

LA REFORMA DE LA DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL. SU INCIDENCIA EN LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA

María Paz GARCÍA RUBIO*

Resumen

El cambio de paradigma sobre la discapacidad que impone la Convención de las Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad ha implicado la necesidad de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico al nuevo modelo, adaptación que se está. Haciendo de modo progresivo desde hace más de diez años. Sin duda, el acomodo l art. 12 del texto convencional que proclama el derecho de estas personas al pleno reconocimiento de su capacidad jurídica en las mismas condiciones que los demás es el empeño más difícil. La autora de este paper trata de poner de relieve los puntos centrales del Proyecto de Ley destinado a ese acomodo y resalta alguna de las cuestiones que tienen relación directa con el proceso de envejecimiento de nuestra población.

Palabras clave

Personas con discapacidad, capacidad jurídica, apoyo, salvaguardas.

Abstract

The change of paradigm on disability imposed by the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities has implied the need to adapt our legal system to the new model. The changes have become progressively for more than ten years. Undoubtedly, the most difficult task is the adaptation of article 12 of the Convention, which proclaims the right of these people to full recognition of their legal capacity under the same conditions as others. The author of this paper tries to explain the central points of the Draft Bill aimed at this accommodation and highlights some of the issues that are directly related to the ageing process of our population.

Keywords

Persons with disabilities, legal capacity, support, safeguards.

* Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela. Vocal de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación.

Sumario. 1. Presentación. 2. Razón de ser de la nueva regulación. 3. Proceso de elaboración del texto legislativo. 4. Puntos principales de la reforma propuesta, con especial atención a las personas ancianas. 4.1. No se da una definición de discapacidad. 4.2. Prevalencia de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. 4.3. Principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad en el apoyo. 4.4. Restricción máxima de los supuestos de sustitución de la decisión de la persona con discapacidad. 5. Atención bifronte: los aspectos personales y patrimoniales de la actuación jurídica de las personas con discapacidad. 6. Las medidas de apoyo. 6.1. Medidas voluntarias. 6.2. Las medidas informales: la guarda de hecho. 6.3. Las medidas judiciales. 7. El nuevo sistema impide la prohibición de derechos. 8. Consideraciones finales.

1. PRESENTACIÓN

EN un encuentro sobre «El Derecho en las Sociedades Envejecidas» a las que dedican las XXV Jornadas del Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, resulta del todo oportuno realizar algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, publicado en el *BOCG* el 17 de julio de 2020 (en adelante, el Proyecto) y cuya discusión parlamentaria ha durado de modo paralelo a la celebración de las Jornadas y a la redacción de estas páginas.

Mi propósito al escribirlas es presentar las líneas maestras de la que pretende ser la nueva regulación de la capacidad jurídica en nuestro Derecho. Se trata de una reforma que, en realidad, supone una ruptura total con el modo de entender la incapacidad que veníamos manteniendo hasta ahora. Por el carácter básico del concepto y por su repercusión en todo el ordenamiento jurídico, muy particularmente en el Código civil y en otras leyes civiles complementarias, el alcance del citado Proyecto está, según mi parecer, a la altura de las modificaciones más importantes que nuestro sistema normativo ha experimentado desde la publicación de la Constitución en 1978.

Casi es baladí recordar, como justificación especialmente adaptada a esta ocasión, que las personas ancianas van a ser uno de los grupos más afectados por la nueva normativa, toda vez que, según es bien sabido, el transcurso de los años repercute de manera inexorable en las condiciones y aptitudes tanto físicas como mentales de los seres humanos, de tal suerte que, por ejemplo, las enfermedades neurodegenerativas que alteran la aptitud para entender y querer se incrementan de modo exponencial en las edades avanzadas. Asimismo, no está de más señalar que en nuestra sociedad las personas ancianas son un colectivo especialmente vulnerable, cuyas autonomía y libertad sufren constantes amenazas, peligros que un ordenamiento jurídico comprometido con la dignidad de las personas y el respeto a los derechos humanos de todos sus miembros está obligado a neutralizar (1).

(1) Más por extenso, sobre los desafíos que plantea el envejecimiento al Derecho privado, GARCÍA RUBIO, M.^a, P., «La múltiple invisibilidad para el Derecho de la mujer de edad avanzada», en *El reto del envejecimiento de la mujer. Propuestas jurídicas de futuro*, A. Cañizares Laso (dir.), L. López de la Cruz/P. Saborido Sánchez (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 487-508

2. RAZÓN DE SER DE LA NUEVA REGULACIÓN

El Proyecto obedece a la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico español a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CNUDPD), ratificada por España en Instrumento de 2 de noviembre de 2007.

En realidad, durante los últimos años ya se han dictado varias leyes dirigidas a coherente el Derecho interno español con las exigencias de la Convención (2). Sin embargo, no se había producido hasta ahora el necesario acomodo a lo que ha sido llamado «el corazón con el que late la Convención» (3) que no es otro que su artículo 12 (4). Su importancia medular queda acreditada al recordar que fue precisamente a este artículo al que el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad dedicó la Observación General Primera, en el año 2014 (5).

Bajo la rúbrica «Igual reconocimiento como persona ante la ley», el precepto citado se compone de cinco párrafos destinados, sin ningún género de duda, a revolucionar las reglas sobre la capacidad de la mayor parte de los ordenamientos jurí-

(2) Una completa relación, acompañada de un comentario a cada una de las leyes que cita puede verse en TORRES COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, BOE, 2021, pp. 145 ss.

(3) NILSSON, A., «Who gets to decide? Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities», *Issue Paper, Council of Europe*. Febrero 2012, p. 14.

(4) Artículo 12. «Igual reconocimiento como persona ante la ley:

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. 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.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.»

(5) Observación General sobre el artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. 11.º Periodo de Sesiones. 30 de marzo a 11 de abril de 2014.

dicos modernos, así como a cuestionar las ideas que sobre la misma nos habíamos hecho todos los juristas.

Para simplificar y con carácter preliminar, expondré las tres ideas fuerza que inspiran al mencionado precepto convencional (6), las cuales han sido además objeto de comentario y aclaración en la mencionada Observación General Primera.

En primer lugar, destaca como idea fundamental la del reconocimiento a las personas con discapacidad de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás y en todos los aspectos de la vida (art. 12.2). Precisaré, por si alguno siente la tentación de interpretar la citada declaración como una obviedad, que tanto en los trabajos preparatorios de la Convención (7), como en la propia Observación General Primera, queda en evidencia que la expresión *legal capacity* de la versión inglesa, traducida al español por «capacidad jurídica», ha de ser entendida en su doble dimensión de titularidad y ejercicio de los derechos y no únicamente en el primero de los sentidos citados. Ello quiere decir que la expresión incluye lo que en nuestra tradición jurídica se ha llamado efectivamente capacidad jurídica, pero también la denominada capacidad de obrar o «legitimación para actuar», en terminología de la Observación General Primera (8). Llamo la atención especialmente sobre esta segunda, toda vez que es la que normalmente los ordenamientos jurídicos han negado a las personas con discapacidad mental, psicosocial o cognitiva, que es la que muchas veces afecta, en una u otra medida, a las personas mayores. La capacidad jurídica en el sentido indicado ha de ser reconocida «en igualdad de condiciones que los demás», lo cual, como ha dicho también el Comité (9), vincula todos los derechos sustantivos reconocidos a las personas con discapacidad en la Convención con el principio de no discriminación.

En segundo lugar, el mencionado artículo 12 CNUDPD impone a los Estados Partes la obligación de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que precisen en el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 12.3). De nuevo recorro a la Observación General Primera del Comité, donde se dice que apoyo es un término amplio que engloba todo tipo de situaciones, aunque en ningún caso debe incluir la posibilidad de sustituir a la persona con discapacidad en la toma de sus propias decisiones. En páginas posteriores insistiré en esta cuestión, en la medida en la que puede tener un interés especial en relación con las personas ancianas.

(6) Con más detenimiento en GARCÍA RUBIO, M. P., «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, curso 2017/2018, pp. 143-191, espec. pp. 150 ss.

(7) Expuestos, con profusión de detalles, por TORRES COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica... cit.*, pp. 25 ss.

(8) GARCÍA RUBIO, M. P., «Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, M.^a C. Gete-Alonso y Calera (Coord.), Barcelona, Marcial Pons, 2020, pp. 39-61, espec. 45.

(9) En este caso en la Observación General Quinta de 26 de abril de 2018, sobre *Igualdad y no discriminación*.

En tercer y último lugar, el artículo 12.4 CNUDPD reconoce la obligación de los Estados de asegurar «medidas de salvaguardia» que sean adecuadas y efectivas y estén basadas en la voluntad de la persona y no en su mejor interés. Me interesa mucho subrayar que en el citado artículo 12.4 las salvaguardias se proyectan, precisamente, sobre los mecanismos de apoyo, con el fin de que de estos no se deriven abusos e influencias indebidas (10). Tales medidas han de ser proporcionadas y adaptadas a las circunstancias de la persona, aplicadas durante el plazo más corto posible y sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad.

Además, esas medidas han de estar, según recoge la reiterada Observación General Primera, «Destinadas a asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; cuando no sea posible determinar esa voluntad y esas preferencias después de haber hecho un esfuerzo considerable, el modelo del interés superior o del mejor interés de la persona con discapacidad debe ser sustituido por el de la mejor interpretación posible de su voluntad y sus preferencias».

Destaco esta última idea porque, reconociendo el mérito que corresponde a nuestro Tribunal Supremo por el esfuerzo interpretativo realizado por su Sala Primera a partir de una conocida sentencia de 29 de abril 2009, de la que fue Ponente Encarna Roca Trías (11), con el fin de acomodar en lo posible nuestras reglas vigentes al texto de la Convención, creo que el significado de este párrafo del artículo 12 CNUDPD relativo a las salvaguardias no ha terminado de calar entre nuestros magistrados o, al menos, no lo han acogido en el sentido que se deriva de la interpretación «auténtica» del Comité. Precisamente por ello no puedo estar de acuerdo con el Tribunal Supremo cuando de manera reiterada desde hace algunos años (12) afirma que «el interés superior del discapaz (...) es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad». Por más que esta consideración se repita en muchas resoluciones, lo cierto es que el artículo 12.4 no hace alusión alguna al criterio del mejor interés o interés superior de la persona con discapacidad, sino más bien todo lo contrario. Por si hubiera dudas, el Comité niega tajantemente que este criterio pueda ser utilizado como medida de salvaguardia, tal y como ha quedado en evidencia. Vuelvo a recordar que las salvaguardias adecuadas y efectivas lo han de ser, sobre todo, para prevenir los abusos en ejercicio del apoyo (13).

