

de entrega inmediata), dado el problema probatorio en situaciones de separación de hecho. Si, conforme a la opinión de la profesora María Sara Rodríguez, tampoco es criterio de atribución judicial, entonces, menos se explica su utilidad. Si, cuando no hay acuerdo, decide el juez y éste no tiene que aplicar la preferencia materna, cabe preguntar. ¿de qué sirve esta preferencia? El problema está en que sí la aplica el juez, invocando su sana crítica y, por ello, muy escasamente, otorga al padre el cuidado personal<sup>4</sup>.

Finalmente, si bien reconoce valor a los acuerdos mediante los cuales los padres establecen una custodia compartida, se declara contraria a este sistema de organización del cuidado personal, relevando, en su desmedro, el papel que cumple el régimen de relación directa y regular en cuanto a la consecución de los lazos afectivos.

En efecto, que el régimen comunicacional es una forma de atribución del cuidado personal.

En suma, las páginas denotan un gran esfuerzo investigativo, un excelente manejo de las fuentes, aguda perspectiva crítica, proyección práctica en la resolución de casos y, sin duda, el valioso mérito de presentar impecable coherencia argumentativa.

<sup>4</sup> En el mismo caso Atala, que comenta la autora, se advierte que, en primera instancia, se aplica la regla de atribución materna como regla supletoria y no el interés superior del hijo (a diferencia de lo que, en definitiva, se invocó al resolver el asunto), lo que evidencia que el actual sistema de atribución legal y judicial da lugar a interpretaciones muy disímiles.

En efecto, sin perjuicio de no compartir algunas de las cuestiones que la autora afirma, la interpretación de las normas legales y de los criterios judiciales que se comentan, guarda armonía con las soluciones que la profesora propone frente a las disyuntivas presentadas. Se trata de una obra de obligada referencia y de enorme utilidad para abogados, jueces y operadores del Derecho.

FABIOLA LATHROP GÓMEZ

INMACULADA VIVAS TESÓN, *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, Madrid, Difusión Jurídica, 2010, pp. 219. ISBN. 978-84-92656-64-6

Nos encontramos con una monografía cuyo propósito consiste en estudiar la protección jurídico-privada de la discapacidad, realizándose una mirada tanto retrospectiva como prospectiva del tema con la pretensión, sin duda lograda, de dar información adecuada acerca de las distintas herramientas de tutela patrimonial que el Derecho Civil ofrece a fin de garantizar una mayor y mejor calidad de vida de las personas en situación de discapacidad.

Hasta el año 2003, las únicas medidas jurídicas protectoras de las personas con discapacidad, que contemplaba el legislador civil español eran, por un lado, la incapacitación

judicial acompañada del sometimiento a un régimen de guarda como único modo de proteger tanto su persona como su patrimonio, situación que no se ajustaba a la pluralidad de situaciones en que puede encontrarse una persona con discapacidad y, por otro, la posibilidad de impugnar la validez de los actos jurídicos realizados por estas personas, protección que no era preventiva, sino a posteriori.

Ante esta situación, y estimulado y apoyado por medidas adoptadas en el ámbito internacional, el legislador español ha dictado diversas normas dirigidas a favorecer y mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad, medidas jurídicas que debieran permitir brindar autonomía y bienestar económicos a estas personas. De entre estas disposiciones, destaca sobre todo la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del *Código Civil*, de la Ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria, que ha introducido, como manifiesta la autora, “significativas modificaciones en instituciones clásicas” y creado “*ex novo* instrumentos negociales de indudable calado jurídico”. Mucho antes de que los familiares de la persona con discapacidad se hagan la inevitable pregunta: “Y cuando nosotros faltemos, ¿qué será de él/ella?”, esta norma permite iniciar la planificación económica del futuro y así prever y planificar el bienestar económico de estas personas tan vulnerables, adoptando soluciones de protección

patrimonial que, más adelante, puedan, eficazmente, complementar los ingresos económicos que ellas mismas obtengan por su trabajo o por prestaciones públicas de diversa índole.

El análisis de la discapacidad y sus efectos jurídico-civiles es abordado por la autora desde un punto de vista personalista, dando cuenta de la recomendación, no sólo personal sino, también, legal, de eliminar del uso cotidiano muchos vocablos poco respetuosos y discriminatorios además, relativos a la calificación de las personas que sufren estas incapacidades, desterrando la propia ley términos como ‘minusvalía’.

