Primera Parte

LA DIFÍCIL APLICACIÓN DE LAS LEYES QUE CONTIENEN DERECHOS A FAVOR DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

En el año 2003, una Ley, conocida como la de protección patrimonial de las Personas con Discapacidad (también e incluso más comúnmente llamada de los patrimonios protegidos –sin ser ninguno de ellos su verdadero nombre– y a la que, siempre en aras de la brevedad, yo llamaré aquí Ley de protección patrimonial), introdujo en España una batería de herramientas jurídicas, destinadas como dijo su exposición de motivos a "*mejorar el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad*"; un designio que quizá cabría criticar por demasiado vago o genérico, pero que a mí me parece que es adecuado y que expresa bien lo que pretendió hacer.

Al menos como diseño teórico, creo que el legislador supo identificar todos o casi todos los problemas que en ese momento afectaban a las personas con discapacidad intelectual, limitados, como sin duda quiso hacer, al concreto ámbito jurídico-privado, o sea, el de sus derechos civiles (en la acepción más antigua y genuina de esta expresión, la del Derecho Civil, y no en la más moderna de derechos políticos o ciudadanos). Y creo que las soluciones que aportó eran las mejores posibles para su tiempo, pero que ese tiempo estaba a punto de cambiar y de hacerlo espectacularmente, con la aparición de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Son dos aspectos de toda legislación, ambos muy importantes, pero que son distintos: identificar correctamente los problemas y resolverlos bien. La Ley de protección patrimonial hizo ambas cosas, pero lo segundo quizá más en el diseño teórico que en la capacidad de influir en la realidad social. Hizo un análisis certero

de las carencias legales existentes, y ofreció respuestas intelectualmente adecuadas, pero que finalmente no se han usado o que se han usado apenas. Una parte de sus objetivos teóricos la cumplió la ley con la creación de los citados patrimonios protegidos (cuyo éxito en la práctica ha sido igualmente incierto, por supuesto); otra parte, la que ahora me interesa destacar, se concretó en la reforma del Código Civil, y lo hizo en materia de autotutela y poderes preventivos, también en el área sucesoria, especialmente respecto de la institución conocida como las legítimas, así como en las relaciones personales y familiares, mediante el contrato de alimentos.

Por razones muy personales, en un libro anterior sobre la Ley de protección patrimonial, limité mi análisis a la situación jurídica de las personas con discapacidad intelectual, y no con otro tipo de discapacidad; con la posible asimilación –y no completa– de otro colectivo de personas que no tienen discapacidad propiamente dicha, sino enfermedad mental.

Hoy día no es posible juzgar la repetida Ley de protección patrimonial, ni en su diseño teórico ni en su dimensión práctica, sin tener en cuenta la absoluta revolución que en todo el mundo de la discapacidad provocó un tratado internacional, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York en el año 2006. Una norma que nos situó (al menos es sin duda mi propio caso) ante un enfoque completamente diferente. A la luz de la Convención (como la llamaré en adelante en este estudio), la Ley española del año 2003 se quedaba ciertamente corta, pero eso nada tuvo de particular porque (salvo en la muy relevante pero completamente equivocada opinión de nuestro Tribunal Supremo) la verdad es que la Convención amplió todos los horizontes conocidos y dejó atrás y dejó muy pequeña cualquier solución anterior, abriendo para las personas con discapacidad, para todas ellas, pero más especialmente aún para las que la tienen de tipo intelectual, posibilidades que antes ni siquiera se soñaban.

Lo que no modifica mi opinión de que las herramientas jurídicas de la Ley de protección patrimonial fueron y siguen siendo adecuadas (en el plano teórico), pero sí me obliga a hacer la salvedad de que, incluso en ese terreno, deben ser interpretadas y aplicadas bajo los mandatos imperativos de la Convención; algo que, por cierto, nada serio impide hacer.

Y ha sido también esa Convención la que me ha movido a ampliar el círculo de personas destinatarias de las soluciones de la Ley del año 2003. Junto a las que tienen discapacidad intelectual y matizadamente a las que tienen enfermedad mental, debemos considerar también (igualmente con algunas precisiones y reservas, pero también) a aquellas que tienen –o quizá podría decirse que "sufren"– ludopatías, a las que tienen una dependencia emocional derivada de la edad y a las que están en cualquiera otra situación particular que, en determinadas circunstancias, puede empujar a la persona a malgastar sus bienes, sin medida y sin provecho. No obstante –y aparte esta declaración general, que he desarrollado ampliamente en otros textos, pero que aquí me limito a dejarla expuesta–, lo cierto es que las propuestas

que voy a hacer en este escrito contemplan únicamente a las personas con discapacidad intelectual; no porque crea que sólo les valen a ellas, que no es así, sino porque, como se verá, están plasmadas en un modelo muy concreto de escritura, más en particular un testamento, que parte de la base de una situación personal y familiar que contempla su caso, y no el de otras.

No obstante, entiendo que no sería demasiado complicado hacer las adaptaciones oportunas para que el modelo resultara útil a otras situaciones personales distintas y, en particular, a las que acabo de mencionar.

En todo caso, creo que sí es necesario hacer una precisión al respecto. La aplicabilidad de la Ley de protección patrimonial a todas las personas con discapacidad es indudable, sin distinción alguna y por lo tanto también a las que la tienen de tipo físico, y no menos claro es que todas ellas son destinatarias de todos y cada uno de los derechos que les reconoce la Convención. Con más o con menos acierto, pero ésa es la indudable elección del legislador, que ha preferido ni siquiera matizar qué situaciones se acomodan mejor a los problemas y dificultades asociados a cada género de discapacidad; sin embargo, esa estrategia, que es lógica y seguramente la mejor desde un punto de vista político, o de política legislativa, no excluye que, desde la perspectiva del análisis y de los desarrollos prácticos, deba aceptarse también que los problemas jurídicos que se les presentan a las personas con una discapacidad de tipo físico, sobre todo en el ámbito del mencionado derecho privado, son muy diferentes a los que afectan a las personas que la tienen de tipo intelectual.

Con todo, los aciertos de la Ley de protección patrimonial no sirvieron para solucionar los problemas a los que se enfrentó, porque la realidad social la ha ignorado en gran medida. Y este último aspecto también es necesario tenerlo en cuenta en la valoración crítica de toda legislación, porque es igual de importante si no más que los dos anteriores ya citados.

