

A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo

On the reform of Spanish law concerning legal capacity: respect to free will as an essential feature of support

Antonio-Luis Martínez-Pujalte
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas
Universidad Miguel Hernández de Elche

Fecha de recepción 31/07/2019 | De aceptación: 06/04/2020 | De publicación: 15/06/2020

RESUMEN

En septiembre de 2018, el Gobierno de España inició la tramitación de una profunda reforma de nuestra legislación civil, que supondrá un cambio radical del régimen de la capacidad jurídica. En estas páginas se analiza la propuesta de reforma en relación con un aspecto concreto: la voluntariedad en la constitución de las instituciones de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica. Se examina si la Convención de la ONU permite establecer medidas de apoyo que no sean conformes con la voluntad de la persona; las conclusiones obtenidas permiten, a continuación, examinar la conformidad con la Convención de la reforma proyectada.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad, capacidad jurídica, toma de decisiones

ABSTRACT

In September 2018, the Spanish Government launched a deep reform of our civil legislation, which will mean a profound change of the traditional regulation of legal capacity. This article focuses on a specific aspect of the proposed reform: the possibility of establishing support measures for the exercise of legal capacity against the explicit will of the person. Firstly, the article examines whether the Convention on the Rights of Persons with Disabilities authorizes involuntary support measures; the conclusions obtained from this examination allow, then, to assess from this point of view the compliance with the Convention of the projected reform.

KEY WORDS

Disability, legal capacity, decision making

Sumario: 1. Introducción. 2. La voluntariedad del apoyo en la Convención. 3. La voluntariedad del apoyo en el Anteproyecto. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. Introducción

El pasado 22 de septiembre de 2018, el Consejo de Ministros aprobó 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 (en adelante, el Anteproyecto)¹. Nos encontramos ante una reforma legislativa enormemente significativa y ambiciosa -como se refleja en el hecho de que modifica un total de 162 preceptos del Código Civil, además de otras seis leyes-, que supone un cambio radical en el régimen de la capacidad jurídica y las instituciones de guarda legal en el Derecho español.

El anuncio de una reforma legal de tanta trascendencia ha dado lugar, como es lógico, a la publicación de no pocos estudios acerca del Anteproyecto, que en general formulan una valoración positiva del mismo, subrayando que con esta regulación España se alinea con el nuevo paradigma definido por el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención)². En efecto, cabe destacar, entre otras novedades relevantes, que la nueva regulación abandona cualquier idea de modificación, restricción o privación de la capacidad jurídica o de la capacidad de obrar, siendo en este sentido más avanzada que otras reformas legales que se han aprobado en los últimos años en diversos países, como Irlanda o Argentina. Cuando sea aprobada la nueva Ley, las personas con discapacidad gozarán en España de plena capacidad jurídica -que, como acertadamente indica la Exposición de Motivos, “abarca tanto la titularidad de los derechos, como la legitimación para ejercitarlos”, superando en este sentido la distinción tradicional en nuestro Derecho entre capacidad jurídica y capacidad de obrar-, y lo que se hace es instituir medidas de apoyo para que puedan ejercerla. Esta es una de las exigencias básicas del citado artículo 12, que obliga a reconocer la plena capacidad de las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos, y

¹ A partir de ese momento, el Anteproyecto fue sometido a audiencia e información pública, así como a los restantes trámites indicados por el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. A lo largo del presente artículo, tendré en cuenta la versión del Anteproyecto que fue remitida al Consejo de Estado el 15 de enero de 2019, que modificaba sustancialmente la versión originaria -incluso se modifica su denominación, que en la versión originaria era “Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, como consecuencia de las diversas opiniones expresadas en el proceso de consultas.

² Cfr. los diversos artículos incluidos en *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, vol. 5, 2018; asimismo, con una perspectiva netamente más crítica, CUENCA GÓMEZ, P.; “Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 38, 2018, pp. 82-101.

veda en consecuencia cualquier restricción -incluso parcial- de la capacidad jurídica por motivos ligados a la discapacidad. Asimismo, el artículo 12 obliga a las legislaciones nacionales a reemplazar los sistemas de sustitución en la toma de decisiones por mecanismos de apoyo en la toma de decisiones que permitan ejercer su capacidad jurídica a las personas con discapacidad que precisen ese apoyo, y que siempre deberán estar basados en el respeto a su voluntad y preferencias. Este es precisamente el criterio inspirador de la propuesta de reforma, siendo particularmente relevante en este sentido el nuevo artículo 248 del Código civil, que establece los principios generales de lo que se denominarán a partir de ahora “medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Este precepto afirma taxativamente que “las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera”, y limita el posible ejercicio de funciones representativas por las figuras de apoyo a aquellos casos en que “pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona”, añadiendo que “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”. Nos encontramos ante el criterio denominado en Estados Unidos *substituted judgment*, que en la práctica coincide con lo que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU llama “la mejor interpretación de la voluntad y preferencias”³.

Existen, pues, argumentos para formular un juicio globalmente positivo acerca de la propuesta de reforma. Si, hasta ahora, las personas con discapacidad intelectual o psicosocial con frecuencia eran privadas plenamente de la capacidad de ejercicio de sus derechos⁴, designándose a otras personas -el tutor o los titulares de la patria potestad prorrogada o rehabilitada- que tomaban las decisiones en su nombre, la nueva legislación civil parece poner fin a esa sustitución en la toma de decisiones,

³ Cfr. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación General n° 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*, 2014, n. 21, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement> (fecha última consulta: 30 de julio de 2019); sobre el *substituted judgment* cfr. DONELLY, M.; “Best Interests in the Mental Capacity Act: Time to Say Goodbye?”, *Medical Law Review*, 24, 2016, pp. 326-327.

⁴ Máxime cuando, como ha mostrado CUENCA GÓMEZ, a pesar de que -desde su reforma en 1983- el Código civil diseñaba el régimen español de la incapacitación como un sistema gradual y flexible, en su aplicación práctica se ha caracterizado por la rigidez, con una clara preferencia por la incapacitación total: cfr. vg. 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”, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 10, diciembre 2012, especialmente pp. 66-67.

limitándose a instituir mecanismos de apoyo que faciliten a las personas con discapacidad que los precisen la adopción de sus propias decisiones y la puesta en práctica de sus preferencias.