(10) No se trata, por tanto, de utilizar las salvaguardias para establecer medidas más fuertes que las derivadas de los apoyos, a fin de impedir los abusos de terceros, como en ocasiones se parece dar a entender, sino de que las personas encargadas del apoyo no abusen de su posición, entre otras cosas, para suplir la voluntad de la persona con discapacidad o ejercer sobre ella presión o influencia indebida, como bien pone de relieve CUENCA GÓMEZ, P., «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española», *REDUR* 10, diciembre 2012, pp. 61-94, espec. p. 76.

(11) Roj: STS 2362/2009 - ECLI: ES: TS: 2009:2362

(12) Cfr. STS 17 de septiembre de 2019 (Roj: STS 2820/2019 - ECLI: ES: TS:2019:2820), citando las precedentes de 635/2015, 19 de noviembre 2015 y 403/2018, de 27 de junio.

(13) LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del*

Aunque en su día no faltaron quienes estimaron que la regulación de la capacidad jurídica contenida en nuestro Derecho civil interno, estatal y autonómico, era conforme con la Convención ya en el momento de la adhesión a esta del Estado español (14), poco a poco y muy especialmente tras las explicaciones vertidas por el Comité en 2014 en la citada Observación General Primera, fue calando el criterio de que era necesaria una reforma profunda de todo el sistema (15), al entender que por muchos esfuerzos interpretativos que se quisieran hacer, ni la dualidad capacidad jurídica/capacidad de obrar tal y como venía siendo entendida y consagrada en la ley que descartaba en buena medida esta segunda para muchas personas adultas únicamente por razón de su discapacidad mental o psicosocial, ni tampoco el más evasivo y reciente concepto de «modificación judicial de la capacidad», eran conformes con el artículo 12 CNUDPD (16). Sencillamente porque las personas con discapacidad no pueden verse privadas de la capacidad de obrar, ya que tienen derecho a ver reconocida su capacidad *tout court* en las mismas condiciones que las demás; por añadidura, su capacidad jurídica ni se puede modificar ni limitar, porque la capacidad es un atributo que deriva de la dignidad humana y corresponde a toda persona por el hecho de serlo (17).

3. PROCESO DE ELABORACIÓN DEL TEXTO LEGISLATIVO

Convencido de la necesidad de una reforma legislativa sobre la materia, el Ministerio de Justicia encargó a la Comisión General de Codificación en 2015 una propuesta legislativa dirigida a modificar el Código civil y las leyes civiles perti-

patrimonio, Madrid, Dykinson, 2020, p. 28.

(14) Por ejemplo, ROVIRA SUEIRO, M. E., «La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: su impacto en el ordenamiento jurídico español», en *Instrumentos de Protección de la Discapacidad a la luz de la Convención de las Naciones Unidas*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2016, pp. 15-62, espec. p. 61.

(15) Si bien todavía la reciente STS de 3 diciembre 2020 (Roj: STS 4050/2020 - ECLI: ES: TS:2020:4050) sigue afirmando que «El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el procedimiento de modificación de la capacidad y la constitución de la tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención». Para una exposición clara de por qué el sistema todavía vigente en nuestro sistema no cumple con los parámetros de la Convención, CUENCA GÓMEZ, P., «El sistema de apoyo en la toma de decisiones...», *loc. cit.*, pp. 63 ss.

(16) Tampoco lo es el de «limitación de la capacidad», aunque sea parcial, que sigue usando el Tribunal Supremo, *ad. ex* en STS de 19 de febrero de 2020 (Roj: STS 494/2020 - ECLI: ES: RS:2020:494).

(17) De modo que, como se destaca en la letra h) del Preámbulo de la CNUDPD, «(...) la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes al ser humano».

nentes para adaptar el Derecho civil estatal al artículo 12 de la CNUDPD. Tras un dilatado periodo de trabajo de las Secciones Primera (Civil) y Quinta (Procesal) de la citada Comisión General de Codificación en el que se consultaron de modo directo a distintos colectivos relacionados con las personas con discapacidad, en marzo de 2018 se remitió un Borrador de Anteproyecto al Ministerio de Justicia. Un mes después se inició una consulta pública sobre el texto, otorgando un plazo para la presentación de aportaciones, lo que permitió a colegios profesionales, juristas de distintas procedencias, fundaciones tutelares y, particularmente, asociaciones de defensa de los derechos de personas con discapacidad, emitir opiniones y propuestas de mejora sobre el texto elaborado por el órgano técnico. Se cumplía así con el mandato de la propia Convención que en su artículo 4.3 ordena a los Estados Partes que en la elaboración y aplicación de la legislación y políticas para hacerla efectiva celebren consultas estrechas y permitan la colaboración activa de las personas con discapacidad a través de las organizaciones que las representan. Al igual que ha sucedido a lo largo de todo su periplo posterior, el texto remitido por la Comisión General de Codificación fue objeto de todo tipo de valoraciones, muchas de ellas contradictorias entre sí, pues mientras para unos era excesivamente conservador y apenas cambiaba el sistema vigente en nuestro Derecho interno, para otros resultaba desmesuradamente rupturista y llegaba demasiado lejos en el reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad (18). Conviene advertir que en un principio se pensó en incluir en el mencionado texto la cuestión de los internamientos involuntarios, pero finalmente se descartó tanto este asunto como otros en los que estaban directamente concernidos derechos fundamentales de las personas con discapacidad, al estimar que eran cuestiones que debían ser objeto de una ley *ad hoc* que habría de tener el carácter de orgánica. De hecho, en un primer momento la Sección Quinta de la Comisión elaboró un borrador paralelo sobre los internamientos no voluntarios, que finalmente no ha sido incluido en la reforma, lo cual no ha de impedirnos reconocer que el de los internamientos no voluntarios de las personas con discapacidad, singularmente cuando se trata de personas de edad avanzada, es un tema de la máxima importancia sobre el que España ha sido reprendida por el propio Comité de seguimiento de la CNUDPD, el cual ha considerado que la regulación vigente contenida básicamente en el artículo 763 LEC debería ser derogada por su oposición al citado texto internacional (19).

Tras la fase de consulta pública, el trabajo de Comisión de Codificación fue presentado como Anteproyecto de Ley por el Gobierno del Estado en otoño de 2018. Por tratarse de un texto que pretende la adaptación del Derecho español a un Convenio internacional fue objeto del Dictamen del Consejo de Estado en enero de 2019, organismo que se pronunció sobre su contenido en términos francamente favorables. Los avatares políticos de los últimos años en nuestro país hicieron que su presentación como Proyecto de Ley se demorase todavía un tiempo, siendo finalmente publicado en el BOCG del 17 de julio de 2020 con la rúbrica de «Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica».

(18) Un resumen ordenado de las distintas posturas en TORRES COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12*, *op. cit.*, pp. 210 ss.

(19) TORRES COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12...*, *op. cit.*, pp. 424 ss.

No es este el lugar oportuno para glosar el contenido íntegro del citado y extenso texto prelegislativo, ni siquiera de hacerlo respecto de la parte sustantiva en cuya elaboración he tenido la satisfacción de participar de modo directo y sobre la cual he realizado ya varias publicaciones. Me limitaré en esta ocasión a subrayar que el Proyecto pretende cambiar radicalmente el sistema vigente en materia de capacidad jurídica y el modo de comprender y regular la situación jurídica de las personas con discapacidad. Trataré de mostrarlo señalando algunas de las principales ideas que lo inspiran, haciendo especial mención, como es de rigor, a aquellos aspectos que pueden afectar de modo particular a las personas ancianas, sobre todo cuando estas tienen una discapacidad de índole cognitiva, expresiva o psicosocial.

4. PUNTOS PRINCIPALES DE LA REFORMA PROPUESTA, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LAS PERSONAS ANCIANAS

Como acabo de indicar, expondré a continuación alguno de los puntos centrales o ideas inspiradoras del Proyecto. Me limitaré a su parte sustantiva, dejando de lado los aspectos procesales o registrales, aunque quiero dejar constancia del notable interés que ambos poseen. Los epígrafes que siguen compendian los puntos e ideas antedichos.

4.1 NO SE DA UNA DEFINICIÓN DE DISCAPACIDAD

A pesar de que algunos autores lo han reclamado de modo insistente, el Proyecto ha optado por no dar una definición de la discapacidad. Mi criterio es que esta opción omisiva resulta coherente con el modelo de discapacidad adoptado por la Convención, para la cual la discapacidad no es un *príus* que pueda ser definido de modo autónomo, sino una consecuencia de la interacción de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de una persona las cuales, al interactuar con diversas barreras derivadas de la vida de relación, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad. Se acoge así el llamado modelo social de la discapacidad que se opone al modelo médico hasta ahora prevalente en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos modernos y que, a día de hoy, sigue caracterizando también al nuestro. En este sentido es oportuno recordar aquí la necesidad de modificar cuanto antes el artículo 49 CE, pues tanto en su terminología como en su contenido está impregnado del modelo que la Convención de Nueva York quiere desterrar. Baste recordar que conforme a la citada regla de la Ley Fundamental «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos». Si bien a finales de 2018 se llegó a presentar un Anteproyecto de reforma del citado artículo, lo cierto es que a día de hoy sigue sin estar culminado. Es evidente que su carácter constitucional convierte esta modificación en una exigencia irrenunciable si el objetivo es la plena adap-

tación del ordenamiento jurídico español a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (20).