No pretendo ahora ni probar mi afirmación sobre la ineficacia de la ley ni cuantificar sus pocos o muchos resultados, y tampoco determinar las causas de ese presunto fracaso. Baste decir que tengo la convicción, formada con mi experiencia personal y mi participación en casi todas las "trincheras" que voy a mencionar, de que, en ese resultado negativo, influyó –y mucho– que las partes implicadas, los distintos posicionamientos e intereses en juego en este asunto, buscaran y defendieran objetivos demasiado diferentes para poder conciliarlos. Diferentes y quizá contradictorios; e incluso me temo que la contradicción forma parte esencial del discurso de algunos de esos agentes sociales, tanto su discurso público como el dirigido al consumo interno. Y estoy llamando partes en ese proceso: a los legisladores (o sea, los partidos políticos), como es lógico y como primeros «espadas»; a las entidades organizadas alrededor de las personas con discapacidad (ya estén integradas por ellas mismas o por sus familiares); a los juristas profesionales (que no son ni mucho menos simples actores de reparto en esta función); y también, claro está, a la sociedad en general.

Con todo, por sus distintos rangos y objetivos, la desafortunada ineficacia práctica de la Ley de protección patrimonial es mucho menos importante, para los intereses de las personas con discapacidad intelectual, que la mucho más grave intrascendencia, también en la práctica, de la citada Convención. Porque tampoco ésta ha logrado sus objetivos, al menos hasta ahora, y en particular –no hablaré aquí de otras– en la parte de la misma que trata el mismo género de problemas que abordó la Ley de protección patrimonial, esto es, en el ámbito de lo que (al estudiar esta última ley) llamé la "integración patrimonial" de las personas con discapacidad intelectual, y que ahora, con palabras de la Convención, mejor debería llamar el reconocimiento de la completa –y, en España, completamente negada– capacidad de obrar de tales personas.

O lo que, con un juego de palabras, sin más pretensiones, he llamado en otro estudio mío sobre la Convención, la "discapacidad de obrar".

Tampoco pretendo analizar ni explicar aquí esa (quizá atrevida, pero convencida) aseveración mía sobre la intrascendencia práctica de la Convención; en España y, por lo que sé, en la generalidad de los países que la tienen firmada y adoptada. Pero sí quiero enfatizar que es una irrelevancia que –de ser cierta– mejor y con más propiedad y justicia debería calificarse de auténtico incumplimiento; porque no es ya que la Convención no esté siendo aplicada, que eso podría tener muchas causas y explicaciones, empezando por la de que se tratara de una norma por sí misma inútil o de consecuencias indeseables o dañinas, en cuyo caso nada de malo habría en que hubiera pasado al baúl de los recuerdos, quizá todo lo contrario; sino que afirmo que los derechos de integración jurídica y económica que esa norma concede a las personas con discapacidad intelectual, que son excelentes y utilísimos, están siendo sistemáticamente vulnerados.

Y ésa no es la misma suerte que está corriendo la Ley española de protección patrimonial, sobre la que sólo expreso mi opinión de que no se aplica, esto es, de que todas las herramientas que introdujo, aun siendo válidas, están siendo infrautilizadas, por la razón que sea, pero sin que resulte adecuado decir, en mi opinión, que se esté incumpliendo sistemáticamente, porque –a diferencia de la Convención– lo que sobre todo hace la Ley de protección patrimonial es conceder derechos a las personas, y no imponerles obligaciones; de modo que, más que desobedecida, lo que le ocurre es que está pasando desapercibida.

Lo contrario que le ocurre a la Convención, que, no sólo reconoce derechos, sino que además y sobre todo establece obligaciones, aunque no –tampoco– a las personas con discapacidad, sino a los que llama "*Estados parte*"; unas obligaciones muy estrictas, pero que los estados signatarios, tras asumirlas voluntariamente, no cumplen.

Como espero demostrar a lo largo de todo este estudio, el caso del artículo 831 es una excepción a ese juicio general, porque aquí sí puede considerarse

que hay un incumplimiento también de la Ley de protección patrimonial que le da su redacción actual; la negación –que en definitiva hace el propio estado– de un derecho por él mismo reconocido. Pero incluso tal realidad no puede hacernos olvidar que siguen siendo muy pocas las familias que intentan utilizar esta norma, sin que, hoy por hoy, haya razones para pensar que tal cosa se deba únicamente, o siquiera principalmente, a que tienen conocimiento de las dificultades que les esperan, y que sea la voluntad de evitarlas lo que las ha alejado de esta particular figura.

Aun siendo cosas muy diferentes la dejación voluntaria en el ejercicio de derechos (que al fin y al cabo es a su vez un derecho) y el incumplimiento de obligaciones (que nunca puede ser disculpado, y menos cuando quien incurre en ello es el poder público), me parece no obstante muy poco probable que ambas realidades no estén estrechamente ligadas, de algún modo. Por la propia razón de ser y por la naturaleza social del derecho, como institución, muy difícil sería que las normas legales que atribuyen derechos patrimoniales y económicos a las personas con discapacidad intelectual dejaran de aplicarse, de un modo tan general y ofreciendo tan poca resistencia, si no fuera porque les falta, a ambas normas, a la Convención y a la Ley de protección patrimonial, el imprescindible reconocimiento, apego y respaldo de la sociedad en su conjunto.

Como un primer influyente factor, creo que debe tenerse en cuenta la oposición sistemática de los juristas profesionales a cualquier alteración en el tratamiento de uno de sus conceptos más queridos: el de la plena capacidad, el sano juicio y, en definitiva, el desmesurado amor que profesan los juristas –y otros– a la sublime inteligencia humana, tan preciosa y tan apreciada.

Una veneración tal a la inteligencia plena que provoca que, cuando disminuye o se hace incompleta, se cierre la puerta del derecho a toda posibilidad de mantener un respeto pleno y real a la mucha inteligencia y a la enorme capacidad que aún les resta a las personas con discapacidad; de manera que se alza frente a ellas –y sólo para ellas– una complicada y sutilísima pantalla de distingos entre derechos más humanos y menos humanos, entre personalidad y actividad, derechos directamente aplicables y meramente programáticos, viables y utópicos, y sobre todo entre las medidas protectores y las, "quiérase o no", perjudiciales para la propia persona con discapacidad, sobre todo si es de tipo intelectual. Una actitud que inevitablemente conduce a injustificadas –y sonrojantes– distinciones entre discriminaciones aceptables (que al parecer son las que ordena una autoridad, esa misma autoridad, ese juez, que debería ser el primer y principal valedor de sus derechos) y las rigurosamente prohibidas (que son las que cometen los ciudadanos corrientes). Con la consecuencia, que vemos por doquier, de que la denegación de derechos básicos (que todos rechazarían por inaceptable si se predicara de otro colectivo cualquiera), no sólo cabe, sino que hasta es obligado hacérsela sufrir a las personas que tienen discapacidad; sin más que hacer preceder el ataque del cómodo alegato de que se hace "por su bien".