No obstante, un análisis más detenido del Anteproyecto permite comprobar que la concreta regulación de las instituciones de apoyo no es plenamente coherente con el respeto a la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad que se proclama enfáticamente como principio general. Ello sucede, en particular, en relación con la propia constitución del apoyo, cuestión en la que se centrará el presente estudio. Como se mostrará en las páginas siguientes, la ley permite imponer una medida de apoyo contra la voluntad de la persona, así como designar para prestar el apoyo a quien la persona con discapacidad no desea. Es decir, quien presta apoyo ha de hacerlo -como indica el nuevo artículo 248- respetando la voluntad y las preferencias de la persona, pero esa voluntad y preferencias pueden ser ignoradas en la institución del apoyo o en la designación de la persona que ha de prestarlo. Nos encontramos ante una evidente inconsistencia de la propuesta de reforma, que difícilmente puede considerarse compatible con el reconocimiento de que “las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones”, como indica expresamente la Exposición de Motivos, y que no resulta acorde con el artículo 12 de la Convención ni con la interpretación que del mismo ha formulado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, el Comité) en su Observación General núm. 1.

Esta es, pues, la tesis que trataré de justificar en las páginas siguientes. Para ello, me ocuparé en primer lugar de analizar si la voluntariedad del apoyo resulta exigida por el artículo 12 y por la Observación General núm. 1. Desde esta perspectiva examinaré las principales discordancias entre el Anteproyecto y el artículo 12, para concluir planteando algunas propuestas de mejora.

2. La voluntariedad del apoyo en la Convención

La cuestión que se desea abordar en este epígrafe puede ser resumida en los siguientes términos: ¿permite la Convención establecer medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica que no sean conformes con la voluntad de la persona a la que se presta el apoyo? Se trata de un interrogante

que no se encuentra explícitamente contestado por el artículo 12, pero, como se mostrará, la respuesta puede ser inferida sin dificultad de una exégesis del precepto, en la que conviene por tanto detenerse⁵.

Debe admitirse que la interpretación del artículo 12 no ha estado exenta de controversias; así, mientras que algunos autores entienden que prohíbe por completo la sustitución en la toma de decisiones⁶ -interpretación que sigue el Comité en la ya citada Observación General-, otros admiten que ésta puede ser autorizada en ciertos casos y con arreglo a ciertas condiciones⁷. En mi opinión, existen razones sólidas para sostener que la primera es la única interpretación plenamente acorde con el artículo 12.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados indica en su artículo 31 que “un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado en el contexto de éstos teniendo en cuenta su objeto y fin”. En aplicación de este precepto, examinemos con detenimiento los términos del artículo 12. En su primer párrafo, “los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Como muestra claramente el uso de la palabra “reafirman”, el artículo 12.1 no añade ningún contenido nuevo al Derecho internacional de los derechos humanos, pues el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ya había sido proclamado por la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 6) y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 16), entre otras normas internacionales⁸. Lo que es nuevo es el contenido de los párrafos segundo y tercero del artículo 12. En el párrafo segundo, la Convención obliga a los

⁵ Un examen más detenido de la interpretación del artículo 12 en MARTINEZ-PUJALTE, A.L.; “Legal capacity and supported decision-making: Lessons from some recent legal reforms”, *Laws*, 8, 2019. En estas páginas ofreceré únicamente los argumentos fundamentales para dar respuesta a la cuestión planteada al comienzo del epígrafe.

⁶ Cfr. vg. NANDINI, D. – BICKENBACH, J. – STUCKI, G., “Moving towards substituted or supported decision-making? Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Alter European Journal of Disability Research*, 5, 2011, pp. 249-264; ARSTEIN-KERSLAKE, A.; *Restoring Voice to People with Cognitive Disabilities: Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 16-30; CUENCA GÓMEZ, P.; *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, prólogo de R. de Asís, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares-Defensor del Pueblo, 2012, pp. 200-215.

⁷ Cfr. RICHARDSON, G.; “Mental disabilities and the Law: From substitute to supported decision-making?”, *Current Legal Problems*, 65, 2012, pp. 333-354; SZMUKLER, G. – DAW, R. – CALLAR, F.; “Mental health law and the UN Convention on the rights of persons with disabilities”, *International Journal of Law and Psychiatry*, 37, 2014, pp. 245-252; DAWSON, J.; “A realistic approach to assessing mental health laws’ compliance with the UNCRPD”, *International Journal of Law and Psychiatry*, 40, 2015, pp. 70-79; PEREÑA, M.; “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley”, *Revista de Derecho Civil*, V - 3, julio-septiembre 2018, pp. 68-70; ALEMANY, M.; “Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad (Una crítica a la Observación General n.º 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 2018, pp. 201-222.

⁸ Cfr. ARSTEIN-KERSLAKE, A.; *Restoring Voice to People with Cognitive Disabilities*, cit., pp. 22-23.

Estados a reconocer “que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”, mientras que el párrafo tercero indica que deben adoptarse las medidas pertinentes “para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. La referencia del párrafo tercero al ejercicio de la capacidad jurídica nos muestra que el concepto de capacidad jurídica utilizado por la Convención comprende tanto la capacidad de ser titular de derechos como la aptitud para ejercerlos, es decir, incluye también lo que en el lenguaje jurídico español se conoce tradicionalmente como “capacidad de obrar”. Confirma esta tesis el examen de los trabajos preparatorios de la Convención, en la que ésta fue precisamente una de las cuestiones más debatidas, y sin embargo las diversas propuestas que se plantearon para diferenciar entre la capacidad jurídica y la capacidad de ejercicio de los derechos no se incorporaron a la redacción final⁹. Por lo demás, el párrafo segundo subraya que las personas con discapacidad deben tener reconocida su capacidad jurídica “en igualdad de condiciones con las demás” y “en todos los aspectos de la vida”. Ello significa, pues, que no puede haber diferencia alguna en relación con la capacidad jurídica basada en la discapacidad de la persona. Dado que el artículo 1 de la Convención define las discapacidades como “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir la participación plena y efectiva en la sociedad”, cabe todavía precisar más la afirmación anterior, indicando que no puede haber diferencia alguna en relación con la capacidad jurídica basada en la deficiencia de una persona, ni siquiera si se trata de una deficiencia intelectual o mental. Por tanto, cabe extraer dos conclusiones del artículo 12.2:

a) No cabe privación o restricción alguna de la capacidad jurídica por ninguna razón relacionada con una deficiencia de la persona; ni siquiera una restricción parcial, pues el artículo 12 exige el reconocimiento de la capacidad jurídica “en todos los aspectos de la vida”.