Pero, volviendo al contenido del Proyecto que ahora nos ocupa, considero también que la falta de una definición de la discapacidad que delimite *a priori* los destinatarios del texto da a la nueva normativa una gran versatilidad, al permitir su aplicación a cualquier tipo de característica física, psíquica o sensorial que, en su interacción con la sociedad, impida a la persona una actuación jurídica en plenas condiciones de igualdad con los demás. Sin embargo, a nadie se le escapa que, tratándose del Código civil y de otras normas relativas a las relaciones jurídicas entre sujetos privados, la reforma se dirige especialmente a las personas cuya discapacidad les impide, o les dificulta la toma de sus propias decisiones y la comprensión de su trascendencia cuando esas decisiones tienen efectos jurídicos. Puesto que se trata de regular la actuación jurídica de la persona, es lógico que la mayoría de las disposiciones del texto proyectado estén dirigidas a solventar situaciones y relaciones en las que la discapacidad afecta la integridad de la conciencia y la voluntad de la persona en la toma de sus decisiones, sean estas tanto de índole personal (contraer matrimonio, tener hijos o dónde vivir, entre otros ejemplos), como patrimonial (contratar, hacer testamento, etc.). Parece una obviedad señalar que en una sociedad envejecida como la nuestra muchas de estas personas son ancianos que tienen sus facultades cognitivas y volitivas comprometidas, lo que no obsta, como vengo reiterando, para que vean reconocido en un Convenio internacional su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de las personas.

Por consiguiente, en ningún caso de esa eventual discapacidad de entender o de querer se puede derivar una situación de incapacidad o de capacidad limitada de quienes tienen mermadas sus facultades mentales como consecuencia de su proceso de envejecimiento. Tampoco es posible equiparar a estas personas con los menores de edad, cuya situación es completamente distinta a la de los mayores, por tratarse aquellos de personas en proceso de desarrollo biológico y mental. Muy al contrario, de lo que se trata es de diseñar un régimen jurídico autónomo que tenga como eje a la persona con discapacidad, a la que se ha de reconocer plena capacidad para tomar sus propias decisiones, asegurando que cuando para hacerlo necesite de medidas de apoyo, las tendrá efectivamente a su disposición.

4.2 PREVALENCIA DE LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

Otra de las ideas que ha sido objeto de debate en la literatura especializada es la absoluta preferencia que muestra el Proyecto por la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, hasta el punto de desplazar totalmente cualquier mención al mejor interés o interés superior de esas personas. Esta opción se produce en absoluta consonancia con lo exigido por el Comité en la tantas veces citada

(20) CUENCA GÓMEZ, P., «El sistema de apoyo en la toma de decisiones...», *loc. cit.*, p. 77, aboga también por la modificación del artículo 14 CE a fin de introducir la referencia explícita a la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad.

Observación General Primera. Se trata, ni más ni menos, de respetar la dignidad de la persona, de la que deriva su poder de autodeterminación (21).

Como manifestaciones relevantes de la primacía que el Proyecto otorga a la voluntad de la persona con discapacidad menciono especialmente dos asuntos que en páginas posteriores desarrollaré con cierto pormenor: por un lado, la prioridad de las medidas de apoyo voluntarias sobre las reconocidas por la ley o las establecidas por la autoridad judicial; por otro, la necesidad de que quienes prestan apoyo (voluntario, informal o judicial) respeten la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Tengo que señalar, no obstante, que a día de hoy el Proyecto no contempla la posibilidad de que la persona con discapacidad rechace el apoyo que se le ofrece, lo que a mi juicio vendría a ser la expresión última de la prevalencia absoluta de su voluntad sobre cualquier otra consideración (22). En este sentido, apelo a que este derecho a rechazar el apoyo se reconoce varias veces en la Observación General Primera del Comité; primero, de modo implícito cuando afirma que «Algunas personas con discapacidad solo buscan que se les reconozca su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás con arreglo al artículo 12, párrafo 2, y pueden no desear ejercer su derecho a recibir apoyo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 3» (23); segundo, de modo directo, cuando se dice que «La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento» (24).

Al hilo del necesario respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, y por la actualidad que el tema presenta en el momento de redactar estas líneas, me permitirán los lectores que haga un pequeño *excursus* sobre la situación que está planteando la vacunación frente al virus de la COVID-19 de personas ancianas internadas en centros geriátricos o de otro tipo, muchas de ellas con dificultades cognitivas y en algunos casos, aunque no en todos, judicialmente incapacitadas o, si se prefiere, con su capacidad judicialmente modificada, pues ambas expresiones

(21) En palabras CUENCA GÓMEZ, P., «El sistema de apoyo en la toma de decisiones...», *loc. cit.*, p. 72, «... la autonomía, esto es, la idea de que cada uno puede elegir libremente sus metas y dar los pasos más adecuados para conseguirlas, ostenta un carácter central en todo el texto de la Convención. La autonomía y la libertad para tomar las propias decisiones, intrínsecamente vinculadas a la proclamación de la dignidad inherente de las personas con discapacidad, aparecen mencionadas como principios generales en el artículo 3 de la CDPD e inspiran la regulación de la capacidad jurídica contenida en el artículo 12. Estos principios requieren, en un sentido negativo, el respeto de la libre elección de planes vida que no puede verse restringida por razón de discapacidad. Y, en un sentido positivo, reclaman que en aquellas situaciones en las que las diferencias que, en efecto, algunas personas puedan tener en sus capacidades cognitivas puedan generar dificultades en la toma de decisiones se adopten las medidas o instrumentos pertinentes para eliminarlas o paliarlas, entre los que, de nuevo, las medidas de apoyo adquieren un papel de primer orden. El objetivo, por ende, es promover y maximizar la autonomía de las personas con discapacidad y no negarla, entorpecerla o impedirla, esgrimiendo como fundamento incuestionable el principio de protección. Así, el artículo 12 impone un nuevo balance entre el principio de protección y el principio de autonomía».

(22) GARCÍA RUBIO, M. P., «Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto...», *loc. cit.*, p. 52.

(23) Núm. 17 de la Observación General Primera.

(24) Núm. 25, letra g, de la Observación General Primera.

son, como ya indiqué, igualmente incorrectas (25). Fijo la atención en esta cuestión porque pone claramente de relieve la contraposición entre las decisiones tomadas con base en la voluntad de la persona con discapacidad y las adoptadas según lo se viene considerando su mejor interés objetivo, criterio descartado por la CNUDPD, pero que sigue impregnando la idiosincrasia de nuestros tribunales. Me referiré únicamente a los tres primeros casos de los he tenido noticia, no sin dejar constancia que en las semanas siguientes a la redacción de estas líneas se ha ido sucediendo este tipo de resoluciones con respuestas pasmosamente unánimes.

El Auto de 9 de enero de 2021, del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Santiago de Compostela, se plantea si se debe o no proceder a la vacunación de una mujer internada en un centro para mayores de esa ciudad. Conviene tener en cuenta que se trataba de una interna quien, aunque tenía sus facultades cognitivas muy mermadas, no se hallaba judicialmente incapacitada. La autoridad judicial entra a conocer porque la hija, encargada de otorgar el consentimiento informado por representación de conformidad con la normativa sanitaria estatal y autonómica vigente, se había negado a ello, siendo la motivación fundamental su temor a los posibles efectos secundarios de la vacuna cuyo desconocimiento le lleva a creer que es más sensato esperar un tiempo antes de proceder a inyectársela a su madre. El juez que dicta la resolución termina ordenando la vacunación basándose en la citada normativa sanitaria (26), realizando una interpretación de esta que se fundamenta, exclusivamente, en que lo que entiende como más acorde con la procura del mayor beneficio para la salud de la anciana y con los intereses concernientes a su estado de salud, que al no ser suficientemente considerados por la hija le permiten revertir la decisión de esta última. Admite el juez que, como regla general, un acto médico precisa de la aquiescencia del paciente, pero exceptúa, entre otros, el supuesto en el que este sufra un trastorno psíquico, sin dar mayores razones que la cita del artículo 762 LEC en materia de medidas cautelares en los procesos de capacidad de las personas.

Aunque no había en el caso ninguna decisión judicial previa de incapacitación o modificación judicial de la capacidad, el juez reitera de distintas formas que la interna no estaba en condiciones psíquicas de tomar una decisión voluntaria y afirma tajantemente que la decisión que toma se basa exclusivamente en el mayor beneficio para la vida y la salud del paciente; añade también que la medida de proceder a la vacunación de la paciente únicamente podría descartarse en el caso de que la afectada recuperase su capacidad o ulteriores exámenes médicos desaconsejasen la administración de la vacuna. En ningún momento apela a razones de salud pública o de riesgo para terceros que, más bien al contrario, descarta expresamente como criterios de decisión; tampoco se observa en el razonamiento esfuerzo alguno por averiguar la voluntad, deseos y preferencias de la anciana, incluso acudiendo a su trayectoria vital, como hubiera podido haber hecho comprobando, por ejemplo, si con anterioridad la anciana se había puesto o no voluntariamente otras. Según mi parecer, esto es lo que se hubiera debido hacer interpretando la legisla-

(25) Con más profundidad, sobre el asunto, el excelente comentario de TORRES COSTAS, M. E., «La vacunación contra el COVID-19 de personas mayores residentes en centros de mayores: ¿derecho o imposición? El consentimiento informado por representación. Primeras resoluciones judiciales», *Diario La Ley*, 11 de febrero de 2021.

(26) Ley 41/2002 de 14 de noviembre, estatal y Ley 3/2001, de 28 de mayo, gallega.

ción vigente a la luz tanto del reiterado artículo 12 CNUDDP, como también del artículo 25 relativo al derecho a la salud.