Una violación de derechos que, en el caso de los patrimoniales, es completa en el plano operativo y la perpetran las propias autoridades jurídicas –basándose en leyes injustas y que bien podríamos considerar que están derogadas por la Convención–, pero, eso sí, enmascarándola (porque saben que les basta para ello con acompañar sus actos de la más firme y encendida protesta verbal) bajo una intensa y bienintencionada preocupación por la suerte del destinatario, que conduce y fuerza a tales autoridades a protegerle de todo y de todos, incluida la determinación de protegerle de sí mismo, tan abusiva y carente de sentido como tradicional y persistente. Y digo tradicional en general, y no sólo de la práctica jurídica –que por supuesto también–, porque desgraciadamente se trata de una actitud constante en la moderna historia de la humanidad (en la historia antigua, no había lugar a ello, lo que todavía era mucho peor), según la cual los colectivos dominantes justifican la discriminación que ejercen sobre los demás alegando que lo hacen "por su bien", para evitar que se dañen a sí mismos, en la inevitable lucha por la vida, para la que no están preparados, aunque ellos crean que sí, inocentemente, pero que esas clases dominantes bien saben que no, que desgraciadamente aún no.

Ocurrió, por ejemplo, con los indígenas, con los siervos, con la mujer, primero en general y luego con la casada, y por supuesto y siempre con los idiotas, imbéciles, mentecatos y débiles mentales (denominaciones técnicas todas ellas, que, al menos en su momento, no evidenciaban falta de respeto alguna). Hoy día, menos los últimos, todos esos colectivos han logrado su emancipación social –al menos, teórica–, y hasta hubiera cabido esperar que, escarmentados por su pasado, se hubieran convertido en los principales testigos de cargo contra tan desaprensiva justificación. Y, sin embargo, lo cierto es que no ha sido así, y que ni siquiera las instituciones representativas de la discapacidad física han salido incondicionalmente al rescate de las que la tienen de tipo intelectual, de tal manera que sigue siendo bastante pacífico que estas personas "se merecen" ser privadas de sus derechos, porque se hace "por su bien", para evitar que se dañen a sí mismas.

En realidad, ahora como siempre, como ha ocurrido con todos esos colectivos sociales en su momento, el resultado es una vulneración de derechos que, en última instancia, ocurre por la sencilla razón de que quienes lo sufren no tienen los medios o la fuerza suficiente para defenderse por sí mismos, o, a veces, siquiera para comprender del todo que están siendo objeto de abuso, porque su discapacidad les dificulta ese conocimiento (y nadie les ayuda a entender mejor las cosas).

Precisamente en base a los respetados valores de nuestra moderna sociedad, a veces, se ha pretendido justificar la discriminación negativa por una especie de "socialización del daño". Se comienza por decir que, aunque en efecto puede haber algunas personas con discapacidad intelectual que sabrían ocuparse de sus asuntos económicos, su número es muy pequeño y casi irrelevante frente a la inmensa mayoría de las que de ningún modo serían capaces de ello. Una supuesta realidad a la que inmediatamente se anuda otra extraña exigencia, que en otros textos he llamado "democrática", y que circula con profusión entre los llamados

agentes sociales, incluyendo en ellos a los portavoces de las asociaciones creadas alrededor de la discapacidad, sobre todo cuando la asociación es representativa de personas con discapacidad intelectual, e incluyendo también a los "políticos" (quizá por esa connotación extrañamente "democrática" que digo). Se argumenta con energía que los medios con que actuar a favor de personas con discapacidad, incluso aunque los establezca una ley, sólo son aceptables, sólo deben aplicarse si son válidos, convenientes, útiles y ventajosos para todo el colectivo, para todas ellas y para todas las situaciones en que las mismas se puedan encontrar. A veces, se formula de un modo aún más radical, diciendo que no es aceptable para el jurista, por elitista, cualquier remedio que no lo sea realmente para la persona con discapacidad intelectual más "afectada", o sea, aquella cuya discapacidad sea más intensa. Es un planteamiento perverso y discriminatorio, porque no se le aplica a ningún otro grupo humano. Es además simplista y reductor, pues no busca el progreso para nadie, sino una disminución de horizontes para todos, la pérdida de escenarios de progreso, al que todas las personas con discapacidad intelectual puedan aspirar.

Es un argumento que además parte de un análisis sociológico equivocado, porque no es verdad que la mayoría de las personas con discapacidad intelectual tengan un retraso mental grave o muy grave, sino más bien lo contrario. Ello además de que ha sido precisamente el punto de vista opuesto, el designio de ofrecerle a todas el máximo nivel teórico de progreso, incluso a las que no conseguirán alcanzarlo, el que ha permitido a estas personas, en todos los demás ámbitos de su vida social, todos menos el jurídico-privado, aumentar espectacularmente su competencia social y humana; aunque siempre aceptando su derecho a su discapacidad, y por lo tanto a avanzar tanto como puedan, o mejor aún tanto como quieran, pues nadie está obligado a utilizar todas sus opciones.

Otra explicación al uso, igualmente sorprendente y descorazonadora (especialmente aplicable a la Convención, pero también a la Constitución española y –por derivación– a las leyes que declaran desarrollarla, como es el caso de la de protección patrimonial), es aquella que echa la "culpa" del incumplimiento de las previsiones del legislador al propio nivel superior que los juristas y esos citados "políticos", unánimemente, atribuyen a todos o a la mayoría de los derechos que esas ambiciosas normas reconocen; derechos a los que, para destacar su importancia, califican de "humanos". Porque lo cierto es que, entre los gobiernos y los agentes sociales, entre los juristas, los representantes de asociaciones especializadas y los estudiosos en general, ha prosperado la especie de que son derechos tan elevados que en realidad son también inaplicables. O de que únicamente se aplicarán en un futuro impreciso –pero no ahora– o en un mundo más feliz –que desgraciadamente no es éste–. No es así, claro, no es ése un análisis correcto de la Convención, y menos aún desde la perspectiva de un jurista, que no debe clasificar las normas en base a su excelencia moral, sino sencillamente cumplirlas, pero es sorprendente lo rápido y lo profundamente que cala este tipo tan negativo de discurso.