b) Como se ha señalado, la noción de capacidad jurídica de la Convención incluye la capacidad de obrar, que puede ser definida como la aptitud para el ejercicio de los derechos y la adopción de decisiones en nombre propio. Por lo tanto, lo que nos está diciendo el artículo 12 es que no puede haber

⁹ Cfr. DHANDA, A.; “Legal capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34, 2007, pp. 438-456; PALACIOS, A.; *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, prólogo de R. de Asís, Madrid, Cinca, 2008, pp. 417-462.

diferencia alguna en relación con la capacidad para adoptar decisiones motivada por la deficiencia de una persona. En otras palabras, la deficiencia de una persona no puede ser una razón para denegarle la capacidad de tomar decisiones. Sin embargo, las figuras tradicionales de sustitución en la toma de decisiones, como la tutela, implican retirar a una persona la capacidad de tomar sus propias decisiones, transfiriendo esa capacidad a un tercero. Pues bien, el artículo 12.2 indica que ese mecanismo no puede ser aplicado a una persona por razón de su deficiencia o discapacidad. Así lo confirma, además, el párrafo quinto del artículo 12, que reconoce el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a “controlar sus propios asuntos económicos”. El empleo del verbo “controlar” resulta particularmente significativo, pues refuerza la tesis de que, también en los asuntos económicos, a las personas con discapacidad se les debe reconocer la capacidad para tomar sus propias decisiones, del mismo modo que se reconoce a todas las demás personas.

En plena coherencia con las conclusiones precedentes, el artículo 12.3 reclama que se proporcione a las personas con discapacidad el apoyo que puedan precisar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Puesto que algunas personas con discapacidad pueden tener dificultades para el ejercicio de los derechos o la adopción de decisiones, se les debe proporcionar apoyo para facilitarles la realización de esas tareas. Ciertamente, el artículo 12.3 no afirma expresamente que todas las personas con discapacidad tienen derecho al ejercicio de la capacidad jurídica; pero, si se lee en conexión con el párrafo precedente, muestra que el cambio de la sustitución en la toma de decisiones por el apoyo en la toma de decisiones debe ser implementado para todas las personas con dificultades para la toma de decisiones de cualquier clase e intensidad.

Llegamos así al artículo 12.4, que es sin duda el más problemático –y en el que principalmente se basan los autores que sostienen que la sustitución en la toma de decisiones es compatible con el artículo 12-, pero también el más relevante a los propósitos del presente estudio. El artículo 12.4 requiere que “en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos”. Algunos autores han entendido que las salvaguardas a que se refiere este precepto son alternativas a los apoyos: para impedir los abusos, cabría establecer, con carácter excepcional –y con los requisitos que indica el artículo 12.4-, mecanismos complementarios a los apoyos, que podrían incluir la sustitución en la toma de

decisiones¹⁰. No es esto sin embargo lo que dice el artículo 12.4, que no contempla las salvaguardas como alternativas a los apoyos, sino como un elemento de éstos. En efecto, de acuerdo con los términos del artículo 12.4, las salvaguardas deben ser provistas por las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, y el contenido de estas medidas ha sido ya definido por el artículo 12.3, indicando que debe tratarse de medidas de apoyo. Por lo tanto, lo que indica el artículo 12.4 es que las medidas de apoyo deben incluir salvaguardas, y relaciona a continuación cuáles han de ser los propósitos de estas salvaguardas, siendo el primero de ellos que las medidas de apoyo respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Pienso que este inciso ofrece, pues, una respuesta suficiente a la pregunta formulada al inicio de este epígrafe: la primera salvaguarda de las medidas de apoyo consiste, justamente, en que no pueden establecerse medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica contrarias a la voluntad y preferencias de la persona que recibe el apoyo. Por lo tanto, como regla general no podrá designarse una figura de apoyo si la persona con discapacidad rechaza recibir el apoyo, ni podrá designarse a una persona distinta de aquella a la que la persona con discapacidad desea.

El artículo 12.4 también indica, no obstante, que las salvaguardas deberán impedir los abusos y asegurar que no exista conflicto de intereses ni influencia indebida. En realidad, si se producen situaciones de abuso o manipulación las decisiones adoptadas por la persona que las sufre no se corresponderán con sus auténticas preferencias, y por lo tanto el principio de respeto a la voluntad y preferencias de la persona reclama precisamente prevenir o poner fin a esas situaciones. En consecuencia, si se da una de estas situaciones puede resultar justificado apartarse de las preferencias de la persona respecto de una decisión concreta, naturalmente sólo de modo excepcional y siempre que exista una situación actual o un riesgo inmediato de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida, y siempre que la decisión que se adopte ayude a la persona que padece esa situación o riesgo a ejercer sus derechos y poner en práctica su voluntad y preferencias. Por supuesto, nunca estará justificado apartarse de las preferencias de la persona en función de una evaluación de sus decisiones (alegando, por ejemplo, que la persona va a tomar una decisión equivocada, perjudicial para ella o que puede comprometer su autonomía personal en el futuro).

Así pues, los criterios que acaban de mencionarse obligan a matizar la regla general indicada más arriba. Para ello, conviene diferenciar entre dos situaciones diversas. Por un lado, puede suceder

¹⁰ Cfr. vg. SZMUKLER *et al.*, “Mental health law...”, cit., pp. 245-252.

que una persona con discapacidad intelectual o psicosocial, a pesar de que pudiera enfrentarse en el futuro a situaciones de dificultad en la adopción de decisiones y de que pueda estimarse conveniente para ella contar con una figura de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, no desee tenerla, por ejemplo, porque prefiere administrar por sí sólo sus bienes económicos y planificar su vida sin injerencias ajenas de ningún tipo. Tal voluntad deberá ser respetada, pues la persona tiene pleno derecho al ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás (derecho estrechamente relacionado con otros también reconocidos en la Convención, como el derecho a la vida independiente que contempla el artículo 19¹¹). Sólo la existencia de una situación actual o riesgo inmediato de abuso o influencia indebida (pensemos, por ejemplo, en que un familiar o cuidador pretenda forzarle a que le transmita un bien) podrá justificar la institución de una medida de apoyo, que habrá de ser ocasional y respecto de esa concreta decisión (y que podría consistir en la designación de una tercera persona cuyo consentimiento se requiera para la validez del acto jurídico); la necesidad de poner fin a una situación de abuso o de evitar un riesgo inmediato no justificaría en ningún caso, sin embargo, la provisión de una figura de apoyo de carácter permanente. Otra situación distinta es la de la persona con discapacidad que sí desea contar con una figura de apoyo, y elige para desempeñar a esa tarea a una persona concreta. También en este caso deberá respetarse su elección como regla general, y, nuevamente, sólo será legítimo apartarse de esa elección y designar a una persona distinta para realizar la función de apoyo si existe una situación actual o riesgo inmediato de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida. Estos mismos criterios deberán aplicarse cuando, una vez iniciada la provisión de apoyo, la persona que lo recibe desee suprimirla o modificarla.

