

## LA CONFIGURACIÓN DE LOS APOYOS

Patricia Cuenca Gómez

Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid.

**Ponencia presentada en la Conferencia ALFA: Discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad (2, 3 y 4 de septiembre de 2014, Lima, Perú).**

En esta ponencia se centrará en el análisis del sistema de apoyo en la toma de decisiones por el que aboga la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD)<sup>1</sup> como herramienta indispensable para hacer realidad el derecho de las personas con discapacidad al ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

En este sentido dividiré mi exposición en cuatro partes:

- 1) En primer lugar analizaré el significado del cambio de paradigma que impone la CDPD en el ámbito de la capacidad jurídica desde el modelo de sustitución al modelo de apoyo en la toma de decisiones, dando cuenta de los principios básicos inspiradores de ambos sistemas.
- 2) En segundo lugar, expondré los rasgos básicos generales que a tenor de lo indicado en la CDPD y de lo señalado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su *Observación General* número 1 (2014) sobre el artículo 12 deben cumplir los sistemas de apoyo.
- 3) En tercer lugar, haré una propuesta más concreta de configuración jurídica del sistema de apoyo cuyos lineamientos básicos creo que podrían ser válidos tanto para el sistema español como para el sistema peruano.
- 4) Finalmente realizaré algunas reflexiones en relación con la implantación legal y social del modelo de apoyo.

### **1. Del modelo de sustitución al modelo de apoyo en la toma de decisiones. Principios básicos.**

Es común señalar que la CDPD supone una auténtica revolución respecto del tratamiento tradicional de la capacidad jurídica en las legislaciones nacionales. Esta revolución suele sintetizarse en el paso del «modelo de sustitución» en la toma de decisiones, que parte de la configuración tradicional del sistema de incapacitación o interdicción, a un nuevo «modelo de apoyo» o «asistencia» en la toma de decisiones que trata de hacer realidad la igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>2</sup> (y con ello en el ejercicio de los derechos).

La institución de la incapacitación o interdicción y su sistema de sustitución en la toma de decisiones se basan en un enfoque propio del Derecho privado y se inspiran en una concepción de la discapacidad anclada en el modelo médico y en la perspectiva asistencialista.

---

<sup>1</sup> Aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York y en vigor desde el 3 de mayo de 2008.

<sup>2</sup> PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Madrid, CINCA, 2008, págs., 420 y ss.

El modelo médico parte de la consideración de que las personas “normales” poseen ciertas capacidades cognitivas – sentir, razonar, comunicarse de determinados modos o maneras consideradas apropiadas – que les convierten en agentes “capaces” para tomar decisiones sobre su vida y sus derechos de un forma “correcta”, es decir, de manera libre, autónoma, independiente y responsable<sup>3</sup>. Partiendo de tal premisa, aquellas personas que no encajan en este patrón “estándar” abstracto e ideal – singularmente sujetos con discapacidades psíquicas, mentales, psicosociales pero en ocasiones también sensoriales – son directa o indirectamente etiquetadas como “incapaces”. La respuesta que este modelo ofrece a las personas que tienen dificultades para adoptar sus propias decisiones según los anteriores parámetros de “normalidad” consiste, de un lado, en negarles dicho derecho restringiendo, limitando e incluso anulando su capacidad jurídica. Y, de otro, en conferir dicho derecho a un tercero (tutor, curador) que completa su limitada capacidad, sustituyendo a la persona con discapacidad en la adopción de las elecciones que no puede realizar por sí mismo y en el ejercicio de los derechos con ellas vinculados. Así, el llamado modelo de sustitución en la toma de decisiones se presenta como pieza imprescindible del tratamiento de la capacidad jurídica desde la óptica del enfoque médico.

En todo caso, la limitación y sustitución en el ejercicio de la capacidad jurídica no se considera discriminatoria, sino una diferencia justificada en tanto se estima necesaria para proteger a la propia persona con discapacidad<sup>4</sup>. Este fundamento claramente proteccionista explica la *vis expansiva* de la incapacitación o interdicción que irradia en diferentes ámbitos tanto patrimoniales como personales, esto es, en el ejercicio de todos los derechos y la opción preferente, en la práctica, por la sustitución total de la persona en todas sus esferas de actuación desde la consideración de que «si se trata sólo de proteger, cuanto más protección, mejor»<sup>5</sup>.

En todo caso, la interdicción o incapacitación también pretende proteger la integridad, el valor y la utilidad de ciertas prácticas consideradas socialmente relevantes determinando quiénes pueden y quiénes no pueden participar en ellas. En este punto resulta esencial tener en cuenta que en muchas legislaciones nacionales, y también en la legislación española y peruana, la capacidad jurídica es regulada en el ámbito de la legislación civil de acuerdo con los principios y necesidades propias del Derecho privado<sup>6</sup>. Desde este

---

<sup>3</sup> Vid. también R. de ASÍS ROIG, “Sobre la capacidad jurídica”, en BARRIFFI, F., y PALACIOS, A., (coords.), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediar, Buenos Aires, 2012.