Pero, aislada, una posible oposición de los juristas profesionales a estas dos nuevas y trascendentes normas, Ley de protección patrimonial y Convención de derechos, no es –no me parece, ya digo– explicación suficiente de su fracaso; como tampoco lo es la desidia y la despreocupación de los gobernantes por la eficacia concreta que terminan teniendo o no teniendo sobre la realidad social las leyes que ellos elaboran y aprueban, ni el grave problema, tan enorme como silenciado, por indelicado, de los conflictos de intereses y las luchas de poder entre las distintas organizaciones representativas de la discapacidad, sean de tipo físico o intelectual, o, sobre todo, el conflicto entre los deseos y aspiraciones de las personas con discapacidad intelectual y los de sus familiares, principalmente sus padres, una contraposición que siempre se da (no en lo económico, en donde es casi inexistente, a pesar de que es el único aspecto que despierta el interés del derecho, sino en lo personal) pero que no ha evitado la ficción, pacífica por incontrovertida, pero irreal, de que esas personas con discapacidad intelectual están representadas en los debates y se cumple en ellas, como en todas, –sin cumplirse en absoluto– el publicitado y llamativo lema del mundo de la discapacidad: "*nada sobre nosotros sin nosotros*".

Todo ello no hubiera sido suficiente, ni por separado ni a la vez, para que los derechos jurídico-privados, esto es, los patrimoniales, los de origen contractual u obligacional, los intereses económicos en suma de las personas con discapacidad intelectual quedaran tan ignorados como en la práctica están. Ha hecho falta además que casi todo el mundo y desde luego casi todas las partes más directamente implicadas en el proceso, las antes mencionadas, piensen que las personas con discapacidad intelectual no tienen tales preocupaciones patrimoniales y económicas, que, entendidos como algo personal, esos asuntos no están en sus necesidades cotidianas, y que ellas no saben de dinero ni necesitan saber. Que privarlas del control directo de sus asuntos económicos, no sólo no es malo, sino que es una comodidad para ellas, y que lo único importante en este terreno es que sus bienes estén a buen recaudo. En España, probablemente, habrá coincidido e influido además un rancio prejuicio: que del dinero no se habla, que hacerlo no es elegante y menos aún necesario.

Siempre que a nadie sin discapacidad le toquen el suyo, claro.

Y, en cualquier caso, desde un punto jurídico, todos ellos serían planteamientos completamente inadmisibles. Que sus familiares teman por la suerte de sus bienes, o que la mayoría de padres renuncie –sin necesidad– a los derechos de normalización e integración plenas de sus hijos con discapacidad intelectual, puede ser –lo es– un abuso en el plano humano, pero en ningún caso autoriza al jurista profesional a entorpecer por ello a otros padres que se acojan a los derechos que les otorga una ley, ni por los motivos dichos ni por otro alguno. Publicada una ley, convertida en derecho positivo, pasan a un segundo plano las razones sociológicas que movieron al legislador a promulgarla –pues lógicamente el legislador también

tiene su opinión sobre la realidad social–, así como también las razones de los grupos sociales que apoyaron la iniciativa. Lo que queda es ya sólo la ley, y la ley es de cumplimiento obligatorio para todo empleado público.

Si las circunstancias de la sociedad cambian (y nada más difícil que valorar objetivamente tal cosa), nunca debería ser ello motivo para dejar de aplicar una ley ya aprobada, sino en todo caso para modificarla o acaso derogarla, pero eso es algo que sólo puede hacer el legislador. Mientras una ley esté en vigor, los parámetros estándar del llamado estado de derecho obligan a concluir que todo el mundo tiene derecho a servirse de ella. Cuántos lo hagan, no es relevante; por qué lo hagan, es asunto de cada cual. Todo aquel, incluso una sola familia, una sola persona que quisiera acogerse a los regímenes jurídicos que implantó la Ley de protección patrimonial debería encontrar un cauce jurídico válido para hacerlo; del mismo modo en que todo aquél que no deseara servirse de las posibilidades y novedades de la ley tampoco debería necesitar justificar ante nadie esa abstención suya o ese desuso voluntario.

Pero dejaré en este punto el análisis de las razones y de los motivos por los que se dejan de aplicar las herramientas jurídicas introducidas por la Ley de protección patrimonial o por los que se incumple la Convención, porque lo que ahora me interesa es encontrar, si la hay, una vía por la que pudiera lograrse una mejor eficacia de las mismas, para cuando se dé el caso de que alguien quiera acogerse a ellas. No en todos sus aspectos –no en este momento–, pero sí respecto del problema dicho de las familias en cuyo seno haya una persona con discapacidad intelectual, que quieren servirse de esas leyes para organizar los asuntos económicos de esta última, en vida de los padres, pero sobre todo después de que mueran.

> Y digo discapacidad intelectual porque, como ya he declarado, mis propuestas y mis análisis están pensados para personas en esa situación, pero con el convencimiento de que también son válidos para otras formas de discapacidad y para otros colectivos asimilables, según lo que antes señalé.

Lo que hago en definitiva es defender el acierto teórico de las novedades introducidas por la Ley de protección patrimonial y, a partir de ahí, propongo hallar un cauce sencillo que permita a esas familias servirse de ellas.

Propongo también, y esto es esencial a mi planteamiento, dejar que las familias organicen sus asuntos del modo en que ellas crean que mejor se acomoda a sus particulares circunstancias.

En ocasiones, se ha pretendido relativizar este enfoque y descalificarlo, al identificarlo con una cierta ideología, la liberal –como opuesta a estatal o estatalista–, ya sea operando en el plano social, ya –aún peor– en el plano político. Pero lo cierto es que no es ése su origen ni su fundamento; por el contrario, tal punto de vista es exactamente el de la Convención, que dice que: "*los familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contri-*

buir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones"; una Convención que se supone que no es tendenciosa o partidista, una norma que todos declaran aceptar, en todas y cada una de sus declaraciones, pues todas están enlazadas y responden a un mismo ideal; una aprobación y una alabanza de la Convención que es entonada por todos, pero quizá aún con mayor entusiasmo por quienes más se oponen a esas respuestas individuales que la Convención declara preferentes.

En todo caso, ese reconocimiento de un ámbito familiar de decisión, no puede ocultar que es imprescindible dejarlo estrictamente condicionado –y esto es algo que frecuentemente se olvida, pero es preciso insistir en que sea así– a que las soluciones familiares sean compatibles con la Convención.

Del mismo modo en que, por ejemplo, resulta del artículo 1328 del Código Civil que: "*será nula cualquier estipulación… limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge*" (aunque ellos dos quisieran romper esa igualdad, pues aun cuando aparentemente sean los únicos interesados, es claramente además un asunto de orden público), tampoco debe admitirse que los padres ni otros familiares ni siquiera las propias personas con discapacidad, pero tampoco una autoridad tutelar, judicial o administrativa, ni absolutamente nadie pueda establecer para ellas un modo de vida o un régimen de derechos contrario a la Convención. Así como los cónyuges no pueden dimitir de su igualdad, ni puede el hombre libre convertirse en esclavo, ni siquiera en uso y ejercicio de su libertad, y así como no puede nadie imponer ni imponerse obligaciones contrarias a las leyes y las buenas costumbres, tampoco se le debería aceptar en ningún caso a esas familias que, al aplicar las herramientas de la Ley de protección patrimonial, vulneraran los derechos de aquel de sus miembros que tiene discapacidad intelectual.