La ley merece a la autora de esta obra una valoración positiva, pero pone de manifiesto, como crítica, la apresurada elaboración del texto normativo que, por un lado, introduce por primera vez el término ‘discapacidad’, que se coloca junto al único existente hasta el momento en el Derecho Civil español de ‘incapacitación judicial’; por otro, dispone la ‘aplicación preferente’ de la ley 41 sobre la regulación civil de los efectos de la incapacitación, declaración de discapacidad que termina siendo aplicable tanto a las personas incapacitadas judicialmente como a las que no lo están y, todavía más, deja en el más absoluto desconocimiento el lugar que puedan ocupar los derechos civiles autonómicos que hayan regulado o regulen sobre la materia.

En efecto, tras la ley 41, sin necesidad de procedimiento judicial de incapacitación, basta con el certificado administrativo de discapacidad para

acceder a ciertas medidas civiles, pero no cabe acceder a otras, tales como la tutela jurídica que prevé el Derecho Civil frente a actuaciones de terceros desaprensivos que capten la voluntad de la persona discapacitada, causándole perjuicios en el ámbito negocial o cometan actos sometidos al régimen de la responsabilidad civil, objetivos que sólo pueden ser alcanzados a través de la declaración judicial de incapacidad.

Por otra parte, la ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, realizada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (y su protocolo facultativo), que establece, entre otras cosas, un nuevo concepto de incapacidad, introduce nuevos elementos de interés que deben ser tenidos en cuenta, aconseja la obra, a la hora de interpretar la normativa española en la materia, quedando en entredicho su concreto alcance e impacto sobre el Derecho vigente.

A continuación, la autora aborda el análisis del primer fallo judicial español sobre la materia, esto es, la STS (Sala de lo Civil, sección 1<sup>a</sup>) de 29 de abril de 2009 en el que se plantea el problema de determinar si, como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención Internacional, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacidad como medida de protección de las personas incapaces.

Tras la parte introductoria, el capítulo II se refiere a los “efectos civiles de la discapacidad”. En él se explica

cómo el campo de la discapacidad se ha convertido en otra manifestación de la administrativización del Derecho Civil ya que, conforme a la ley 41, valoraciones técnico-administrativas vienen a producir importantes efectos civiles, prescindiendo de la intervención judicial, como sucede, por ejemplo, en la atribución automática de la condición de representante legal a un tercero designado en el documento público constitutivo del patrimonio protegido, como administrador del mismo.

El capítulo III, por su parte, trata de las “medidas relativas a la capacidad de obrar”, y recuerda que la incapacidad por medio de la autoridad judicial es el único medio que existe en España para reconocer y declarar la inexistencia o limitación de la capacidad de obrar de las personas que, en otro caso, se presume plena. La sentencia que declare la incapacidad determinará el sometimiento a uno u otro sistema de guarda.

Sin embargo, en el Derecho Comparado es posible encontrar, como explica muy bien la autora de la obra, otras figuras que, obedeciendo a una filosofía diferente de la que sustenta a la incapacidad ofrecen grandes ventajas por proteger a la persona frágil o vulnerable jurídicamente, “sin anularla ni restringir innecesariamente sus derechos más básicos, que resultan salvaguardados”. Es el caso del apoyo prestado por la figura italiana del *amministratore di sostegno*.

El capítulo IV aborda la explicación de los “instrumentos jurídico-privados de protección de las personas

con discapacidad”. Con razón, dice la autora, que estos recursos son aún muy desconocidos a pesar de que hace ya casi siete años que se ha dictado la ley. Entre ellos se incluyen: la autotutela, el mandato preventivo, la legitimación activa de una persona para instar su propia incapacitación judicial y la consagración legal del contrato de alimentos. Se rompe con el principio de intangibilidad de la legítima, al permitirse gravar el tercio de legítima estricta con una sustitución fideicomisaria a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente, introduciéndose, como novedad muy destacada, la figura jurídica del patrimonio protegido a favor de una persona con discapacidad, bien síquica, bien física o sensorial, con independencia de la concurrencia o no de las causas de incapacitación judicial del art. 200 del CC., de la que la autora expone, incluso, su favorable régimen fiscal.