Naturalmente, pueden existir situaciones en las que no sea posible conocer de ningún modo la voluntad de la persona, como sucede en aquellos casos en que la persona carece de cualquier relación con el entorno. En tales supuestos, podrá instituirse una figura de apoyo sin contar con su voluntad, que incluso, cuando sea preciso adoptar una decisión o concluir un acto jurídico, podrá otorgar un consentimiento por representación; si bien en estos casos -tanto al instituir el apoyo y designar a quien ha de prestarlo, como en las decisiones concretas que adopte la figura de apoyo- deberá realizarse la

¹¹ Sobre la relación entre los derechos a la capacidad jurídica y la vida independiente, desde la perspectiva del Anteproyecto, cfr. ELIZARI URTASUN, L.; “El derecho a la vida independiente en el Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, en *Avanzando en la inclusión: Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de la Discapacidad*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 281-295.

mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona, basada por ejemplo en su historia de vida, en sus deseos y preferencias anteriores, o en su expresión de confianza a determinadas personas, paradigma que resulta decisivo para distinguir este apoyo intenso de la sustitución en la toma de decisiones prohibida por el artículo 12 de la Convención.

Por lo demás, la interpretación del artículo 12 enunciada en los párrafos anteriores ha sido explícitamente formulada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Observación General núm. 1. Tras afirmar que “el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas”, el Comité constata que “algunas personas con discapacidad pueden no desear ejercer su derecho a recibir el apoyo”, y proclama de forma rotunda que “la persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento”, derecho a cambiar la relación que comportaría, por ejemplo, la elección de una persona distinta para prestarlo. El derecho a elegir la persona de apoyo no aparece definido en la Observación General con la misma claridad que el derecho a rechazar el apoyo; no obstante, puede deducirse sin dificultad del conjunto de la Observación, que insiste en que las medidas de apoyo deben respetar la voluntad y preferencias de la persona, y hace referencia en varias ocasiones “a la persona encargada del apoyo que haya escogido la persona concernida”, o expresiones similares. Finalmente, el Comité recuerda que “las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida”, y precisa al respecto que “aunque todas las personas pueden ser objeto de influencia indebida, este riesgo puede verse exacerbado en el caso de aquellas que dependen del apoyo de otros para adoptar decisiones. Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación”¹². Conviene tener en cuenta, por lo demás, que –aun cuando se entendiera que la interpretación del artículo 12 formulada por la Observación General no es la única posible, lo que en mi opinión carece de fundamento, como se ha tratado de argumentar- las resoluciones de los órganos especializados de Naciones Unidas establecidos por los tratados de derechos humanos tienen valor jurídico, al menos en Derecho español, pues, como ha señalado el Tribunal Constitucional, “las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben

¹² COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación General n° 1*, cit., núms. 17, 19, 29 y 22.

interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (artículo 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales”¹³.

Así pues, examinada ya la respuesta que otorgan la Convención y la Observación General a la cuestión de la voluntariedad del apoyo y de la posibilidad de establecer una medida de apoyo contra la voluntad de la persona, analizaremos desde esos parámetros la regulación contenida en el Anteproyecto. Ello nos permitirá dilucidar si -en este aspecto esencial- el Anteproyecto resulta conforme a la Convención.

3. La voluntariedad del apoyo en el Anteproyecto

Que la regulación de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica propuesta por el Anteproyecto permite que éstas se impongan en contra de la voluntad de la persona concernida nos lo anuncia ya el precepto que abre el nuevo Título XI del Libro I del Código civil: en efecto, el artículo 248 nos dice que las medidas de apoyo “de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”. No suscita excesivos reparos la palabra “defecto”, pues ya se ha señalado que cabe establecer medidas de apoyo en aquellos supuestos en que no es posible contar con la voluntad de la persona, siempre que en estos casos se intente la mejor interpretación de su voluntad y preferencias. Más problemático resulta, en cambio, hablar de “insuficiencia” de la voluntad, pues ello exige que alguien juzgue si la voluntad puede considerarse suficiente o no y, en consecuencia, si se reconoce la capacidad de tomar decisiones de la persona con discapacidad, lo que, como se ha argumentado previamente, resulta contrario al artículo 12 de la Convención. Por lo demás, abunda en esta idea el artículo siguiente, que, al definir la guarda de hecho, la conceptúa como el apoyo que se presta a la persona con discapacidad “sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente”, lo que parece insistir en la consideración de que las medidas judiciales son involuntarias, y por ello se contraponen a las voluntarias.

¹³ STC 116/2006, de 24 de abril, fundamento jurídico 5º. Cfr. asimismo Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), fundamento jurídico 7º, que otorga carácter vinculante a los dictámenes de los órganos citados (si bien el caso no hace referencia a una Observación General, sino a un dictamen en un procedimiento de comunicación individual, concretamente ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y conforme a los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo).

En todo caso, más allá de estas formulaciones terminológicamente desacertadas, profundicemos en la regulación que se hace de la constitución de cada una de las instituciones de apoyo que prevé el Anteproyecto: guarda de hecho, curatela y defensor judicial.

En primer lugar, la guarda de hecho carece por su propia naturaleza de procedimiento o acto de constitución alguno, pues consiste sencillamente en un mecanismo informal de apoyo a la persona con discapacidad en su entorno natural más cercano, en particular en la propia familia, al que sin embargo el Anteproyecto -en contraste con el régimen jurídico actualmente vigente, que la diseña como una situación meramente excepcional y transitoria (artículo 303.1)- confiere explícitamente carácter estable (nuevo artículo 261: “Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad, *continuará en el desempeño de su función*, a menos que existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente”), e incluso preferente respecto de la institución de apoyo a la que se presta más atención en el Anteproyecto, la curatela, pues el artículo 267 dispone que “la autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”; todo ello con la plausible finalidad, apuntada por la Exposición de Motivos, de evitar que la persona con discapacidad que requiere apoyos tenga que someterse siempre a la carga de un procedimiento judicial¹⁴. Puede presumirse, pues, que la guarda de hecho constituye un mecanismo de apoyo que cuenta con la aceptación tácita de la persona con discapacidad, siendo suficiente en este caso, para garantizar que no se proporciona el apoyo contra su voluntad, que se reconozca la facultad de la persona de poner fin a la guarda, como efectivamente hace el Anteproyecto en el artículo 265, al que se hará referencia seguidamente.