Sin embargo, la autoridad judicial opta por otros razonamientos que, a mi parecer, no se compadecen con la Convención de Nueva York, ni en sus principios inspiradores ni en los dos preceptos citados. Entiendo que la argumentación judicial no respeta el primero en la medida en que, como el propio juez reconoce, la estrategia de vacunación relativa a la enfermedad epidémica «se ha establecido como voluntaria, sin que exista cobertura legal a la imposición de la vacunación»; con este presupuesto me parece que si la vacunación es voluntaria para la ciudadanía en general, como se dice en el Auto, también ha de serlo para la ciudadana que nos ocupa, por más que la averiguación de su voluntad no sea tan obvia en este concreto supuesto como lo puede ser en otros. Cambiar en el caso el fundamento de la decisión basándose exclusivamente en la discapacidad de la anciana, sustituyendo el criterio de su voluntad por el de su interés objetivo o beneficio para su salud viola directamente el artículo 12 CNUDDP, precepto que, vuelvo a insistir en ello, impone el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en las mismas condiciones que los demás. Sobremanera, también se opone al artículo 25 CNUDDP, relativo al derecho a la salud de las personas con discapacidad, que en su letra d) obliga a prestar a las personas con discapacidad atención sanitaria de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, consideración que en el Auto está totalmente ausente, como también lo estuvieron, por cierto, en los argumentos expuestos por la hija para justificar su negativa a dar el consentimiento por representación.

A mi juicio, más allá de la controversia sobre la efectividad de la vacuna o la incertidumbre sobre sus posibles efectos perversos, el único motivo que podría conducir a una resolución que impusiera la vacunación prescindiendo o contrariando el criterio de la persona afectada es, precisamente, el que la resolución judicial descarta: que razones de salud pública hicieran aconsejable que todos los internos recibieran la vacuna. Esto sucedería si la vacuna fuera obligatoria para todos los ciudadanos, pero también si se considera que determinados colectivos, como pueden ser los internos de una residencia de ancianos, son personas cuya especial vulnerabilidad al contagio y los especiales riesgos para su salud y su vida, aconsejan, en todo caso, la vacunación, incluso contra su voluntad. Si se estima que tal imposición no puede hacerse sin menoscabo de los derechos más fundamentales de los ancianos internados en centros geriátricos o similares, la decisión debe ser la no vacunación de quienes no la acepten de modo voluntario, sea porque efectivamente puedan expresar dicha voluntad y así lo hagan, sea porque se ha hecho el esfuerzo preciso para averiguar esa voluntad cuando su expresión ya no es posible y el resultado ha sido igualmente contrario a recibir la vacuna.

En fin, si la persona con discapacidad que ha de ser vacunada está en condiciones de dar su consentimiento por sí sola, este ha de ser el único criterio relevante; si para formarse una opinión y declararla, la persona en cuestión precisa de apoyos o adaptaciones tanto en el proceso de información médica como en el de expresión de su voluntad, deberán proporcionarse unos y otros, tal y como se expresa en el artículo 9.7 de la Ley 41/2002, añadidos por la Disposición Final Segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, precepto donde también se dice que el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario, algo que ignora completamente al Auto comentado.

El supuesto de hecho referido es prácticamente idéntico al resuelto por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Sevilla (Familia), de 15 de enero de 2021, en el que la interna en la residencia era también una mujer de edad avanzada que no tenía su capacidad judicialmente modificada, aunque se aprecia que sí tenía mermadas sus facultades cognitivas. Su hija, guardadora de hecho de la anciana, se había negado a que su madre recibiera la vacuna de la COVID-19, alegando que no le parecía del todo segura y que prefería esperar antes de vacunar a su madre. La decisión judicial es la misma que en el caso anterior, como similar es tanto la argumentación como la indicación de los preceptos de la Ley 41/2002 en los que se apoya. La consideración principal realizada por la autoridad judicial es que proceder a la vacunación es la opción más acorde con el beneficio o interés de la interna y la que mejor asegura su derecho a la salud. Sin embargo, a diferencia del caso anterior, en esta decisión sí se alude a que la mujer había sido vacunada en ocasiones anteriores, en concreto de la gripe, aunque no se mencionan los criterios por los que se decidió esa vacunación, ni qué consentimientos se recabaron entonces, si el de la hija en sustitución de su madre o el de la propia interesada. También, a diferencia del supuesto anterior, en este no se hace mención alguna al interés general en extender la inmunidad entre la población, empezando por la más vulnerable, ni se profundiza en que la recepción de la vacuna es, como regla, voluntaria. Eso sí, al igual que en el caso precedente, se prescinde de toda mención a la Convención de Nueva York, pues ni se alude los principios que inspiran esta ni se mencionan los citados artículos 12 y 25. Por idénticas razones a las antes expresadas, creo que tampoco en esta ocasión la argumentación que conduce a la decisión judicial de imponer la vacunación de la interna es la adecuada.

Muy parecido a los dos anteriores es el caso solventado en el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Alicante de 25 de enero de 2021. También en esta ocasión se trataba de una persona con probable incompetencia para tomar sus propias decisiones, internada en un centro, aparentemente de modo involuntario. También en esta ocasión los parientes más cercanos del interno se niegan a dar el consentimiento por representación para que sea vacunado de la COVID-19. Como en los casos anteriores se alude a la normativa sectorial sanitaria en materia de consentimiento informado e igualmente se destaca el criterio de la mejor conveniencia para la salud de la persona afectada como guía de decisión; además, se apunta la remisión del vigente artículo 216 CC en materia de funciones tutelares al artículo 158 CC sobre la actuación judicial en situaciones en las que esté en juego el interés del menor. Al igual que en los dos casos precedentes, ni una palabra del cambio de paradigma sobre la discapacidad que representa la Convención de Nueva York, ni sobre la necesidad de interpretar las normas internas de conformidad con el texto convencional del que España forma parte desde 2008. Y eso que en este caso sí aparece, al menos en la declaración de uno de los familiares una nota distintiva, cual es la de que el interno siempre se había declarado antivacunas, circunstancia que, cuando menos, debería haber hecho reflexionar a la autoridad judicial sobre la posible voluntad del interno cuya participación en el proceso de toma de decisiones sobre su salud es, sobremanera, exigida por la ley vigente; lejos de hacerlo, la voluntad del paciente simplemente se descarta como resultado de un reconocimiento vía vídeollamada por wassapp.

En definitiva, con independencia del mayor o menor acierto de las decisiones finales y sin que podamos entrar aquí a considerar la idoneidad de la estrategia de

vacunación adoptada para luchar contra la pandemia de la Covid, estrategia basada en la voluntariedad de la vacuna y no en su imposición, lo cierto es que, en mi opinión, las argumentaciones de los tres Autos mencionados no solo suponen una violación flagrante de los artículos 5, 12 y 25 de la CNUDPD y, en general, de todos sus principios inspiradores, sino que incluso violan la normativa vigente que obliga a contar con la participación del paciente en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario, algo que en ninguno de los tres casos mencionados tuvo lugar (27).

4.3 PRINCIPIOS DE NECESIDAD, PROPORCIONALIDAD Y SUBSIDIARIEDAD EN EL APOYO

Siguiendo el dictado del artículo 12.3 CNUDPD, el Proyecto trata de poner a disposición de las personas con discapacidad el apoyo que puedan precisar en el ejercicio de su capacidad jurídica. De nuevo luce la fidelidad a las indicaciones de la Observación General Primera del Comité cuando recuerda que «Los Estados no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que puedan necesitar para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos» (28), incluyendo medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales (29) o métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbal para expresar su voluntad. En definitiva, el concepto de apoyo es sumamente amplio y no sería adecuado que el legislador español lo limitara a un conjunto de medidas tasadas.

Aunque esta convicción subyace en el Proyecto, este opta por incluir una serie de figuras típicas, denominadas precisamente «medidas de apoyo», que aparecen

(27) Como dice TORRES COSTAS, M. E., «La vacunación contra el Covid...», *loc. cit.*, en el entorno de la nota 64, se evidencia en los tres casos una nula o muy escasa participación de los respectivos pacientes en el proceso relativo a su vacunación. En este sentido, no consta que se hubiera respetado su derecho a la información en formatos accesibles y comprensibles, ya que nada se menciona al respecto ni tampoco se facilitan datos acerca de la verdadera capacidad de comprensión y de voluntad de cada uno de ellos. Entenderemos que esta se encontraba limitada hasta tal punto que ni siquiera empleando los formatos más sofisticados, los residentes serían capaces de comprender la información facilitada al respecto.

(28) Señala asimismo que, aunque en el artículo 12.3 CNUDPD no se especifica cómo debe ser el apoyo, lo cierto es que es un término amplio que puede englobar arreglos oficiales y officiosos, de distintos tipos e intensidades. Incluso se aventura el Comité a poner algún ejemplo, indicando que las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica para determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como la ayuda mutua, la promoción (incluido el apoyo a la autopromoción) o la asistencia para comunicarse.

(29) Por ejemplo, medidas que exijan a entidades privadas y públicas que ofrezcan información comprensible a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales.

enumeradas y descritas en el futuro artículo 250 CC, lo cual no ha de ser interpretado como excluyente de la posibilidad de cualquier otro mecanismo de apoyo en el sentido amplio descrito por el Comité.

Por otra parte, en el texto proyectado se dice que todas las medidas de apoyo en él contempladas han de estar presididas por la tutela de la dignidad de la persona con discapacidad y de sus derechos fundamentales, el respeto de su voluntad, deseos y preferencias y los principios de necesidad y proporcionalidad, en la convicción de que la discapacidad es enormemente diversa y cada persona con discapacidad exige sus propias respuestas. A los dos principios citados se debe añadir el principio de subsidiariedad (30).

Con carácter específico y como ejemplos de lo antedicho, el artículo 268 CC, tal y como se recoge en el Proyecto, establece que «Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias...». Por su parte, el previsto como artículo 282 CC, al enumerar las obligaciones del curador, dispone que «procurará» por un lado, «que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones» y por otro, «fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro» (31).

Con todas estas reglas se trata de asegurar que el apoyo sea el mínimo indispensable, con el fin de que, en lo posible, la persona con discapacidad actúe por sí misma en la toma de las decisiones que le afecten, sean estas de índole personal (dónde y con quién vivir o si ha de ser internada o no en un centro especializado (32), por ejemplo), o sean de naturaleza patrimonial (adquirir o enajenar bienes, acceder a préstamos bancarios, o decidir el destino de su patrimonio para después de su muerte, entre otros muchos actos).