<sup>4</sup> En esta idea ha venido insistiendo la jurisprudencia española en la materia. Así, por todas, puede verse la sentencia STS de 31 diciembre 1991, sala de lo civil, RJ 1991/9483, en la que se afirma: «ésta y no otra es la finalidad primordial de la incapacitación: la protección de la persona que no se halla en condiciones físicas o psíquicas de protegerse a sí misma». Este aspecto se repite en la STS de 29 abril 2009 ya citada: «Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona»

<sup>5</sup> SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. Y ÁLVAREZ LATA, N., «[El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad](#)»: una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Derecho privado y Constitución*, núm. 4, 2010, págs. 11-66, pág. 29.

<sup>6</sup> BARRIFFI, F., «Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU» en PÉREZ BUENO, L.C. (dir.) y SASTRE, A., (coord.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad, Estudios en Homenaje a Rafael de Lorenzo*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, págs. 353-390, pág. 356.

enfoque, la capacidad jurídica es abordada básicamente como una cuestión técnica<sup>7</sup> relacionada con la intervención en el tráfico jurídico y conforme con el fin básico de proteger la seguridad del mismo. Y, en estas coordenadas, la representación y la administración del patrimonio se presentan como un modelo cómodo.

Además, y en relación con lo anterior, el Derecho privado se ha venido mostrando muy poco permeable a los principios – acordes con el modelo social y el discurso de los derechos humanos – que en los últimos años han ido marcando la evolución del tratamiento de la discapacidad en el ámbito del Derecho público<sup>8</sup>.

En este sentido, se ha afirmado, con razón, que el modelo de sustitución vigente da prioridad a la protección y a la seguridad jurídica sometiendo, en ocasiones en exceso, la autonomía de las personas con discapacidad<sup>9</sup>.

Pues bien, el nuevo sistema de apoyo en la toma de decisiones se inspira en un enfoque y en unos principios claramente alejados de los parámetros que guían la regulación actual de la capacidad jurídica en los sistemas nacionales (incluidos el sistema español y peruano).

La CDPD aborda la cuestión de la capacidad jurídica desde la óptica del **modelo social**.

Y se enfrenta a la ideología de la normalización propia del modelo médico desde las siguientes consideraciones:

- 1) La capacidad jurídica no es algo “natural”, sino una construcción social que históricamente ha servido para excluir del mundo del Derecho y de los derechos a determinados colectivos, entre ellos, a las personas con discapacidad<sup>10</sup>.
- 2) Dicha construcción social ha privilegiado cierto tipo de capacidades<sup>11</sup> y determinadas maneras de desarrollarlas consideradas “estándar”,

---

<sup>7</sup> QUINN, G., «An ideas paper on Legal Capacity» Disability, European Foundation Center, Bruselas, 2009, disponible en [www.efc.be/Networking/InterestGroupsAndFora/.../EFCGQfinal.doc](http://www.efc.be/Networking/InterestGroupsAndFora/.../EFCGQfinal.doc); fecha de consulta 10 de noviembre de 2012.

<sup>8</sup> SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. Y ÁLVAREZ LATA, N., «[El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad](#)», cit., pág. 13.

<sup>9</sup> Idem, pág. 45.

<sup>10</sup> Vid. DHANDA, A, “Advocacy Note on Legal Capacity”, World Network of Users and Survivors of Psychiatry, p. 1: “Lo primero que hay que valorar en relación con la capacidad jurídica es que es una construcción social y de este modo refleja elecciones que las sociedades han hecho en diferentes épocas. Históricamente, la capacidad ha sido un atributo o una presunción que el Derecho ha concedido o denegado a diferentes poblaciones... De este modo, cuando nos estamos preguntando por la incapacitación legal que se aplica contra nosotros (personas con discapacidades psicosociales), estamos, por decirlo de algún modo, pisando caminos que ya han sido recorridos por otros grupos excluidos. Estamos afirmando que la incapacitación que la sociedad sitúa en relación a algunos de nosotros es falsa y que tenemos derecho a vivir, como los demás, en nuestros propios términos”( [www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/.../WNUSP\\_Legal\\_Capacity.doc](http://www2.ohchr.org/SPdocs/CRPD/.../WNUSP_Legal_Capacity.doc)). También T. MINKOWITZ, insiste en que la capacidad jurídica es una construcción social y legal y no un atributo de la persona “The paradigm of supported decision making”, presentación basada en los trabajos desarrollados en Grupo de Trabajo sobre la capacidad jurídica ([www.publicadvocate.vic.gov.au/.../0909\\_Supported\\_Decision\\_Making.pdf](http://www.publicadvocate.vic.gov.au/.../0909_Supported_Decision_Making.pdf)).