Ya que hemos tenido que esperar al año 2006 para poder leer en un texto legal que las personas con discapacidad, aunque sea una discapacidad intelectual, tienen derecho a no verse obligadas a llevar un modo de vida específico; que un juez tiene prohibido ordenar que se las esterilice (porque tiene discapacidad, o sea, porque ese juez se permite creer que tener hijos es intrínsecamente malo para una persona con discapacidad intelectual); que tienen derecho a no ser privadas del sufragio, ni tampoco de sus propiedades (sin que sea excusa válida que sea para dárselas a sus familiares, que saben cuidar mejor de sus bienes); un expolio que a veces recae nada menos que sobre el salario que la persona con discapacidad intelectual obtiene con su trabajo diario; cuando esas personas disponen por fin de una norma que establece que, en sus asuntos económicos, su voluntad y preferencias no pueden ser ignoradas, debería ser pacífico que no puede bastar para burlar todos esos logros que así lo decidan los familiares de esa persona (aunque sea un desafortunado hecho que todas esas cuestiones que acabo de mencionar –con la reciente y aislada excepción del sufragio– están reguladas por el derecho español vigente de modo contrario a la Convención).

Partiendo pues de la base de que el objetivo de las leyes es permitir a las familias que, contando con la voluntad de todos y también la de aquel de sus miembros que tiene discapacidad, organicen la vida jurídica de éste último, del modo más adecuado a las circunstancias personales, sociales y económicas en que se desenvuelve la familia, facilitándoles medios adecuados para ello y cuidando de que esa autorregulación respete los derechos del destinatario, derechos que quedarán bajo la salvaguarda de los servicios sociales públicos, y (¡ojalá!) de todos los distintos funcionarios implicados y de los tribunales de justicia, mi objetivo en este escrito es realmente de corto alcance, casi una mera cuestión de técnica jurídica. Pretendo simplemente ofrecer ejemplos concretos de cómo una autorregulación puede permitirles a las familias salirle al paso e intentar superar los muchos problemas que les deparará la práctica.

Y sin que por supuesto sea en absoluto aceptable otra actitud que a veces se sugiere cuando de los derechos de las personas con discapacidad intelectual se trata. Me refiero al consejo de esperar, de tener paciencia, en definitiva, de renunciar a las oportunidades de la ley, aunque sea sólo temporalmente, con la recomendación de tener en cuenta que la reforma de las sólidas y tradicionales instituciones civiles tienen "sus tiempos" y que su modificación requiere pausa y lenta consolidación. Y, por supuesto, se está pensando en una espera que se mide en años, y no pocos (de hecho, los ¡doce! transcurridos desde la Convención aún no les parece suficiente a quienes así aconsejan). Sea o no así la realidad, es una petición que, en la medida en que se transforme en única vía de acción, resulta discriminatoria, porque esa *vacatio* voluntaria no se impone a ningún otro colectivo, ni respecto de las normas del derecho civil ni de ningunas otras. Pero es que además es una estrategia inútil, porque no es cierto que se avance poco a poco (de la Ley de protección patrimonial han pasado quince años, y de la vigencia de la Convención, más de diez), sino que, por el contrario, se produce una completa parálisis, ya que lo que se asienta es la convicción de que el desuso de la reforma hace innecesario al profesional acometer el esfuerzo de adaptarse a ella, sabiendo que terminará disuelta en el olvido.

Lo que no tiene sentido hacer, habiendo otras opciones, es seguir esperando a que el Estado español se decida a cumplir su compromiso de adaptar su legislación interna a la Convención, aquella que la contradice.

> Un compromiso que por lo demás es innecesario, puesto que la Convención puede y debe aplicarse por sí sola, inmediatamente. Y además con preferencia a esa legislación interna anterior que se dice no adaptada, como ordenan las reglas generales sobre jerarquía normativa.

Máxime cuando, en este momento y al menos en España, a la vista de los escasos y dubitativos pasos que se han dado, casi parece preferible que nunca llegue a hacerse una adaptación legislativa. Las personas con discapacidad intelectual no tienen la menor garantía de que el desarrollo de la Convención que alguna vez haga el Estado español vaya en la dirección de establecer medidas de apoyo y salvaguar-

dia que acompañen el ejercicio por sí mismas de su plena capacidad de obrar. Peor y más grave aún, no tienen ninguna garantía de que su propia capacidad de obrar les sea reconocida, claramente y sin reservas.

Dejando a un lado cuestiones meramente terminológicas, no es seguro que se declare por la ley una prohibición tajante y absoluta de incapacitar a persona alguna porque tenga una discapacidad intelectual. Incluido, claro está, aunque resulte bochornoso tener que recordarlo, que tampoco podrá ser incapacitada por aquello que hace o que no hace a causa o por consecuencia de que tiene una discapacidad intelectual, como ocurre con el tan traído y llevado "autogobierno".

> A veces se tiene la sensación de que el estado y los juristas se comprometen a incapacitar únicamente a las personas con discapacidad intelectual que tengan discapacidad intelectual, y que no tienen inconveniente en devolver a sus casas, para que sigan con su vida, a aquellas que, durante el juicio, demuestren que en realidad no tienen discapacidad o la tienen en un grado tan mínimo que no merece ni el nombre.

Si tenemos en cuenta que el más alto tribunal del Estado español sigue diciendo que la incapacitación –sin más que pasar a llamarla modificación de la capacidad– es un derecho de la persona con discapacidad intelectual, porque es la única forma y en todo caso la mejor de protegerla.

Cuando una gran parte de los estudiosos y profesionales del mundo jurídico afirman convencidos que la Convención no ha traído ninguna novedad reseñable en este asunto, porque sólo obliga a lo que nunca se ha negado, a respetar la "personalidad", o sea, la titularidad de los derechos, pero que no obsta, sino que obliga, a que, cuando no haya "autogobierno", el "ejercicio" individual de esos derechos pueda y deba restringirse y hasta eliminarse del todo, para encomendarlo a otros; porque la "esencia" de la contratación –dicen– es una inteligencia plena y perfecta y esa perfección debe ser además individual, aislada y no asistida por nadie (sin que quepa hacer la vana distinción de la Convención de soslayar la "influencia indebida", porque toda influencia es inadecuada y convierte en dudosa la voluntad expresada).