Por consiguiente, y aplicado a las situaciones que ahora más nos importan, los hijos u otros miembros del entorno familiar o social de una persona anciana, tenga esta o no mermadas sus facultades mentales, pueden servir de apoyo en la toma de decisiones de sus progenitores, familiares o amigos, pero no pueden decidir por ella en ninguno de los aspectos señalados. Por reiterativo que parez-

(30) Cfr. el texto del proyectado artículo 249 CC.

(31) Todo ello en consonancia con la Observación General Primera (núm. 20).

(32) Observación General Primera núm. 42. «La segregación de las personas con discapacidad en instituciones sigue siendo un problema generalizado e insidioso que viola varios de los derechos garantizados en virtud de la Convención. El problema se ve agravado por la negación generalizada de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad, que permite que sean otros quienes otorguen su consentimiento para internarlos en entornos institucionales. Con frecuencia también se confiere a los directores de las instituciones la capacidad jurídica de las personas que residen en ellas. Esto deja todo el poder y el control sobre la persona en manos de la institución. A fin de cumplir lo dispuesto en la Convención y respetar los derechos humanos de las personas con discapacidad, se debe proceder a la desinstitucionalización y todas las personas con discapacidad deben recobrar la capacidad jurídica y poder elegir dónde y con quién vivir (art. 19). La elección que haga la persona de dónde y con quién vivir no debe afectar a su derecho a acceder al apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica».

ca, no es superfluo recalcar que no la convalida el hecho de que esa eventual decisión de los familiares o amigos se haga en beneficio o por el mejor interés de la persona de edad avanzada, pues tal criterio es irrelevante a efectos de la nueva regulación.

Abundando en otro aspecto, del mentado principio de subsidiariedad deriva que se han de dar prioridad a los mecanismos de apoyo más flexibles y menos intrusivos para la persona con discapacidad, idea en la que más adelante insistiré. Además, este principio impone la eliminación, si fuera posible, de los apoyos de índole sustitutiva, cuestión a la que, por su importancia, dedicaré el siguiente apartado.

Finalmente, de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad deriva también la necesidad de privilegiar el carácter transitorio de las medidas de apoyo, que han de estar sujetas a revisiones periódicas, tal y como exige el artículo 12.4 CNUDPD.

4.4 RESTRICCIÓN MÁXIMA DE LOS SUPUESTOS DE SUSTITUCIÓN DE LA DECISIÓN DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

Prácticamente en todos los actos del Comité se recalca que el sistema establecido en la CNUDPD impide la toma de decisiones por sustitución. Se refiere a ello de modo repetido la tan citada Observación General Primera, donde se recuerda a los Estados Partes que deben proceder a «examinar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona» (núm. 22) (33).

En atención a esta exigencia emanada del contenido y propósito del artículo 12.3 CNUDPD, en el Proyecto de Ley se limita al máximo la posibilidad de que quien presta el apoyo pueda actuar como representante de la persona con discapacidad. En principio, en coherencia con la primacía de la autonomía de la persona que necesita el apoyo, del conjunto del texto se deriva que el apoyo voluntario será tal como la persona lo desee, sustitutivo o no sustitutivo, si bien siempre ha de que-

(33) A decir verdad, son varios pasajes de la citada Observación se pide la eliminación *tout court* de los mecanismos sustitutivos; así, en el núm. 3: «Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de discapacidad basado en derechos humanos implica pasar del paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones a uno basado en el apoyo para tomarlas». En el núm. 7, en relación con los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones como la legislación sobre la salud mental, la tutela y la custodia que permiten el tratamiento obligatorio, afirmando de modo tajante que «Esas prácticas deben ser abolidas». En el núm. 24 se menciona la obligación de los Estados de reemplazar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por otros basados en el apoyo a la adopción de decisiones, lo cual exige, se añade, «suprimir los primeros y elaborar distintas alternativas para los segundos». Finalmente, en el núm. 46 se dice «Reconocer a las personas con discapacidad como personas ante la ley, con personalidad jurídica y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones con las demás. Ello exige suprimir los regímenes y mecanismos basados en la sustitución en la adopción de decisiones que niegan la capacidad jurídica con el propósito o el efecto de discriminar a las personas con discapacidad».

dar margen para el cambio de voluntad de quien diseñó su propio apoyo (34). Por otro lado, el apoyo informal o no formalizado no es, en principio, de naturaleza representativa, aunque es cierto que en el texto propuesto se contempla la posibilidad de que en ciertos casos y para actos concretos pueda llegar a serlo (35). Finalmente, en los apoyos formales de naturaleza judicial (curador y defensor judicial) la representación será también la excepción y no la regla, y todavía más excepcional será –algo así como la excepción dentro de la excepción– una representación plena o general (36).

Así pues, y sintetizando lo que acabo de decir, en las medidas de apoyo diseñadas en el Proyecto la actuación representativa por parte del encargado de suministrar el apoyo es excepcional y, además, de existir lo será para actos concretos, de modo que la representación general es todavía más excepcional hasta el punto de que puede ser considerada como la *última ratio* del sistema.

Esto se desprende de la disposición informadora que se corresponde con el proyectado artículo 249 CC, al que ya se ha hecho referencia; después de consagrar la primacía de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, el párrafo tercero de este artículo señala: «En casos excepcionales, cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las instituciones de apoyo podrán asumir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación».

Del texto ahora reproducido se derivan dos consecuencias: la primera, ya advertida, es que la representación por parte del encargado de proveer el apoyo de la persona con discapacidad se configura como la excepción a la regla y no al revés; la segunda, que incluso en esta situación representativa no hay, en pureza, sustitución de la voluntad del representado por parte del representante, pues este último no puede actuar según su propio criterio, por más que este se inspire en el beneficio de su representado. Muy al contrario, se trata más bien de que el titular del apoyo se comporte como un asistente-transmisor de la voluntad de la persona con discapacidad; cuando esta voluntad no pueda ser concretada de otro modo –v. gr. porque la persona se halla en coma–, el que presta el apoyo deberá reconstruirla tomando en cuenta la trayectoria vital, las creencias y valores de la persona con discapacidad, así como los factores que hipotéticamente esta habría ponderado (las llamadas *sedimented life preferences*) para adoptar la decisión de que se trate.

Ha de entenderse, en consecuencia, que en estas hipótesis el titular del apoyo no será nunca un representante que sustituye la voluntad de su representado por la suya propia, aunque tampoco cabe calificarlo como un mero *nuntius* que se limita

(34) GARCÍA RUBIO, M. P., «Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto...», *loc. cit.*, p. 53.

(35) Cf. artículo 263 CC proyectado.

(36) GARCÍA RUBIO, M. P., «Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto...», *loc. cit.*, p. 53; LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica...*, *op. cit.*, p. 55.

a comunicar una declaración de voluntad de otra persona que ha sido creada o formada en su integridad por esta última. Según mi parecer, en las situaciones que estamos describiendo parece producirse una hipótesis intermedia (37) en la que el titular del apoyo actúa como enlace o nexo de unión entre la persona con discapacidad y el destinatario de la declaración de voluntad, pero lo hace participando de modo activo no solo en la interpretación de dicha declaración, sino incluso en su formación, en la medida en que tiene que realizar una auténtica labor de integración de la voluntad de la persona con discapacidad a la que representa. De esta suerte, en los casos de actuación representativa que estamos describiendo se puede afirmar que la declaración de voluntad es una creación conjunta de la persona con discapacidad y de la que le presta apoyo, (38) teniendo muy presente que al realizar su labor este último se ha de guiar por los criterios previstos en la norma que, como bien sabemos, se refiere a la voluntad, deseos y preferencias de la persona representada y no a su mejor interés (39).

Con todo, se intuye que puede haber casos límite o casos difíciles en los que parece inevitable que el apoyo sea sustitutivo, porque la persona con discapacidad ni puede formar su voluntad ni puede expresarla y, por añadidura, carece de trayectoria vital que pueda ser interpretada, por ejemplo, porque ha manifestado desde su nacimiento esas deficiencias cognitivas y expresivas, con lo que parece imposible tomar en cuenta su historia de vida en modo alguno. Sin duda, se tratará de casos extremos que no se corresponden con los protagonizados por la mayor parte de las personas con discapacidad, lo que quiere decir que no puedan existir (40). Admito que en estos casos tan excepcionales la representación heterónoma o sustitutiva de la voluntad del representado se me ofrece como la única solución viable para que estas personas no resulten totalmente expulsadas del ámbito jurídico, por más que he de reconocer que ni siquiera en este tipo de hipótesis admite el Comité la actuación por sustitución (41). En todo caso, situaciones de esta naturaleza tan extrema son ajenas a las personas de edad avanzada que nos atañen especialmente en este trabajo, pues ellas tienen, más que en ninguna otra franja de edad, una trayectoria vital a la que recurrir para conocer su hipotética voluntad.

En síntesis, la idea que ha de derivarse del Proyecto es que la única posibilidad de sustituir para un determinado negocio jurídico la voluntad de un anciano que, por ejemplo, padezca una grave demencia que le prive de conciencia y voluntad, es que el propio interesado, ejerciendo su poder de autodeterminación, haya autorizado en un momento anterior que otro le sustituya en una determinada actuación

(37) Utilizando la expresión de Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, Madrid, Civitas, 1979, Reimp. 1992, pp. 54-55.

(38) Díez-PICAZO, L., *La representación...*, *op. cit.*, p. 55.

(39) Por lo que no puedo estar de acuerdo con LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica...*, *op. cit.*, p. 57 cuando afirma que el curador con facultades representativas no difiere mucho de la figura del tutor actualmente prevista.

(40) Lo admite también, CUENCA GÓMEZ, P., «El sistema de apoyo a la toma de decisiones...», *loc. cit.*, p. 74.

(41) Como muy bien señala LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica...op. cit.*, p. 38, la cuestión de cómo resolver la situación de las personas afectadas por discapacidad intelectual severa es una constante que cuestiona de manera silenciosa la previsión del artículo 12.2 de la Convención.

jurídica a través de una medida de naturaleza voluntaria en la que se prevea específicamente esa situación, así como la transferencia de la capacidad de decisión a la persona que le presta apoyo.