<sup>11</sup> A. DHANDA, “Advocacy Note on Legal Capacity”, cit., pp. 2 y 3 : “La construcción de la capacidad jurídica está basada sobre estándares normativos respecto de habilidades cognoscitivas. Esa prioridad que se otorga a las habilidades cognoscitivas es cuestionable dado que no todos nosotros utilizamos las habilidades cognoscitivas para tomar nuestras decisiones. ¿Aquellos que nos basamos en emociones o en intuiciones para tomar nuestras decisiones deberíamos ser considerados incapaces? El Derecho, al otorgar primacía a cierta manera de ser o estar en el mundo parece estar fabricando etiquetas de incapacidades.” Igualmente, MINKOWITZ, T., “The paradigm of supported decision making”, cit., sostiene que la

discriminando a aquéllos que no poseen plenamente tales capacidades o que las realizan de otro modo. Frente a esta visión, el modelo social afirma que no puede justificarse que unas capacidades valgan más que otras, ni que existan formas correctas de desarrollarlas<sup>12</sup>.

- 3) La idea de “normalidad” que maneja el modelo médico no es más que un mito. En efecto, la mayoría de las personas consideradas “normales” - y etiquetadas, por tanto, como “capaces” - adoptan sus elecciones de forma interdependiente; condicionadas por el contexto social, económico etc.; buscando el apoyo y consejo de los demás (expertos, amigos); no siempre toman sus decisiones de manera “racional”; ni escogen aquéllas opciones más adecuadas para su “mejor interés”<sup>13</sup>.
- 4) La idea capacidad es un concepto “gradual” y “relativo”<sup>14</sup> y no un concepto “binario”<sup>15</sup>. La sociedad no se divide en sujetos capaces e incapaces, sino que está conformada por sujetos con capacidades diversas, que pueden encontrarse en diferentes situaciones, enfrentarse a más o menos dificultades para desarrollar su autonomía moral y necesitar niveles de ayuda o asistencia distintos y más o menos intensos para adoptar sus decisiones.
- 5) La diferencia en las capacidades y dificultades que las personas con discapacidad pueden tener para tomar sus propias decisiones pueden estar ocasionadas y desde luego verse agravadas por la manera en la que hemos diseñado nuestro entorno (intelectual, comunicacional).<sup>16</sup>

Asumiendo esta visión, el artículo 12 se centra en la eliminación de barreras y en la adaptación de las condiciones de ejercicio de la capacidad jurídica a la situación y a las necesidades de las personas con discapacidad. Y en esta adaptación el papel de los apoyos, cuestión en la que luego se insistirá, resulta crucial. La capacidad jurídica es una construcción social que debe rediseñarse para incluir a las personas con discapacidad. Ya no se trata de detectar los déficits que impiden el ejercicio de la capacidad y justifican la sustitución por un tercero en la toma de decisiones. De lo que se trata es de analizar la situación de la persona y establecer las medidas necesarias – que pueden consistir en el apoyo de un tercero – para que pueda ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

En conexión con la asunción del modelo social, la CDPD impone el reemplazo del punto de vista asistencialista y del enfoque iusprivatista **por la perspectiva de los derechos humanos**.

A mi modo de ver, en su proyección concreta en el ámbito de la capacidad jurídica este cambio posee dos dimensiones, estrechamente relacionadas. En primer lugar implica que la cuestión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad debe ser abordada de manera prioritaria desde los valores, principios y fines básicos que presiden el discurso de los derechos humanos (autonomía, participación, independencia, igualdad) que ha de permear también, de una vez por todas, el Derecho privado, en segundo lugar, y en conexión con lo anterior, pone de relieve que el reconocimiento de

---

capacidad jurídica, al construirse como dependiente de determinadas capacidades cognitivas, perceptivas, físicas, de comunicación y relacionales discrimina por motivos de discapacidad.

<sup>12</sup> ASÍS ROIG, R. de, “Sobre la capacidad jurídica”, antes citado.

<sup>13</sup> “Key elements of a system for supported decision making”, Inclusion Europe, cit.

<sup>14</sup> ASÍS ROIG, R. de, “Sobre la capacidad jurídica”, cit.

<sup>15</sup> QUINN, G., “An ideas paper on Legal Capacity”, cit.

<sup>16</sup> ASÍS ROIG, R. de, “Sobre la capacidad”, cit.

la capacidad jurídica constituye no sólo una condición necesaria para la válida intervención en el tráfico jurídico, sino también y sobre todo un requisito imprescindible para el ejercicio de todos los derechos humanos.

