que el ya contenido en la convención y que la sociedad se ha marcado a este respecto, el de no exceder los denominados “*ajustes razonables*”.
- Sin perjuicio de la posibilidad antes indicada de una unificación futura de ambas formas de capacidad, la validez de las medidas que propondré (para ayuda y salvaguardia a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio propio de sus derechos y obligaciones) no debe ser comparada o contrastada con una institución a la que no pertenecen, como es la actual –previa a la convención– de la capacidad de obrar, sino con la nueva institución de la discapacidad de obrar, institución global de la que tales medidas formarán parte integrante.

- La discapacidad de obrar, como herramienta jurídica, tiene la misma necesidad que en su día tuvo la capacidad de obrar de ser definida, regulada y precisada, así como la necesidad de ser experimentada, corregida, depurada y vuelta a rehacer, una y otra vez, adaptándola a las históricamente cambiantes necesidades jurídicas de la sociedad. El Derecho es una institución viva, que pretende adaptarse constantemente a los requerimientos sociales; por lo tanto, la discapacidad de obrar también deberá seguir ese mismo proceso.
- La tradicional regulación jurídica de la capacidad de obrar puede y debe servir de modelo, a la hora de definir la discapacidad de obrar, lo que permitirá y aun aconsejará tener en consideración que la regulación de la capacidad de obrar, especialmente en los ámbitos patrimoniales y específicamente contractuales y testamentarios, es una de las más diversificadas, en la organización política de las sociedades humanas, lo que –hemos de suponer– ha permitido su mejor adaptación a las necesidades reales de las distintas comunidades objeto de regulación, sin que pueda caber duda de que las personas con discapacidad intelectual también son y deben ser consideradas como miembros ordinarios de su propia y específica comunidad social y de sus costumbres culturales, por lo que también participarán de la conveniencia de esa diversidad legislativa. Dicho de otro modo, que será muy inoportuno intentar una especie de “esperanto jurídico”, para las personas con discapacidad intelectual, como si todas ellas tuvieran iguales necesidades, en lugar de aplicarles también a ellas el saludable hábito, que ya tienen las sociedades en que viven, de dictar normas adaptadas a las propias circunstancias, pero no circunstancias particulares por razón de su discapacidad, sino por razón de sus modos de vida, pero no unos modos de vida específicos de la discapacidad intelectual, sino justamente al contrario, los que comparten con su entorno social general.
- En el diseño particular de la discapacidad de obrar, puede ésta configurarse como una herramienta única, general para todas las personas con discapacidad intelectual, con independencia de lo que se conoce como su grado o intensidad de discapacidad, o como varias herramientas, adaptadas a la intensidad de los apoyos que cada grupo de ellas pueda necesitar. En atención a la consideración del punto anterior y al hecho de que la institución de la capacidad de obrar ha más que demostrado, históricamente, su validez para toda la población (excluidas, claro, las personas con discapacidad intelectual), un colectivo que es mucho más heterogéneo aun, en mi opinión, la discapacidad de obrar debería ser también una institución única.

- La participación de un tercero junto a la persona con discapacidad intelectual, o sea, la técnica de los apoyos prevista por la convención para ayudarla a formar la voluntad que el Derecho necesita tener en cuenta en los actos y negocios jurídicos, es un excelente método, una herramienta útil y eficaz, que debe ser plena y operativamente introducida en el diseño teórico de la discapacidad de obrar y en su ejercicio cotidiano; un instrumento reclamado para este fin por la convención, pero no inventado por ella, que lo toma de una experiencia útil y suficientemente contrastada de la realidad cotidiana de las personas con discapacidad, en muchos otros ámbitos y a lo largo de los últimos años.

Con todo, tal herramienta de los apoyos, aunque tiene el suficiente prestigio y valores acreditados como para merecer ser puesta en práctica, siguiendo los mandatos de la convención, también debe ser considerada como un medio provisional y contingente, en la medida de su constante y comprobada utilidad real, pero sin formar parte necesaria del modelo de regulación legal de la discapacidad de obrar, de modo que el Derecho debe estar siempre dispuesto a sustituirla por otras medidas mejores o más útiles, si aparecieran.

Además, la técnica no tiene que entenderse como reservada a las personas con discapacidad intelectual, sino que podrá ser usada, exactamente del mismo modo, por personas sin discapacidad intelectual, a petición propia.

- La regulación –en gran parte *ex novo*– de la discapacidad de obrar, incluida la regulación –complementaria y por ahora– del mecanismo de los apoyos, no agotan toda la tarea jurídica a realizar; sino que también debe regularse detalladamente un conjunto de protocolos y reglas prácticas, que desciendan al nivel de la actividad profesional de los juristas y especialmente funcionarios públicos que deban atender las necesidades en el terreno jurídico de las personas con discapacidad intelectual, previniendo los ya aludidos conflictos de intereses y las eventuales reticencias a modificar sus tradiciones profesionales anteriores, de modo que no impidan ni dificulten, sino que por el contrario faciliten y simplifiquen la implantación real del nuevo régimen de la discapacidad de obrar, colaborando en su diseño, comprobación y mejora constante.