5. ATENCIÓN BIFRONTE: LOS ASPECTOS PERSONALES Y PATRIMONIALES DE LA ACTUACIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Uno de los objetivos que creo más interesantes en el nuevo diseño realizado por el Proyecto de Ley es el de superar un modelo de capacidad jurídica como el todavía en vigor en nuestro Derecho, excesivamente centrado en los aspectos patrimoniales y en la seguridad jurídica en el mercado. La privación o, en su caso, la limitación de la capacidad de obrar según el sistema vigente se hace, sobre todo, pensando en la capacidad de contratar de la persona en cuestión y en la repercusión que su falta puede tener para la otra parte contratante y, en definitiva, para el tráfico jurídico patrimonial (42). Esta perspectiva parte de una visión del Derecho civil como un conjunto de instrumentos técnicos, prácticamente neutrales desde el punto de vista valorativo, que vienen funcionando desde hace siglos con las pertinentes adaptaciones y donde la persona se percibe, sobre todo, como un centro de imputación de intereses básicamente patrimoniales.

No me cabe duda de que tal planteamiento resulta totalmente periclitado, una vez que las reglas y principios constitucionales, especialmente los relativos a los derechos fundamentales de las personas, así como los instrumentos supranacionales que consagran los derechos humanos, no solo se sitúan en la cúspide del ordenamiento jurídico, sino que también informan sus elementos y han de ser respetados y promovidos por el conjunto del sistema. Evidentemente, ello compete también al Derecho civil que, hoy más que nunca, debe ser contemplado como el Derecho de la persona, entendiendo a esta no como un mero centro de imputación de derechos subjetivos, sino como portadora de la dignidad que le es inherente, dignidad cuya influencia en su vida de relación afecta no solo a sus aspectos patrimoniales, sino también y sobre todo a sus aspectos más personales. En consecuencia, el Derecho civil debe ser contemplado con carácter prioritario como el instrumento de promoción y garantía de los derechos humanos en las relaciones *inter privados*.

Muestra de la preocupación bifronte que subyace en el Proyecto de Ley es el párrafo inicial del destinado a ser artículo 249 CC, donde expresamente se establece que las medidas de apoyo tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de la personalidad de las personas que las precisen y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Por lo demás, muchos artículos del texto prelegislativo dejan expresa la doble preocupación personal y patrimonial, como el artículo 263 CC en materia de guarda de hecho o el artículo 287 CC que de todos los actos tipificados en los que el curador con funciones de representación precisa de autorización judicial coloca en primer lugar los que impliquen «Realizar actos de transcendencia

(42) En tal sentido, CUENCA GÓMEZ, P., «El sistema de apoyo en la toma de decisiones...», *loc. cit.*, p. 69.

personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma...». Además, son muchas las normas relativas al Derecho de la persona o de la Familia que experimentan importantes modificaciones destinadas a asegurar su ejercicio por parte de la persona con discapacidad, utilizando en su caso los apoyos que precise; tal es el caso, entre otros, de las declaraciones de voluntad en relación con la nacionalidad o con el reconocimiento de un hijo, entre otros.

En lógica coherencia con lo afirmado en los párrafos que anteceden, creo que las reglas situadas fuera del Código civil relativas al derecho a la salud en su sentido más amplio, o a los derechos reproductivos, o a la investigación biomédica, entre otros, que no se han incluido en este Proyecto de Ley y que se sitúan en el centro mismo de las relaciones jurídicas de naturaleza personal, deberán ser también objeto de modificación inmediata a fin de adaptarlas al nuevo modelo de capacidad jurídica. La disertación realizada en páginas anteriores sobre la decisión de vacunación del COVID-19 a las personas con discapacidad pone en evidencia no solo la necesidad, sino también la urgencia de estas reformas que a día de hoy siguen pendientes.

6. LAS MEDIDAS DE APOYO

Según hemos visto en líneas anteriores, los apoyos tipificados en el Proyecto se denominan en el nuevo artículo 250 CC «medidas de apoyo». Se ha apuntado también que estas medidas no excluyen otros instrumentos de apoyo que, de cualquier forma y con distintos niveles de intensidad, asistan de algún modo a las personas con discapacidad, facilitando con ello el ejercicio de su capacidad jurídica.

Las medidas previstas por el Código civil que se pretende reformar se clasifican en tres grupos: las voluntarias, las informales y las judiciales.

6.1 MEDIDAS VOLUNTARIAS

Huelga decir que las medidas voluntarias son las que tienen su origen en la decisión autónoma de la persona que las ordena. Se trata de mecanismos de apoyo que pueden ahorrar costes al sistema, al evitar que se ponga en marcha el mecanismo institucional necesario para el nombramiento de un curador, caso de que tampoco exista apoyo fáctico suficiente; pero, sobre todo, con este tipo de medidas se protege al máximo la libre determinación de los ciudadanos adultos, lo cual, como vengo diciendo, es uno de los postulados básicos de la nueva comprensión de la discapacidad (43).

A su vez, según las previsiones del texto prelegislativo las medidas de apoyo voluntarias pueden ser de dos tipos (i) de presente o (ii) preventivas o de futuro.

(43) GARCÍA RUBIO, M. P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. V, núm. 3 (julio-septiembre 2018), pp. 29-60, espec. p. 35.

(i) Las primeras incumben a situaciones actuales de discapacidad que se producen aquí y ahora y que son afrontadas directamente por su protagonista, quien desea establecer, desde ya, un mecanismo de asistencia para determinados actos. Formalmente pueden configurarse bien como «acuerdos de apoyo», cuando tienen naturaleza bilateral porque responden a un pacto entre la persona con discapacidad y la que le presta apoyo, o bien como «negocios unilaterales de apoyo», cuando responden únicamente a la voluntad de la primera dirigida a la segunda, que acepta la encomienda.

Debo dejar constancia de la crítica que merece el Proyecto en este punto ya que, a pesar de partir del carácter preferente de las medidas voluntarias, lo cierto es que apenas se refiere a estas que he llamado de presente (44). La lectura de las Enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios en el proceso legislativo permite atisbar que se ha detectado este punto débil del texto presentado al Congreso de los Diputados, así como la necesidad de reforzarlo perfilando de manera más clara las figuras de apoyo voluntario destinadas a atender a necesidades coetáneas o inmediatas a su constitución.

Lo anterior no impide considerar que, con independencia de estos negocios de apoyo en sentido estricto o nominal, existen en nuestro ordenamiento civil varias figuras jurídicas con las que también se puede dar cauce a la necesidad presente que pueda sentir una persona cuando comienza a entever, por ejemplo, que por razón del deterioro que le produce su avanzada edad necesita ayuda, asistencia o apoyo para tomar determinadas decisiones o para formarse una idea cabal del asunto al que tiene que hacer frente (45).

Entre estas figuras destaco el contrato de alimentos regulado en los artículos 1791 a 1797 CC, redactados por la Ley 41/2003 (46) cuya Exposición de Motivos reconoce su interés especial para las personas ancianas (47). Aunque no corres-

(44) En realidad, el proyectado artículo 253 CC, que contiene la norma general sobre las medidas voluntarias, no parece contemplar la posibilidad de medidas voluntarias de presente, pues conforme a la citada disposición «Cualquier persona mayor de dieciséis años, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo. Podrá igualmente otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador. Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias. Los documentos públicos referidos serán comunicados de oficio y sin dilación al Registro Civil por el Notario autorizante, para su constancia en el registro individual del otorgante». Como señalo en el texto, es de prever que la omisión se subsane en el Parlamento en el curso del procedimiento legislativo.

(45) Algunas de estas figuras ya las cito en GARCÍA RUBIO, M. P., «La múltiple invisibilidad para el Derecho de la mujer en edad avanzada», en *El reto del envejecimiento de la mujer. Propuestas jurídicas de futuro*, Cañizares Laso, A. (Dir.), López de la Cruz, L./Saborido Sánchez, P. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 487-508, espec. pp. 501-502.

(46) 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 con esta finalidad.

(47) «La regulación de este contrato, frecuentemente celebrado en la práctica y examinado

ponde detenerse aquí en un contrato sobre el que ya existen excelentes monografías en las que se destaca, precisamente, el aspecto asistencial de la figura (48), sí debo subrayar que según este tipo contractual el alimentante debe al alimentista «asistencia de todo tipo» (49); sin ninguna duda, en la citada expresión cabe incluir no solo la labor de cuidado personal, sino toda la asistencia necesaria para ayudar a que este último conforme su voluntad negocial o comprenda el alcance de su decisión respecto a un asunto que le concierna.

(ii) Por su parte, las medidas voluntarias de naturaleza preventiva o *ex ante* son objeto de mayor atención en el Proyecto, señaladamente, en su modalidad de poderes o mandatos preventivos (50). Con carácter general, se trata de medidas adoptadas por su autor *ex ante*, es decir, en previsión de una futura necesidad de apoyo, por lo que resultan especialmente aptas para responder a la lógica preocupación existente por el creciente número de diagnósticos, más o menos tempranos, que anticipan enfermedades neurodegenerativas todavía en estadio incipiente, pero con un diagnóstico de deterioro progresivo, lo cual permite a una persona plenamente autónoma la toma de decisiones sobre sus necesidades de apoyo en el futuro, es decir, para cuando sus condiciones cognitivas y volitivas hayan sufrido ese previsible deterioro; en resumen, parecen medidas especialmente adaptadas, precisamente, a las personas ancianas que intuyen o conocen que van a necesitar apoyo en el futuro por los previsibles quebrantos físicos y mentales asociados al proceso de envejecimiento (51).

Aunque los poderes preventivos fueron ya perfilados y potenciados en la citada Ley 41/2003, la normativa proyectada trata de darles un nuevo impulso y mejorar

en ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos, y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista».

(48) MESA MARRERO, C., *El contrato de alimentos: régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009; CALAZA LÓPEZ, C. A., *El contrato de alimentos como garantía de la asistencia vitalicia*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2019.