Debe ponerse de relieve, además, que la guarda de hecho constituye un mecanismo de apoyo mínimamente intrusivo en la esfera jurídica de la persona con discapacidad, pues precisamente el hecho de que carezca de formalización alguna permitirá que ésta pueda realizar por sí sola cualquier acto jurídico o con trascendencia jurídica, desde disponer de sus bienes a abrir una cuenta corriente o matricularse en un curso de formación. Existe además la posibilidad de que esos actos puedan ser

¹⁴ Ha subrayado la importancia de este aspecto DEVANDAS, C., *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre las reformas en materia de capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones*, 2018, núm. 42; disponible en <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/SRDisabilities/Pages/Reports.aspx> (fecha de última consulta: 30 de julio de 2019). Cfr. asimismo PEREÑA, M., “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley”, cit., pp. 61-83, quien acertadamente afirma que la nueva regulación “convierte en princesa a la Cenicienta de las instituciones de protección” (p. 62); sobre el régimen jurídico actualmente vigente, puede verse LESCANO FERIA, P., *La guarda de hecho*, Madrid, Dykinson, 2017, 429 pp.

realizados por el guardador en nombre de la persona bajo guarda, en cuyo caso “no podrán ser impugnados si responden a su voluntad, deseos y preferencias”, como establece el nuevo artículo 262, modificando acertadamente el criterio actualmente vigente –que conservaba la redacción originaria del Anteproyecto de Ley-, que refiere la imposibilidad de impugnación a los actos que “redundan en su utilidad” (artículo 304). Como ha observado la doctrina respecto del actual precepto, nos encontramos ante actos realizados por persona que carece de capacidad para ello, que sin embargo resultan convalidados si han sido realizados por el guardador de hecho y responden –de acuerdo con el nuevo criterio- a la voluntad, deseos y preferencias de la persona a su cuidado; si se prueba, en cambio, que no respondieron a su voluntad, deseos y preferencias, el acto será anulable por aplicación del régimen general del artículo 1259¹⁵. Así pues, el apoyo a la toma de decisiones que presta el guardador de hecho podrá consistir precisamente en que él lleve a cabo los actos jurídicos que la persona con discapacidad desea realizar, expresando su voluntad y preferencias. No obstante, resulta problemático que el artículo 261 permita que el guardador de hecho asuma formalmente facultades de representación, con autorización judicial, que “deberá realizarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria en el que habrá de ser oída la persona interesada”, autorización que puede referirse tanto a actos de naturaleza patrimonial –si bien no podrán exceder de la “mera administración ordinaria”- como de naturaleza personal, pues el precepto la requiere expresamente para “prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado”, lo que parece estar aludiendo al consentimiento para tratamientos médicos o para el internamiento en instituciones residenciales. Y aunque el artículo 248, en su segundo párrafo, que ya ha sido citado más arriba, dispone que “las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera”, y en su tercer párrafo parece limitar la asunción de las instituciones representativas por las instituciones de apoyo a aquellos casos en que “pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona”, en la actual redacción del artículo 261 no resulta claro si la representación a la que este precepto alude se limita a esas situaciones excepcionales, o, al referirse tan sólo a actos concretos, puede darse también fuera de las situaciones excepcionales aludidas por el párrafo tercero del artículo 248. Si se siguiese esta interpretación, nos encontraríamos ante una sustitución en la toma de decisiones prohibida por el

¹⁵ Cfr. PARRA LUCAN, M. A.; “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 237-242.

artículo 12 de la Convención. Para cerrar el paso a esta posible interpretación, y dada la larga tradición que existe en nuestro Derecho de sustitución de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en la toma de decisiones, sería necesario que el precepto contuviese una remisión expresa al párrafo tercero del artículo 248¹⁶.

En todo caso, lo decisivo para garantizar la voluntariedad del apoyo, en el caso de la guarda de hecho, es que la persona concernida tenga la facultad de poner fin a la misma. En este sentido, y como ya se ha adelantado, el nuevo artículo 265 del Código civil, en su numeral primero, dispone en efecto que la guarda de hecho se extingue “cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo”. Puesto que el único modo para organizar el apoyo que prevé el Código civil distinto de la guarda de hecho es la institución de la curatela, da la impresión de que esta solicitud ha de instrumentarse mediante la iniciación de un expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo, que puede ser promovido efectivamente por la propia persona con discapacidad, conforme a los nuevos artículos 42 bis a) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (que será de aplicación si no existe oposición de ninguno de los legitimados para instarlo) y 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No parece razonable, sin embargo, que la única vía de que dispone la persona con discapacidad para la terminación de la guarda de hecho sea la iniciación de un procedimiento judicial. Debería preverse, por el contrario, la posibilidad de que la persona con discapacidad establezca el régimen de los apoyos que desea y designe a las personas que han de prestarlos a través de una declaración unilateral –elevada en su caso a escritura pública-, como contemplan expresamente las recientes reformas legales aprobadas en Perú y Colombia¹⁷. En cambio, nuestro Anteproyecto contempla la figura de las declaraciones anticipadas y poderes preventivos, a través de los cuales una persona puede establecer las medidas

¹⁶ El párrafo segundo del artículo 261 tiene la siguiente redacción en el Proyecto de Ley: “Cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá realizarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria en el que habrá de ser oída la persona interesada. La autorización podrá ser concedida, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias de cada caso. La autorización judicial podrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo”. La propuesta que se hace en el texto implicaría modificar el inciso inicial de este párrafo, dándole la siguiente redacción: “Cuando, en los supuestos mencionados por el párrafo tercero del artículo 248, deban realizarse actos jurídicos que requieran acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho...”