Mientras los notarios siguen pidiendo quedarse "a solas" con la persona de capacidad dudosa, para que les demuestre, quizá superando un test de inteligencia, que puede autogobernarse sin ayuda de nadie, o sea, para que les demuestren que en realidad no tiene una discapacidad relevante y no necesita de apoyo alguno, porque de otro modo se la invitará amablemente a desistir del otorgamiento. Mientras la competencia suprema para decidir "lo que quieren decir" las leyes españolas la tenga el Tribunal Supremo, que ya ha demostrado sobradamente que no está dispuesto a aplicar verdaderamente la Convención, hasta que alguien le obligue a ello –y, como digo, no parece que ese alguien pueda ser el legislador–.

> Y digo verdaderamente porque lo que sí hace, siempre, es aplicarla "a su modo". En una relativamente reciente sentencia de nuestro más alto tribu-

nal, de 13 de junio de 2013, se dice que: "*los apoyos… a los que con reiteración se refiere la Convención, para, en palabras de la misma, proteger su personalidad… como precisa el artículo 12*". Siendo así que la Convención usa once veces el verbo proteger, tanto referido a la persona como a sus derechos, pero ni una sola se propone proteger "la personalidad", y además ninguna vez usa ese verbo en ese artículo 12. ¿A qué viene apelar al texto de la Convención, si luego no se va a respetar?

Mientras –por no dar más razones ni poner más ejemplos– una amplísima mayoría de juristas está convencida de que la capacidad de obrar ni se da ni se quita, sino que existe o no existe, y que en las personas con discapacidad intelectual sencillamente no existe, por lo que, para ellas, la única posibilidad real de contratar, se quiera o no, es que otra lo haga en su nombre.

En tal situación, que es la que sin duda predomina, nada tendría de sorprendente, sino todo lo contrario, que la decisión final del estado fuera la de perpetuar el actual régimen de incapacitación, de prohibición de actuar jurídicamente, de sustitución de su voluntad jurídica y de encomienda de los intereses económicos de la persona con discapacidad intelectual a terceros, padres o tutores; y todo ello precedido por supuesto de solemnes y emocionadas declaraciones de pleno respeto a la Convención, y todo cuidadosamente expresado con nombres políticamente correctos.

Que con eso nunca transigirán los citados actores sociales, aparentemente convencidos de que las nuevas y "vanguardistas" denominaciones, ellas solas, sin duda terminarán por barrer todos los defectos de un incómodo pasado, y de que en realidad ya lo están haciendo, sin necesidad de perturbadores cambios legales.

En este punto y de modo particular, creo que merece la pena denunciar una errónea y hasta peligrosa manera de aplicar la Convención, y que a veces se ha defendido como una solución de compromiso, afirmando incluso que es la única viable respecto de ciertas personas (o situaciones), y que otras veces, más tajantemente, se presenta como la única solución correcta; tan evidente, que se da por supuesto que será la elección final del legislador encargado de adaptar el derecho interno a la Convención. Me refiero a la idea de que el mecanismo de los apoyos que prevé la Convención puede o incluso *debe* ser la tutela o, más recientemente, la curatela.

La elección entre uno de esos dos verbos, poder y deber, depende de los autores y éstos a su vez lo suelen hacer depender de las circunstancias de la persona, o incluso con más frecuencia del tipo de discapacidad, pero incluyendo por supuesto la discapacidad intelectual en el segundo grupo, el del deber.

Más concretamente, se propone que el apoyo esté constituido, no por cualquier tutela o curatela, sino por la más actual y la más "moderna", la llamada de

autoridad, es decir la que es objeto de delación y supervisión judicial, la que en su momento desplazó a la "superada" tutela familiar.

Veamos. La Convención dedica a esta materia el artículo 12, una norma enormemente controvertida entre los juristas del llamado derecho privado. Comienza –en lo que aquí interesa– con la fundamental declaración de que: "*los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*", la Convención añade inmediatamente que esos mismos estados "*adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*". Es decir, se comienza con un pleno reconocimiento de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad (de todas, sin excluir ninguna, tampoco a las que la tienen de tipo intelectual, y además de la capacidad para ejercer los derechos y no sólo para ser su titular), pero se continúa inmediatamente (como un derecho más para aquellas) con el deber de los estados de proporcionarles "*acceso*" "*al apoyo que puedan necesitar*". Así que no dice que se les proporcionará apoyo, sino "*acceso*" al apoyo, y no dice –¡claro está!– que se les "impondrá" el apoyo, y menos aún que se les "permitirá" utilizar "únicamente" el apoyo que el estado decida, ni sólo el apoyo "designado" por las autoridades del estado, y muchísimo menos todavía que el uso de esos apoyos pueda transfigurarlo el estado, de manera que dejen de ser un derecho de las personas con discapacidad para convertirse en el requisito *sine qua non* o condición previa imprescindible para poder ejercer –y, si fuera la tutela, tampoco ellas, sino otras en su nombre– el derecho básico, que es el "*ejercicio de su capacidad jurídica*" "*en igualdad de condiciones con las demás personas*".

Pero, además de ese crucial extremo, esto es, que el apoyo es voluntario y no obligado, y que es un derecho y no una condición para poder ejercer otros derechos, es que, en cualquier caso, la tutela no es una forma de apoyo.

No puedo detenerme a examinar todas las consecuencias que se derivan de estos planteamientos, pero sí al menos señalar algunas importantes diferencias entre la tutela y el apoyo. Y permítaseme empezar por una analogía. Un fusil puede servirle de improvisada muleta a un soldado malherido, pero a condición de que se acepten dos cosas; primera, que no es tal (como la tutela no es un apoyo), sino que está pensado con otra finalidad que bien podría considerarse que es más bien la contraria; y segundo, que es una mala muleta, casi se podría decir que peor cuanto más específicamente pensado como fusil esté. De mismo modo, la tutela, no sólo no es un apoyo, sino que está pensada para lo contrario, por lo que, en el mejor de los casos, sería un malísimo apoyo. Cabe decir –y es cierto– que todo dependerá de qué persona la ejerza, cómo piense y cómo actúe, y que el tutor bien podría ser la persona ideal para prestar apoyo a la que tiene discapacidad, respetando su derecho a actuar por sí, conforme a sus preferencias, ayudándola a tomar sus decisiones, asesorándola e influenciándola, pero no hasta el punto de que las decisiones dejen de ser suyas.