(49) Más explícita aún es la Ley 2/2006, de 14 de junio, Derecho civil de Galicia en relación al contrato de vitalicio; de hecho el contrato se define en el artículo 147 LDCG como aquel por el que «una o varias personas se obligan respecto a otra u otras a prestar alimentos, en los términos que convengan, a cambio de la cesión de determinados bienes o derechos», y en el artículo 148.1 LDCG se explicita que la prestación puede incluir «ayudas y cuidados, incluso afectivos adecuados a las circunstancias de las partes». En relación con este contrato del Derecho civil de Galicia, pone en evidencia CALAZA LÓPEZ, C. A., *El contrato de alimentos... op. cit.*, p. 49, que «Una lectura detenida del precepto autonómico permite afirmar que la prestación alimenticia relativa al cuidado personal y afectivo se ha categorizado *ope legis* – y con idéntica prioridad que el suministro netamente económico, por conferir a esta figura contractual un perfil diferenciador de aquellos otros contratos, como la renta vitalicia, el seguro de dependencia, la hipoteca inversa o el ingreso en una residencia suntuosa con servicios más profesionalizados, que compartiendo identidad de *ratio* asistencial, carecen del indicado matiz personal».

(50) Que son un tipo de medidas voluntarias, pero ni mucho menos las únicas, y a los que se dedica el proyectado Capítulo II del Título XI del Código civil arts. 256 a 262.

(51) GARCÍA RUBIO, M. P., «La múltiple invisibilidad para el Derecho ...», *loc. cit.*, p. 501.

su regulación, dando respuesta a algunos de los problemas que se venían planteando en la práctica con la normativa todavía vigente. De nuevo, por razones de espacio y oportunidad, omito aquí un análisis mínimamente profundo de esta figura, limitándome a mencionar dos cuestiones, una omitida y otra expresa en la normativa proyectada.

Respecto a la omisión, me pregunto si hubiera sido conveniente introducir la exigencia de un contenido mínimo en este tipo de poderes (52). Esta opción contraría con la ventaja de que serían negocios más completos, con una constancia más cabal de la voluntad del otorgante y que, con probabilidad, obligarían a sus otorgantes y a los profesionales encargados de su instrumentalización a realizar un mayor esfuerzo de personalización para cada caso concreto. Entre los inconvenientes, se puede intuir que un contenido más denso conlleva mayores exigencias formales, lo que puede ser contemplado como un desincentivo para realizar este tipo de negocios; además, la exigencia de un contenido mínimo dejaría en el aire la eventual sanción ante su falta de cumplimiento, con el peligro de que la ausencia de cualquiera de las menciones esenciales arrastrara la invalidez o ineficacia de toda medida voluntaria de naturaleza preventiva.

Por lo que se refiere a la cuestión expresamente recogida en el texto proyectado, he de partir de la norma prevista en el artículo 257 CC, conforme a la cual «El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido». De nuevo, siguiendo las recomendaciones del Comité, del texto reproducido se deriva que la concreción de la llegada de la situación de necesidad del apoyo no va dejarse en ningún caso a la decisión de un tercero, ni siquiera de una autoridad judicial o de otro tipo, sino que se juzgará conforme a las previsiones del propio poderdante, sin que sea necesaria una posterior homologación judicial o de cualquier otra autoridad que lo refrende. No obstante, para garantizar el cumplimiento de esas previsiones, y como medida de salvaguardia del respeto a la voluntad de su autor, se podrá otorgar acta notarial en la que el notario reconocerá como cumplidas las condiciones establecidas por el poderdante para la entrada en funcionamiento del poder.

Esa posibilidad se contempla de modo expreso en el precepto que se refiere al poder para el caso de una futura necesidad de apoyo, pues la constatación de esta es precisamente el elemento condicionante del funcionamiento efectivo del negocio. No obstante, en el supuesto de un poder ordinario de efectos inmediatos, otorgado por una persona con la previsión de que subsista en caso de futura necesidad de apoyo, la constatación de la concurrencia de la aludida necesidad se producirá siguiendo el mismo criterio: se estará a las previsiones del poderdante y en ningún

(52) En todo caso, como he dicho en GARCÍA RUBIO, M. P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario...», *loc. cit.*, p. 37, entiendo que, aunque el texto propuesto no lo recoja, se debe exigir que las cláusulas de mantenimiento o de puesta en marcha del poder en el caso previsto aparezcan de modo explícito, pues en ellas se recoge la verdadera causa de este tipo de negocios que los identifica como tales y que justifica la nueva regulación.

caso a la decisión de un tercero, por imparcial o autoridad que este sea, salvando únicamente el caso de que la decisión del tercero sea precisamente lo que el interesado ha querido (53).

6.2 LAS MEDIDAS INFORMALES: LA GUARDA DE HECHO

La medida de apoyo de naturaleza informal se denomina en el Proyecto «guarda de hecho», conservando así un nombre que ya se utiliza en el sistema actualmente vigente, si bien la nueva medida es diseñada con unas características y un contenido bastante diferentes de su homónima actual.

Conviene advertir que el apoyo informal es en la práctica, y con probabilidad rayana en la certeza lo seguirá siendo, el más habitual en cuanto que sirve de vehículo a las relaciones de cuidado que se dan habitualmente en el seno familiar y en el entorno social más íntimo de la persona que precisa el apoyo (54). Su preferencia frente a las medidas judiciales cuando se muestre como apoyo suficiente para las necesidades y requerimientos de la persona con discapacidad es una expresión del ya citado principio de subsidiariedad, pues el recurso al entorno familiar o social más cercano a dicha persona es el que resulta menos intrusivo y mejor coherente con el respeto a su vida privada (55). Aún más, la figura de la guarda de hecho delineada en el Proyecto de Ley coloca en el centro del debate una de las cuestiones que, a mi juicio, más han de preocuparnos como sociedad en el futuro más próximo, cual es la gestión del cuidado de las personas más vulnerables (56),

(53) GARCÍA RUBIO, M. P., «Las medidas de apoyo de carácter voluntario...», *loc. cit.*, p. 40.

(54) Labores informales de cuidado que siguen estando, básicamente, a cargo de las mujeres, como pongo de relieve en GARCÍA RUBIO, M. P., «La múltiple invisibilidad para el Derecho...», *loc. cit.*, p. 499.

(55) En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se puede leer: «La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho —generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables—, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea».

(56) Entre otras, nos plantea cuestiones como las siguientes: ¿qué es el cuidado? ¿existe un derecho a ser cuidado?; en su caso ¿frente a quien? ¿quién soporta los cuidados en nuestra sociedad y quien debe hacerlo? ¿existe un deber social de cuidar a quienes lo necesitan? ¿y un deber individual o familiar?; si la respuesta a estas dos últimas cuestiones es afirmativa ¿cuál es el contenido de uno y otro? ¿cómo se conjugan ambos y qué sinergias deben procurarse entre ellos? ¿qué derechos deben corresponder a la persona cuidadora?

Dejo constancia de que la introducción, a partir de la obra de la muy citada filósofa americana CAROL GILLIGAN, *In a different voice. Psychological theory and woman's development*, Cambridge, Harvard University Press, 1982; «Hearing the difference: theorizing connection», *Hipatia*, vol. 10, 2, 1995, pp. 120-127, de la llamada «Ética del Cuidado» en el razonamiento jurídico cuenta ya con algunos trabajos de interés en el específico ámbito del Derecho privado, entre los que destaco aquí por su relación con el tema de este trabajo, PAU, A., «El principio de igualdad y el principio del cuidado, con especial atención a la discapacidad», *Revista de Derecho*

entre las que, sin duda, se hallan las personas con discapacidad y las personas ancianas en general (57).

Con respecto a la figura del mismo nombre prevista en el Código civil en su versión todavía vigente (58), me limito a destacar que la guarda de hecho diseñada en Proyecto pasa a ser reconocida como una verdadera institución jurídica (59), lo que paradójicamente viene a significar que deja de ser «de hecho»; asimismo, abandona su condición de provisional y, como expresión de las medidas de salvaguarda reclamadas en el artículo 12.4 CNUDPD, pasa a estar sometida a control tanto *ex ante* como *ex post*.

6.3 LAS MEDIDAS JUDICIALES

Finalmente, dos son las medidas de apoyo de naturaleza judicial que se regulan en el texto proyecto: la curatela y el defensor judicial.

Conforme al artículo 250 del Proyecto «La curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo». La curatela se perfila como la figura de apoyo con mayor densidad normativa; sin embargo, como he tenido ocasión de explicar en ocasiones anteriores, esto no significa que sea la medida de apoyo más importante o central del nuevo sistema, en contra de lo que algunos parecen entender. Ya hemos tenido ocasión de comprobar que tanto de la primacía de los apoyos voluntarios, como de los principios de proporcionalidad y necesidad se deriva que la curatela y el defensor judicial sean contemplados como figuras subsidiarias. La mayor densidad normativa de la curatela no obedece a su prioridad, sino a que, como figura formal supletoria, precisa de más reglas que aquellas otras basadas en la voluntad de la persona o que son puramente informales (60).

Civil, vol. VII, núm. 1 (enero-marzo, 2020), pp. 3-29; VARELA CASTRO, I., «Mujeres, hombres y el discurso del cuidado. Contextualización para un debate en el ámbito del Derecho privado», *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, Gema Tomás Martínez, G./Vidu A. (Eds.), Valencia, Tirant lo Blanc, 2021. Pendiente de publicación.

(57) El término «cuidado» se utiliza varias veces en el articulado del Proyecto de Ley; la propia Exposición de Motivos recoge de modo expreso que «El valor del cuidado, en alza en las sociedades democráticas actuales, tiene particular aplicación en el ejercicio de la curatela. Todas las personas, y en especial las personas con discapacidad, requieren ser tratadas por las demás personas y por los poderes públicos con cuidado, es decir, con la atención que requiera su situación concreta».

(58) Quizás hubiera sido más exacto cambiar la denominación de la figura, utilizando el término «guarda de apoyo», propuesto por LECIÑENA IBARRA, A., *La guarda de hecho de las personas mayores*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2015, p. 42, quien estimaba que se debía configurar como un modelo de protección en clara alternativa a la modificación judicial de la capacidad.