¹⁷ La legislación civil peruana fue modificada en esta materia por el Decreto Legislativo 1384, de 3 de septiembre de 2018, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones; el nuevo artículo 659-D del Código civil establece: “La persona mayor de edad que requiera de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede designarlo ante un notario o un juez competente”. Por su parte, en Colombia se aprobó el pasado año la Ley 1996 de 2019 (26 de agosto) por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, cuyos artículos 15 y siguientes regulan los “acuerdos de apoyo”, que se definen como “un mecanismo de apoyo formal por medio del cual una persona, mayor de edad, formaliza la designación de la o las personas, naturales o jurídicas, que le asistirán en la toma de decisiones respecto a uno o más actos jurídicos determinados”.

oportunas “en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás” (artículo 255), pero no parece que ese instrumento pueda ser utilizado por una persona que ya precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad para instituir medidas de apoyo inmediatamente efectivas (aunque algún comentarista parece sugerir la opinión contraria¹⁸).

Finalmente -y al margen de las causas de extinción de la guarda de hecho previstas en los numerales segundo y tercero, ajenas a la cuestión que nos ocupa- el artículo 265, en su numeral cuarto, también dispone que la guarda de hecho se extingue “cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente”. Esta disposición resulta problemática, pues ignora la voluntad y preferencias de la persona al decidir sobre la terminación de la guarda de hecho. Sería más correcto redactar este párrafo en los siguientes términos: “cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de cualquiera de las personas legitimadas para iniciar el procedimiento judicial de provisión de apoyos, la autoridad judicial constate que la persona con discapacidad no desea mantener la guarda de hecho, o que existe una situación o riesgo inmediato de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida”. Es decir, lo que se propone es, por un lado, que el Juez no pueda decidir la terminación de la guarda de hecho si a la persona con discapacidad le parece adecuado este mecanismo de apoyo, salvo que exista una situación o riesgo inmediato de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida; y, por otro lado, que, en caso de que se dé una de estas situaciones, que desmentirían la aceptación tácita de la guarda de hecho por la persona con discapacidad, deba procederse a su extinción. Para reforzar la idea de que el criterio rector para el mantenimiento o extinción de la guarda de hecho es la voluntad de la persona, podría añadirse un párrafo final al artículo 265, en el que se indique que, cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad de la persona respecto del mantenimiento o la extinción de la guarda de hecho, deberán tenerse en cuenta los criterios definidos por el párrafo tercero del artículo 248 (“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”). Por lo demás, parece razonable reconocer la facultad de instar la extinción de la

¹⁸ Se ha señalado, concretamente: “Es indudable que estas herramientas también pueden ser utilizadas por personas con dificultades para tomar decisiones plenamente conscientes y voluntarias en relación a determinados actos, pero que poseen discernimiento suficiente para decidir quién desean que le ayude a la hora de adoptarlas” (GARCIA RUBIO, M. P.; “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, V - 3, junio-septiembre 2018, p. 36)

guarda de hecho no sólo a quien se interese por ejercer el apoyo, sino a todas las personas legitimadas para iniciar el procedimiento de provisión de apoyos (su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, y sus descendientes, ascendientes, o hermanos), que, por su cercanía a la persona con discapacidad, pueden estar en condiciones de conocer o denunciar posibles situaciones de abuso (ello al margen de que esta legitimación debiera extenderse a personas no sólo integrantes del núcleo familiar, sino también del núcleo social más cercano a la persona, como ha apuntado Patricia Cuenca¹⁹).

No obstante, la regulación de la curatela es la que resulta más problemática desde la perspectiva apuntada en estas páginas. En efecto, los preceptos del Código civil y de la legislación procesal no dejan duda alguna de que es posible instituir la curatela contra la expresa voluntad de la persona: como indica el nuevo artículo 267 del Código, “la autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”; el artículo 42 bis b) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria indica por su parte que, si la persona con discapacidad se opone a las medidas de apoyo solicitadas, el Juez puede dictar las que estime convenientes con validez provisional (30 días), y cabe entonces plantear la demanda por el cauce del procedimiento contencioso (en el que también pueden adoptarse medidas cautelares, conforme al artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Una vez constituida la curatela, la persona con discapacidad podrá en cualquier momento solicitar su extinción a través del incidente de modificación de las medidas de apoyo (artículo 765 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero tampoco en este caso su voluntad es decisiva, pues es el juez el que resuelve sobre el mantenimiento o modificación de las medidas de apoyo.

Pero no sólo la constitución de la curatela, sino también el propio nombramiento del curador puede ser contrario a la voluntad de la persona. En efecto, de forma anticipada la persona puede proponer el nombramiento de curador, así como establecer las disposiciones que estime oportunas respecto del contenido y el funcionamiento de la curatela, o excluir a determinadas personas del cargo de curador (artículo 269), y esta “propuesta de nombramiento y demás disposiciones voluntarias a que se refiere el artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela”, si bien “la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de las mismas, de oficio o a instancia de las

¹⁹ Cfr. CUENCA GÓMEZ, P.; “Sobre la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica”, en *Avanzando en la inclusión*, cit., p. 240.

personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, y siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció, o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones” (artículo 270), precepto cuando menos equívoco, que debería hacer referencia más bien a aquellos supuestos en que, no siendo posible conocer la voluntad actual de la persona necesitada de apoyo, pueda presumirse que las disposiciones que en su momento adoptó no se corresponden con su voluntad y preferencias, por los motivos enunciados en el inciso final del precepto. No obstante, a lo que sí queda vinculado el juez es a la decisión anticipada de la persona de excluir a alguna persona del cargo de curador, pues tal exclusión constituye una causa de inhabilidad para el ejercicio de la curatela conforme al artículo 273. Por lo demás, si la persona no ha adoptado esas disposiciones anticipadas, una vez instado el procedimiento de provisión de apoyos es el juez el que designa al curador -estando obligado tan sólo a “tener en cuenta” las preferencias de la persona que precisa apoyo-, y para ello el artículo 274 le indica un concreto orden de prelación, si bien puede apartarse del mismo en función de las preferencias de la persona, o bien porque entienda que una persona determinada es más idónea para comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Resulta claro, pues, que puede designarse un curador contra la voluntad de la persona, pues el juez sólo está obligado a tenerla en cuenta, no a seguirla, sin que el Código limite en modo alguno su potestad para apartarse de ella (es llamativo, además, que el nuevo artículo 42 bis b de la Ley de Jurisdicción Voluntaria indique que no se considera oposición, a efectos de transformar el procedimiento judicial de voluntario en contencioso, la relativa únicamente a la designación del curador); en los casos en que no es posible conocer la voluntad de la persona, el Juez tampoco tiene que buscar la mejor interpretación de su voluntad y preferencias, sino sencillamente aplicar el orden de prelación que se le indica para el nombramiento del curador. Así pues, y en resumen, la constitución de la curatela y la designación del curador pueden ser contrarias a la voluntad de la persona, lo que, de acuerdo con las conclusiones obtenidas en el anterior epígrafe del presente estudio, constituye una clara vulneración de la Convención.