La magnífica exposición realizada del análisis, desde diferentes vertientes de la protección jurídica actual de las personas con discapacidad, se presenta acompañada de anexos legislativo, jurisprudencial y bibliográfico de gran utilidad para el lector interesado en profundizar sobre el tema.

Entre las proposiciones *de lege ferenda* que realiza la autora se halla, sobre todo, la de equiparar la incapacitación judicial a través, acaso, de una misma denominación comprensiva de ambas situaciones, la cual podría ser la de “personas no autónomas”, “personas no autosuficientes” o “personas vulnerables” por

ser la actual distinción legal artificiosa defendiendo al mismo tiempo, en espera de esa equiparación, y, perdida ya una oportunidad en la ley 41 de clarificar y sistematizar de nuevo toda la protección jurídica de las personas más débiles, la aplicación del principio *favorabilia sunt amplianda*.

Para terminar, es preciso constatar que la aparición de un estudio de las características apuntadas no puede ser más que bienvenida, sobre todo viniendo de una persona tan experimentada como Inmaculada Vivas Tesón que, en otras ocasiones se había ya acercado al tema, tanto en monografías –*La protección económica de la discapacidad*, Barcelona, Bosch, 2009, 96 pp.– como en artículos en prestigiosas revistas nacionales e internacionales –“Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad”, en *Revista de Derecho*, vol. 22, N° 1, Valdivia, julio 2009, pp. 55-76; “Personas con discapacidad, barreras arquitectónicas y Propiedad Horizontal”, en *Revista Administración Rústica y Urbana*, N° 149, Madrid, julio de 2009, pp. 42-45; “La trascendencia civil del reconocimiento de la minusvalía”, en *Diario La Ley*, año XXX, N° 7292, sección doctrina, Madrid, 26 de noviembre de 2009, Ref. D-364, pp. 4-9; “La protección legal de la discapacidad: un nuevo presente y futuro”, sección opinión, en *Revista Digital Activa*, Seguridad Social, Madrid, febrero-marzo, 2010; “La autotutela en Derecho Comparado: un mecanismo de autoprotección en previsión de una futura incapacitación judicial”, en *Revista de Derecho*

*de Familia y de las Personas*, año 2, N° 2, Buenos Aires, marzo 2010, pp. 207-214; “La solemnidad formal del patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad”, en *RCDI*, N° 718, Madrid, marzo-abril, 2010, pp. 585-618-. Por último, es notable también el número de colaboraciones de interés en obras colectivas que, sobre el tema ha realizado como, por ejemplo, “Mujer y discapacidad”, en *Actas del 1er Congreso Universitario Andaluz “Investigación y género”, Investigación y género. Avances en las distintas áreas del conocimiento*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2009, pp. 1.469-1.487; “La constitución del patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad: una valoración crítica”, en M<sup>a</sup> Luisa Atienza Navarro, Raquel Evangelio Llorca, M<sup>a</sup> Dolores Mas Badía, M<sup>a</sup> Pilar Montes Rodríguez (coords.), *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín Hernández*, Valencia, Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2009, pp. 975-984; “Mecanismos de apoyo legal a la capacidad de obrar de la persona no autónoma: especial consideración a la figura italiana del *amministratore di sostegno*”, en Lasarte Álvarez y Gallego Domínguez (dirs.) *La protección de las personas*

*mayores: Apoyo familiar y prestaciones sociales*, volumen colectivo resultante del Congreso del mismo nombre celebrado en Córdoba los días 7 al 9 de octubre de 2009, Córdoba, Universidad de Córdoba-UNED e IDADFE, 2010; “Los efectos civiles del reconocimiento de la minusvalía tras la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, en Sofía de Salas Murillo (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2010, pp. 1.053-1.083.

A ese curriculum investigador sobre una materia tan delicada se une, ahora, la monografía *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, que sirve para mostrar con un ejemplo la consolidación de la autora en la comunidad científica sobre la base de un sólido y honesto trabajo intelectual en Derecho Privado, en general, y en Derecho de la Persona, en particular. Será imprescindible que en el futuro, los estudiosos del tema utilicen los análisis, fuentes y resultados de esta obra sobre un tema que, con seguridad, dará mucho que hablar en los próximos años.

ARÁNZAZU NOVALES ALQUÉZAR