Tanto es así, que la ley llama a la tutela precisamente a esa familia en la que la Convención ordena a los estados confiar, como mejores defensores de los derechos y modos de vida de la persona con discapacidad, y ¿qué duda cabe de que el tutor, como persona, podría proporcionar un buen apoyo?

Lo que ocurre es que lo hará precisamente en la medida en que menos se comporte como tutor y cuanto más se aparte de las previsiones de la ley para ese cargo. La tutela está pensada para todo lo contrario de lo que ordena la Convención; no sólo no para que se "*respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*", sino justamente para ignorarlos y sustituirlos. Se ha llegado a decir que el mayor inconveniente de la Ley de protección patrimonial es que lanzó el señuelo de que la incapacitación es innecesaria, sin tener en cuenta que con ello no se garantiza que la persona con discapacidad intelectual sea apartada de la contratación, porque no se destruirá –como debe hacerse, piensa ese sector– la presunción legal de que tiene capacidad. Lo cierto es que las personas con discapacidad intelectual nunca han conseguido que juegue a su favor tal presunción legal, ¡ojalá hubiera sido así!, pero no lo ha sido en absoluto. Como en tantas otras cosas, como les está ocurriendo en general con toda esta parte de la Convención, años y años después de su vigencia, en este ámbito del derecho privado, en el del derecho civil, lo cierto es que permanecen en un limbo legal; pero no un limbo neutro, sino en uno que ignora y vulnera sus derechos. En defecto de incapacitación judicial, se les aplica sin rubor una de hecho, que es mucho más efectiva, porque está al alcance de cualquier funcionario, sobre todo de los de mayor rango, y que además cursa sin trámite alguno, simplemente negándole *in voce* la posibilidad de actuar ante él.

Lo cual es coherente, si bien se mira, porque la única excusa que tiene el estado para incapacitar es que esa prohibición, ese apartamiento absoluto de la persona con discapacidad intelectual de su propia voluntad y sus preferencias, es algo bueno para ella, y lo que es bueno para una persona necesitada de protección se convierte, para el legislador y para las autoridades judiciales, en algo obligado. Es coherente, sí, pero ¡lástima que también sea contrario, rigurosamente contrario a la Convención! De modo que no es en absoluto aceptable que quiera alzarse con la pretensión de ser ¡nada menos! que el único modo correcto de cumplirla.

Desde otro punto de vista, y en una palmaria contradicción que ni siquiera perciben, confundiendo el concepto y la función del apoyo (que es un instrumento para facilitar el ejercicio propio de la capacidad de obrar), con la salvaguardia (que es el control aplicado a las "*medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica*" –por lo tanto, también pero no sólo, a los apoyos–), se ha dicho por gran parte de la doctrina jurídica que la salvaguardia que exige la Convención es precisamente –y no otra– la tutela de autoridad; otro modo de volver al mismo contrafuero. De manera que la bondad de la tutela, su capacidad de ser tanto el mejor apoyo imaginable como también su propia salvaguardia, no descansa sólo en las decisiones más o menos felices del tutor, que podría equivocarse y perjudicar a

la persona con discapacidad, sino en que éste no actuará sino por mandato y bajo vigilancia judicial. Y nadie puede negar ni por supuesto yo voy a hacerlo que la Convención sujeta la aplicación de las salvaguardias a "*exámenes periódicos,* por parte de una autoridad *o un órgano* judicial *competente*". *Ergo*… ¡la tutela judicial!

De nuevo, no me es posible discutir aquí como se merecen estos argumentos, y no tengo más remedio que remitirme al examen que he hecho de ellos en otros documentos. Pero aun así debería aceptarse que ese control, ese "examen" judicial que acompaña a la tutela no está pensado para proporcionar ni para asegurar que la persona con discapacidad intelectual tendrá acceso "*al apoyo que pueda necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*", y que no asegurará tampoco "*que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*", ni el cumplimiento de ninguno de los demás derechos que la Convención concede a la que tiene discapacidad intelectual. Por mucho que se trate (que se trata) de un examen hecho por "*una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial*", debería aceptarse que no es el examen en el que está pensando el artículo 12 de la Convención, que se destina, como estoy diciendo, por trascripción literal de sus preceptos, a otras finalidades.

En el fondo, todo parece indicar que se quisiera aplicar aquí un régimen similar al de la excepción singular, puntual, motivada y controlada de los derechos fundamentales, al modo, por poner un ejemplo, de la suspensión de derechos fundamentales prevista en el artículo 55 de la Constitución Española; que dice que tal suspensión no puede tener lugar sino (además de otros requisitos) con la "*necesaria intervención judicial*". Razonan en definitiva estos juristas *como si* la Convención hubiera dicho –que no lo dice en absoluto– que los derechos reconocidos en ella o –más concretamente y por lo que aquí interesa– que los reconocidos en su artículo 12: "podrán ser suspendidos o excepcionados por decisión o bajo supervisión de *una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial*". Porque lo que es evidente es que la incapacitación judicial, con su correlativa sumisión a tutela, prohíbe y quita toda validez al ejercicio propio de la capacidad jurídica.

Esa "lectura" de la Convención es pura fantasía, pues su artículo 12 dice lo contrario, y lo que encarga a esa "*autoridad judicial*" es que vele porque el ejercicio de la capacidad de obrar tenga lugar, que, a tal fin, se proporcione a la persona acceso al apoyo que necesite, y que vigile para que el apoyo y cualquier otra medida que facilite ese ejercicio opere bajo salvaguardas adecuadas; pero todo ello empezando lógicamente por lo primero, por asegurar que haya tal ejercicio. Del mismo modo que poco sentido hubiera tenido que se dijera que el derecho que las personas con discapacidad intelectual tienen a estudiar, en escuelas ordinarias y con profesores de apoyo, significa en realidad que debe prohibírseles el acceso a las aulas, y que ya estudiará por ellas el profesor de apoyo, así que bien pueden y *deben* quedarse mientras tanto en sus casas.

> Algo que afortunadamente no les ha pasado, ni en ése ni en ningún otro aspecto de su vida social, pero porque, en esos otros ámbitos ajenos al derecho privado, han tenido la suerte de no tropezar con ilustres juristas, celosos de velar por ellas.

Así, la tutela de autoridad no sólo no cumple el mandato del artículo 12 de la Convención, sino que asegura la vulneración del principal derecho que esa norma concede; pero, eso sí, esa autoridad judicial hace tal cosa sin renunciar en absoluto a su pretensión de estar aplicando la mejor y la única manera de cumplirla, porque al parecer nadie se resiste a la tentación de declararse fiel seguidor de la Convención. Toda una exasperante contradicción, contra la que la persona con discapacidad intelectual apenas tiene defensa.