Las mismas conclusiones pueden obtenerse en relación con la tercera de las instituciones de apoyo regulada por el Anteproyecto, el defensor judicial. En este caso se trata de una figura de apoyo de carácter provisional u ocasional, como indican claramente los artículos 249 y 293 del Código civil, y sería por tanto la figura idónea para atender las excepcionales situaciones de abuso o manipulación de una persona que no desea una figura de apoyo permanente, a las que se ha hecho referencia en el

apartado anterior. Ahora bien, el Anteproyecto no limita la provisión del defensor judicial a estas situaciones, sino que, en el apartado primero del artículo 293, indica que se designará un defensor judicial “cuando la persona con discapacidad precise apoyo de forma ocasional, aunque sea recurrente” (por lo demás, los apartados segundo a cuarto de este precepto prevén la designación de un defensor judicial en determinados supuestos en que es preciso sustituir a otra persona que presta apoyos). En cuanto al nombramiento del defensor judicial, el Código civil ni siquiera exige que se tengan en cuenta las preferencias manifestadas por la persona con discapacidad, ni rige para él el orden de prelación para el nombramiento de curador, de tal modo que el defensor judicial es designado por el juez con entera libertad. Podrían considerarse aplicables analógicamente al defensor judicial las normas establecidas para el nombramiento del curador, pero no parece que sea esa la voluntad del Anteproyecto, que en el artículo 295 extiende al defensor judicial algunos aspectos del régimen de la curatela -concretamente, las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador-, y no lo hace respecto del nombramiento. Así pues, y como hemos señalado en relación con la curatela, la provisión de un defensor judicial y la designación de la persona que ha de cumplir esta función pueden ser también contrarias a la voluntad de la persona con discapacidad a la que se dispensa el apoyo, lo que, nuevamente, constituye una vulneración de la Convención.

4. Conclusiones

Como se ha mostrado a lo largo de las páginas anteriores, 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 no resulta conforme con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, especialmente por lo que se refiere a la regulación de la curatela y del defensor judicial, en un aspecto esencial, como es la necesaria voluntariedad del apoyo, que, como se ha señalado acertadamente, es un derecho y no una obligación de la persona con discapacidad²⁰.

Para adecuarse plenamente a la Convención, el Anteproyecto habría de ser modificado, en mi opinión, al menos en los siguientes aspectos:

²⁰ Cfr. PORXAS ROIG, M. A.; “Análisis de la conformidad de la *nueva curatela* al modelo de apoyo a las decisiones”, en *Avanzando en la inclusión*, cit., especialmente p. 458.

a) Debe incorporarse la previsión de que la curatela no se constituirá si se opone expresamente a ello la persona con discapacidad. En coherencia con esta previsión en la legislación sustantiva (que podría figurar en el primer párrafo del artículo 267²¹), la legislación procesal deberá establecer que la oposición de la persona con discapacidad a la constitución de la curatela pone fin al procedimiento judicial de provisión de apoyos. Asimismo, y en concordancia con estas disposiciones, debe incluirse también como causa de extinción de la curatela (artículo 289) la solicitud de la persona con discapacidad de poner fin a la misma.

b) El nombramiento del curador debe ser conforme a la voluntad y preferencias de la persona que requiera el apoyo, y, si no existe preferencia alguna o no es posible conocerla, en lugar de un orden de prelación fijo el Juez debería nombrar a quien entienda que estará en mejor disposición de comprender, respetar y llevar a la práctica la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad. Esta propuesta comporta la modificación de los nuevos artículos 269, 270 y 274 del Código civil, en el siguiente sentido:

- En primer lugar, debe suprimirse el párrafo tercero del artículo 269, que dispone que “una vez instado el procedimiento de provisión de apoyos, no tendrá eficacia la propuesta de nombramiento de curador, si bien la autoridad judicial deberá tener en cuenta las preferencias manifestadas por la persona que precise apoyo”.

- El párrafo segundo del artículo 270, que permite que la autoridad judicial se aparte del nombramiento de curador y de las demás disposiciones voluntarias anticipadas, debería redactarse de tal forma que se garantice el respeto por el juez de la voluntad y preferencias de la persona necesitada de apoyo, en los siguientes términos: “No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de las mismas, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, y siempre mediante resolución motivada, si, no siendo posible conocer la voluntad actual de la persona necesitada de apoyo, puede presumirse que las disposiciones que en su momento adoptó no se corresponden con su voluntad y preferencias, por existir circunstancias graves desconocidas ella, o por alterarse las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones”.

²¹ Bastaría con añadir a la actual redacción del artículo 267.1 (“La autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”) un inciso final: “y siempre cuando ésta no se oponga expresamente”.

- Finalmente, se propone modificar por completo el régimen del nombramiento del curador, dando la siguiente redacción al artículo 274:

“Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 270, la autoridad judicial designará curador a quien sea propuesto por la persona necesitada de apoyo. Cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar su voluntad y preferencias, se deberá tener en cuenta su trayectoria vital, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de designar curador a quien se estime fundadamente que ella hubiera propuesto.

La autoridad judicial sólo podrá apartarse de la propuesta de la persona necesitada de apoyo motivadamente, por existir una situación o riesgo inmediato de abuso o influencia indebida por parte de la persona propuesta, o de conflicto de intereses entre ésta y la persona necesitada de apoyo. En este caso, así como en defecto de propuesta o preferencia alguna, deberá designar curador a la persona de su entorno familiar o social más cercano, o a la persona jurídica en que concurran las condiciones indicadas en el párrafo segundo del artículo anterior, que considere más idónea para comprender, respetar y llevar a la práctica la voluntad y preferencias de la persona necesitada de apoyo”.