(59) Como digo en GARCÍA RUBIO, M. P., «Notas sobre el propósito...», *loc. cit.*, p. 54, la figura se normativiza en el doble sentido de que se reconoce como apoyo habitual y pasa a estar sometida a reglas.

(60) GARCÍA RUBIO, M. P., «Notas sobre el propósito...», *loc. cit.*, p. 54.

En las normas proyectadas la curatela se constituirá normalmente tras un procedimiento de jurisdicción voluntaria que pasará a ser contencioso si se formula oposición. A mi juicio, esto último no deja de plantear problemas de coherencia del sistema, particularmente cuando la oposición fuese de la propia persona para la que se insta la medida de apoyo, toda vez que, como he anticipado más arriba, la prelación de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad parece exigir, como medida de cierre del modelo, el reconocimiento del derecho a rechazar el apoyo (61).

Sin que pueda entrar aquí en mayores detalles (62), indicaré que la curatela se ha diseñado en el Proyecto como una figura flexible, que puede ser vista como un «continuum» (63) o como una línea que va del blanco al negro pasando por distintos tonos de grises según sean las necesidades de la persona que precisa de esta medida de apoyo. Como regla tendrá carácter meramente asistencial, aunque excepcionalmente puede cumplir funciones representativas. Pensando de nuevo en las personas de edad avanzada, no cabe duda de que en casos de demencias severas el curador designado puede llegar a cumplir funciones representativas, pero vuelvo a insistir en que estas deben ser entendidas en el sentido indicado en páginas precedentes; es decir, la actuación del curador nunca podrá ser sustitutiva de la voluntad de la persona anciana a la que presta apoyo porque esta siempre tiene una historia vital que quien desempeña la curatela deberá conocer a fin de interpretar e integrar la voluntad, deseos y preferencias de su protagonista; a la postre, deberá basar su actuación sobre estos parámetros y no, como hasta ahora, sobre el mejor interés de la persona con discapacidad.

Por su parte el nombramiento de defensor judicial procederá cuando la necesidad de apoyo sea ocasional, aunque pueda ser recurrente, según se recoge en el artículo 250 CC del Proyecto (64). La doctrina ha detectado, con acierto, algunas lagunas en la regulación de esta figura, que previsiblemente serán atendidas en el curso de la tramitación parlamentaria (65).

7. EL NUEVO SISTEMA IMPIDE LA PROHIBICIÓN DE DERECHOS

La absoluta interdicción de la posibilidad de que, en cualquier forma, incluida a través de una resolución judicial, una persona pueda verse privada de cualquiera de

(61) TORRES COSTAS, M.^a E., *La capacidad jurídica...*, *op. cit.*, p. 367.

(62) Un estudio más detallado de la curatela en el Proyecto en MUNAR BERNAT, P., «La curatela. Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), pp. 121-152; TORRES COSTAS, M.^a E., *La capacidad jurídica...*, *op. cit.*, pp. 298 ss.

(63) Como anticipaba el apoyo, hace ya años, CUENCA GÓMEZ, P., «El sistema de apoyo en la toma de decisiones...», *loc. cit.*, p. 75.

(64) Sobre cuándo una necesidad de apoyo pasará de ser recurrente a ser continuada, TORRES COSTAS, M.^a E., *La capacidad jurídica...*, *op. cit.*, pp. 322 ss.

(65) *Vid.* alguno de los problemas detectados por LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica...*, *op. cit.*, p. 59.

sus derechos o de la capacidad para ejercitarlos con fundamento en su discapacidad es una consecuencia lógica tanto del artículo 5 (*Igualdad y no discriminación*) como del artículo 12 (*Igual reconocimiento como persona ante la ley*) de la CNUDPD; este último menciona expresamente en su párrafo quinto el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que los demás, «a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero»; a mayores, otros artículos del texto convencional aluden a derechos concretos que deben ser respetados por los Estados Partes y por los particulares en las mismas condiciones que lo son para todas las demás personas.

Por lo tanto, en ningún caso es lícito que se prive a una persona con discapacidad de los derechos que le corresponden por su condición de persona. Tampoco lo es que se limite o restrinja ninguno de ellos por razón de su discapacidad, sencillamente porque esos derechos le corresponden en igualdad de condiciones que a los demás. En consecuencia, ninguna resolución judicial puede eliminar o modificar en modo alguno la capacidad jurídica de una persona. De cara al futuro, ni el auto que pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria ni, en su caso, la sentencia con la que ha de concluir el procedimiento contradictorio, donde se establezcan la curatela o el defensor judicial como medidas de apoyo, podrán contener la prohibición del ejercicio de ningún derecho por parte de la persona con discapacidad, tal y como se dice expresamente en el proyectado artículo 269 CC *in fine*.

Pero además es importante subrayar que el Proyecto de Ley no contempla esta absoluta interdicción únicamente para el futuro, sino que proyecta también su mandato sobre las personas que han sido incapacitadas o han visto limitada judicialmente su capacidad de conformidad con el sistema actualmente vigente. Así, la Disposición Transitoria Primera supone la eliminación por imposición del legislador de las prohibiciones existentes en muchas de las sentencias de incapacitación o de limitación de la capacidad de obrar dictadas con base en la regulación actualmente vigente, resoluciones en las que, por ejemplo, se impide a la persona en cuestión casarse o testar, prohibiciones que a partir de la entrada en vigor de la nueva ley han de entenderse radicalmente eliminadas.

En síntesis, y por poner algunos ejemplos de meridiana claridad, según el nuevo sistema la persona de edad avanzada que posea cualquier tipo de discapacidad tanto física como cognitiva o intelectual goza, en igualdad de condiciones con los demás, entre otras, de la capacidad para contraer matrimonio [art. 56.2 CC (66)], de la capaci-

(66) Cfr. el artículo 56.2 CC modificado por la disposición final primera, apartado 9 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, en la redacción dada por el artículo único de la Ley 4/2017, de 28 de junio, que pasa a tener este tenor literal: «El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presente una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». La cuestión es que esta norma no tiene prevista su entrada en vigor

dad para testar [artículo 665 (67)] o de la capacidad para contratar (68); será también responsable por daños que cause a otro (art. 299 CC proyectado) (69).

8. CONSIDERACIONES FINALES

Para no incurrir en reiteraciones que se antojan superfluas, me limito a concluir señalando que la reforma legislativa pretendida por el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, trata de responder a la necesaria adaptación de nuestro ordenamiento jurídico interno al régimen de la capacidad jurídica consagrado en el artículo 12 CNUDPD.

Siguiendo los requerimientos de la norma convencional y de la interpretación que de ella ha hecho la Observación General Primera (2014) del Comité de derechos de las personas con discapacidad, la normativa proyectada pretende realizar un cambio radical de sistema, pasando de un modelo de actuación de la persona con discapacidad de tipo mental, cognitivo o volitivo basado en la sustitución de su voluntad por la de su tutor o su curador, cuya actuación ha de venir guiada por el mejor interés de la persona representada, por un modelo completamente opuesto que tiene como fulcro el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona en cuestión. Este cambio de sistema supone el abandono de las figuras abstractas de la incapacitación o de la limitación judicial de la capacidad, que son desbanca-

hasta la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, según su Disposición Final Vigésimo Primera, en redacción dada por la citada Ley 4/2017. Es de sobra conocido que la completa entrada en vigor de la nueva LRC ha sufrido constantes y sucesivos aplazamientos, el último de los cuales, operado por la Disposición final décima, modificada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, data dicha entrada en vigor en el 30 de abril de 2021. Si, como no es descartable, se vuelve a posponer esta fecha, podría suceder que la reforma del régimen de la capacidad jurídica en su conjunto, realizada a través del Proyecto que aquí nos interesa, se produjera antes que la de la propia LRC. De ser así, la incoherencia del artículo 56.2 CC vigente, claramente contrario a la Convención por estar inspirado en un modelo netamente médico, e incompatible con el nuevo sistema codificado, sería escandalosa. Desde el punto de vista práctico, para evitar tan indeseable resultado quizás lo más conveniente sería que el nuevo texto del artículo 56.2, se incorporase al Proyecto de Ley y siguiera la agenda de este.

(67) Modélica en este punto es la SAP Badajoz de 14 de septiembre de 2020, comentada por TORRES COSTAS, M. E., *La Notaría*, 2021 pendiente de publicación.

(68) Las reglas sobre la capacidad para contratar contenidas en el Proyecto tienen relevantes incoherencias que deberían ser superadas en el trámite parlamentario.

(69) Sobre este tema, GARCÍA RUBIO, «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les prestan apoyo en el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Libro Homenaje al Pr. Roca Guillamón, Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños*, Joaquín Ataz López y José Antonio Cobacho Gómez (Coords.) (Pendiente de publicación en el momento de redactar este trabajo); y en este mismo volumen el *AFDUAM*, Rodríguez Guitián, M.ª A.

das en favor de un régimen bastante más complejo que, prescindiendo de declaraciones generales sobre la capacidad de actuar, se funda en las necesidades concretas de apoyo de cada persona cuando los precise, según los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad.

En las páginas antecedentes he tratado de resaltar los rasgos más característicos de la legislación proyectada, haciendo especial hincapié en los puntos en los que los cambios pueden afectar de manera más evidente a las personas ancianas, en las que suelen concurrir, junto a la edad, otros criterios de vulnerabilidad como la discapacidad cognitiva o volitiva frecuentemente asociada al proceso de envejecimiento (70). Que estas personas vean respetado en plenitud el derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás y que la notoria vulnerabilidad que padecen no derive en situaciones de discriminación, no solo es un objetivo del legislador impuesto por un Convenio internacional de derechos humanos, es también y sobre todo, una exigencia ética elemental.

(70) Sobre el peligro de discriminación múltiple que acecha las personas ancianas, en especial a las mujeres ancianas, GARCÍA RUBIO, M. P., «La múltiple invisibilidad para el Derecho...», pp. 492-494.