Y se comprenderá que carece por completo de importancia la consideración de que también podría darse el caso de que algún juez, individualmente, decida aplicar de verdad la Convención, porque lo haría voluntariamente y no estando constreñido a ello por la ley; de modo que lo haría a su manera, y la persona con discapacidad perjudicada nada podría alegar en contrario. Y no se diga tampoco que se trata sólo de un caso de mal uso de la tutela, que podría y debería entenderse y llevarse de otra manera por los juzgados (y los tutores), porque todo este trabajo trata precisamente de la enorme dificultad que tienen las personas con discapacidad y sus familias –la que tendríamos todos, si estuviéramos en su caso– para superar los obstáculos que les genera la aplicación práctica del derecho; que, si ya son formidables cuando proceden de organismos menos poderosos, se comprenderá que son inabordables para una persona con discapacidad intelectual cuando se los crea nada menos que todo un sistema judicial, respaldado por el peso del estado.

Con todo, a pesar de ese escenario tan preñado de peligros para las personas con discapacidad intelectual, también hay que tener en cuenta que cualquier norma que el estado llegue a dictar finalmente no podrá vaciar de contenido a la Convención. Afortunadamente, ésta seguirá diciendo lo que dice, pues, por escandaloso que les resulte a muchos juristas, su texto es bastante claro; un texto que es y seguirá siendo derecho obligatorio (mientras el Estado español no la denuncie, y eso no lo hará nunca). De donde una ley de adaptación, por retrógrada que sea, no podrá pues derogar la Convención, aunque sí, complicar y mucho cualquier régimen privado de autorregulación.

> Dejo a un lado los diversos proyectos y tentativas, más o menos "oficiales", de adaptación de nuestro derecho civil a la Convención, aparecidos en los últimos años, posteriores a la fecha de confección de este estudio. Los propios cambios de rumbo que se perciben en esos diferentes textos obligan a esperar a que, al menos, alcancen la categoría de un proyecto de ley, para poder extraer conclusiones más o menos firmes. Sin pretender haber hecho por mi parte un examen riguroso de su contenido, baste decir que, incluso a la vista de los mismos y hasta del más reciente, un

> anteproyecto ministerial, de 21 de septiembre de 2018, me reafirmó en mis consideraciones anteriores. No sólo porque nada nos dice que el anteproyecto prosperará y terminará siendo derecho positivo –otros varios no lo han conseguido y en realidad también éste ha decaído ya–, sino porque únicamente en la exposición de motivos se contempla la posibilidad de un apoyo que pudiéramos llamar privado, libremente decidido su uso y libremente elegida la persona que lo presta; un escenario que, no sólo no desarrolla, sino que palmariamente niega del articulado de la propuesta, que únicamente contempla apoyos designados por la autoridad judicial y bajo su control, dejando al juez decidir cuándo será además un "apoyo" representativo, esto es, cuándo podrá utilizarse en sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad. Nada muy nuevo, pues.

De ahí, la buena oportunidad de ejercer, sin más espera, una potestad de autorregulación que está reconocida por una ley interna, la de protección patrimonial, y hacerlo mediante un concreto conjunto de medidas complementarias y habilitadoras de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad intelectual. Volviendo para dejarlo ya al símil de la muleta y el fusil, es verdad que, con tan escaso respaldo legal y tan poderosas fuerzas en contra, una regulación sólo privada, será poco más que una vasta horquilla, un palo rugoso y torcido, sin almohadilla superior que suavice el contacto en el punto de apoyo, ni contera inferior que la proteja y evite deslizamientos, pero una herramienta de la que al menos se sabrá que, incluso mal empleada, no servirá para pegarse un tiro en el pie.

Mi propuesta para conseguir todo esto está vehiculada en un muy concreto tipo de documento, el testamento de los padres de una persona con discapacidad intelectual, y está construida alrededor de la muy particular institución de la delegación entre cónyuges de la facultad de mejorar, esto es de la regulación que plasmó en el artículo 831 del Código Civil la repetida Ley de protección patrimonial. Y lo haré así, no sólo porque piense que la futura herencia es el asunto patrimonial que más preocupa a los padres (a veces exageradamente y perdiendo de vista problemas más importantes), sino porque, como se verá, ello me dará ocasión para abordar también otros muchos aspectos de su situación patrimonial, y de hacerlo de modo coherente y coordinado. Así, en mi propuesta, hay planteamientos propiamente hereditarios, como la citada facultad de mejorar (que junto con la partición diferida de la herencia es el núcleo de todo) y las sustituciones fideicomisarias a favor de persona con discapacidad; pero también otros no estrictamente sucesorios, como la autorregulación de la administración y disposición de los bienes del hijo con discapacidad, el contrato de alimentos a su favor, el mecanismo de los apoyos voluntarios que puede usar, el control de abusos y otras muchas cuestiones.

Aunque un sector de la doctrina jurídica le critica por ello, fue un gran acierto del legislador del 2003 incluir en una sola ley cuestiones aparentemente muy diversas, o al menos habitualmente enmarcadas en ramas del derecho muy diferentes. Y

es esa misma técnica la que pretendo seguir aquí, pues lo cierto es que a los interesados se les superponen todos sus problemas, sean o no de la misma categoría jurídica, y por lo tanto prefieren las soluciones globales.

Por eso, como digo, he procurado incluir en mi propuesta una pluralidad de regulaciones –aunque en todo caso y necesariamente seleccionadas por razón del particular supuesto de hecho, puesto que, de otro modo, resultarían incoherentes–, pero sabiendo que no están mutuamente condicionadas, de manera que perfectamente podría el testador decantarse por la utilización de la fiducia sucesoria, pero no por un mecanismo de autorregulación para la administración de los bienes que le deja a su hijo con discapacidad; así como hay en mi propuesta figuras, como el contrato de alimentos o el patrimonio protegido, que únicamente se mencionan como posibilidades al alcance de la libertad organizativa que se concede al cónyuge viudo, pero sin que éste tenga obligación de utilizarlas, y sin tampoco entrar en el detalle de su regulación.

A este respecto, también sería posible utilizar las ideas y las propuestas operativas concretas de la parte del modelo en que se plasma el citado mecanismo de autorregulación, pero no dentro de un testamento y ni siquiera para empezar a ser aplicadas después de la muerte de los padres, sino en vida de ellos, y respecto de bienes de los que ambos padres prefieran que su hijo con discapacidad entre en posesión y pleno control de manera inmediata, y sin esperar a su fallecimiento. Con todo y como se verá, se trata de una propuesta que es muy particular y apenas un ejemplo de entre una infinidad de otros planteamientos posibles. Paso a examinarla.