Las modificaciones indicadas permitirían que el nombramiento del curador fuese plenamente acorde con la Convención. El régimen propuesto consiste, en sustancia, en que: a) si la persona necesitada de apoyo ha indicado a quién desea que se designe curador en una declaración anticipada, la autoridad judicial debe asumir esa propuesta, salvo que pueda estimarse que esa propuesta ya no se corresponde con su voluntad y preferencias, porque han surgido o se han conocido circunstancias graves que no existían o no eran conocidas en el momento de hacer la propuesta; b) si no existe declaración anticipada, debe designarse curador a quien la persona concernida proponga en el momento de proceder a la constitución de la curatela, y si no es posible conocer su voluntad debe intentar averiguarse en función de su trayectoria vital a quien habría propuesto, siendo posible apartarse de esta propuesta sólo si existe una situación o riesgo inmediato de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida; c) en caso de que la persona necesitada de apoyo no manifieste propuesta alguna, no sea posible reconstruir su preferencia o la propuesta no sea idónea por las razones indicadas, el juez deberá designar a la persona más apta para respetar, comprender y llevar a la práctica las preferencias de la persona con discapacidad, sin que tenga sentido el establecimiento de un orden de prelación.

c) Al margen de los supuestos en que el defensor judicial sustituye provisionalmente a otro prestador de apoyos, en el supuesto general del párrafo primero del artículo 293 debe indicarse que no es posible el nombramiento de un defensor judicial contra la expresa voluntad de la persona, salvo que nos encontremos ante una concreta situación de conflicto de intereses o influencia indebida. Se propone, pues, la siguiente redacción del artículo 293:

“Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes:

1º Cuando la persona con discapacidad precise apoyo de forma ocasional, aunque sea recurrente, y siempre cuando no se oponga expresamente a su nombramiento. No obstante, podrá designarse también un defensor judicial para prestar apoyo en la realización de un acto jurídico determinado, en relación con el cual sea preciso evitar un riesgo inmediato de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida (...).”

d) Debe extenderse al defensor judicial el mismo procedimiento que acaba de proponerse para la designación del curador, modificando con este fin el artículo 295, para incluir también el nombramiento entre los elementos del régimen de la curatela que son de aplicación al defensor judicial.

Nos encontramos, en fin, ante un aspecto de la regulación de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica que no resulta en modo alguno baladí. En efecto, la posibilidad de que puedan establecerse medidas de apoyo contra la expresa voluntad de la persona implica mantener la tradicional visión paternalista, que contemplaba la tutela y la curatela como instituciones encaminadas –entre otros aspectos- a proteger a la persona con discapacidad de sus propias decisiones equivocadas. El nuevo paradigma instaurado por la Convención supone, por el contrario, situar como el eje del sistema de apoyos la libertad de las personas con discapacidad de tomar sus propias decisiones. La primera decisión es, precisamente, la de contar o no con apoyos y la de elegir, en su caso, la persona que ha de prestarlos.

5. Bibliografía

ALEMANY, M.; “Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General n.º 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 2018, pp. 201-222. <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/6556/5678>

ARSTEIN-KERSLAKE, A.; *Restoring Voice to People with Cognitive Disabilities: Realizing the Right to Equal Recognition Before the Law*, Cambridge University Press, 2017, 249 pp.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación General n.º 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*, 2014, n. 21, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement> (fecha última consulta: 30 de julio de 2019).

CUENCA GÓMEZ, P.; *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, prólogo de R. de Asís, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares-Defensor del Pueblo, 2012, 249 pp.

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”, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 10, diciembre 2012, pp. 61-94. DOI: <http://dx.doi.org/10.18172/redur.4104>

CUENCA GÓMEZ, P.; “Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 38, 2018, pp. 82-101. DOI: <https://doi.org/10.7203/CEFD.38.13308>

CUENCA GÓMEZ, P.; “Sobre la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica”, en *Avanzando en la inclusión: Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de la Discapacidad*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 109-132.

DAWSON, J.; “A realistic approach to assessing mental health laws’ compliance with the UNCRPD”, *International Journal of Law and Psychiatry*, 40, 2015, pp. 70–79. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2015.04.003>

DEVANDAS, C., *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre las reformas en materia de capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones*, 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/SRDisabilities/Pages/Reports.aspx> (fecha de última consulta: 30 de julio de 2019).

DHANDA, A.; “Legal capacity in the Disability Rights Convention: stranglehold of the past or lodestar for the future?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34, 2007, pp. 438-456. https://www.academia.edu/3572464/Legal_Capacity_in_the_Disability_Rights_Convention_Stranglehold_of_the_Past_or_Lodestar_for_the_Future_2006_2007

DONELLY, M.; “Best Interests in the Mental Capacity Act: Time to Say Goodbye?”, *Medical Law Review*, 24, 2016, pp. 318-332. <https://doi.org/10.1093/medlaw/fww030>

ELIZARI URTASUN, L.; “El derecho a la vida independiente en el Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, en *Avanzando en la inclusión: Balance de logros*

alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de la Discapacidad, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 281-295.

GARCIA RUBIO, M. P.; “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, V - 3, junio-septiembre 2018, pp. 29-60. <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/368>

LESCANO FERIA, P., *La guarda de hecho*, Madrid, Dykinson, 2017, 429 pp.

MARTINEZ-PUJALTE, A.L.; “Legal capacity and supported decision-making: Lessons from some recent legal reforms”, *Laws*, 8, 2019, 4. DOI: <https://doi.org/10.3390/laws8010004>

NANDINI, D. – BICKENBACH, J. – STUCKI, G.; “Moving towards substituted or supported decision-making? Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Alter European Journal of Disability Research*, 5, 2011, pp. 249-264. <https://doi.org/10.1016/j.alter.2011.07.002>

PALACIOS, A.; *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, prólogo de R. de Asís, Madrid, Cinca, 2008, 524 pp.

PARRA LUCAN, M. A.; “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 211-264.

PEREÑA, M.; “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley”, *Revista de Derecho Civil*, V-3, julio-septiembre 2018, pp. 61-83. <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/364/282>

PORXAS ROIG, M. A.; “Análisis de la conformidad de la *nueva curatela* al modelo de apoyo a las decisiones”, en *Avanzando en la inclusión: Balance de logros alcanzados y agenda pendiente en el Derecho español de la Discapacidad*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 445-461.

RICHARDSON, G.; “Mental disabilities and the Law: From substitute to supported decision-making?”, *Current Legal Problems*, 65, 2012, pp. 333–354. <https://doi.org/10.1093/clp/cus010>

SZMUKLER, G. – DAW, R. – CALLAR, F.; “Mental health law and the UN Convention on the rights of persons with disabilities”, *International Journal of Law and Psychiatry*, 37, 2014, pp. 245–252. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2013.11.024>