Por lo que respecta a la primera de las consideraciones apuntadas, 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. El respeto de la autonomía de las personas con discapacidad requiere, de un lado, en un sentido negativo, el respeto de la libre elección de planes de vida que no puede verse restringida por razón de discapacidad. Y, en un sentido positivo, reclama 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<sup>17</sup>. 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. En este sentido, el modelo de apoyo se conecta también con el principio de vida independiente.

También el principio de participación plena e inclusión en la vida social, mencionado asimismo en el artículo 3 de la CDPD y presente a lo largo de todo su articulado, se plasma claramente en las previsiones del artículo 12. En este ámbito dicho principio implica la participación de las personas con discapacidad en la toma de todas las decisiones que les afecten en «*todos los aspectos de la vida*». A diferencia del sistema de sustitución, el sistema de apoyo garantiza esta participación. Dicha garantía se concreta, además, en la exigencia de respetar en el funcionamiento de este sistema la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, contemplada como una de las salvaguardas a las que alude el apartado 4 del artículo 12.

Del mismo modo que sucede en la regulación de otros derechos, también el artículo 12 de la CDPD es el resultado de la interacción del principio de igualdad y no discriminación con el derecho al ejercicio de la capacidad jurídica. En efecto, este precepto identifica contenidos adicionales, necesidades extra, medidas instrumentales y garantías específicas – medidas de apoyo, salvaguardas – para asegurar que las personas con discapacidad puedan acceder al ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás y sin discriminación alguna. En este punto el artículo 12 conecta con el artículo 5 de la CDPD que prohíbe la discriminación por motivos de discapacidad definida en el artículo 2 como «*cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo*».

La accesibilidad universal y los ajustes razonables adquieren una relevancia central en la cuestión del ejercicio de la capacidad jurídica<sup>18</sup>. El reconocimiento de la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad requiere, en efecto, que se cumplan las exigencias de accesibilidad en todos los ámbitos en los que debe ejercerse

---

<sup>17</sup> ASÍS ROIG, R. DE, «La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, elección, Derecho y Poder» en CAMPOY CERVERA, I., (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2004, págs. 59-73, pág. 67.

<sup>18</sup> ASÍS ROIG, R. DE, «Sobre la capacidad», cit.

la capacidad jurídica y donde las dificultades persisten, no se trata de transferir el derecho a decidir a un tercero, sino de poner a disposición de las personas los apoyos individualizados necesarios<sup>19</sup>. Estos apoyos pueden ser concebidos como ajustes razonables en el ámbito de la capacidad jurídica, para que la persona pueda tomar sus propias decisiones. Ciertamente, tanto la doctrina como el Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, en su Observación General núm. 1 (2014) sobre el artículo 12 han insistido en la necesidad de diferenciar los ajustes y los apoyos y ello con el objetivo de justificar que el límite de la carga desproporcionada o indebida que se proyecta expresamente en la adopción de ajustes no afecta a los mecanismos de apoyo en la toma de decisiones. Aunque esta estrategia tenga un objetivo loable parece difícil diferenciar ambos mecanismos pero, además, tampoco el derecho al uso y prestación de apoyos (al que luego me referiré) puede ser considerado un derecho absoluto, por lo que, finalmente estaría limitado en la misma medida que los ajustes (como expliqué en mi anterior ponencia) por la idea de razonabilidad (que remite a la afectación grave e inaceptable de otros derechos).

Por lo que respecta a la segunda de las consideraciones realizadas, importa señalar que el reconocimiento de la capacidad jurídica constituye la puerta de acceso al discurso jurídico<sup>20</sup> y al ejercicio de todos los derechos<sup>21</sup>. En este sentido, se ha destacado el valor instrumental del artículo 12 para el disfrute de todos los derechos reconocidos en la CDPD<sup>22</sup> y por tanto también en las legislaciones internas. De este modo el reemplazo del sistema de sustitución por el sistema de apoyo en la toma de decisiones resulta crucial para la plena materialización del cambio de paradigma que la Convención impone en el tratamiento de la discapacidad, esto es, el paso de la consideración de las personas con discapacidad como objetos de cuidado, de tratamiento médico y de atención a su contemplación como auténticos sujetos de derechos capaces de ejercerlos por sí mismos, con la asistencia adecuada.

## **2. Los rasgos básicos del modelo de apoyo**

Como antes se indicó el sistema de sustitución en la toma de decisiones se erige en una pieza central en la configuración tradicional de los sistemas de incapacitación o interdicción. Por su parte, el sistema de apoyo en la toma de decisiones constituye un pilar imprescindible para garantizar a las personas con discapacidad la igualdad en el ejercicio de su capacidad jurídica reconocida en el artículo 12.2 y, con ello, la igualdad en el ejercicio de los derechos.

No me voy a detener en la exposición detallada del significado e implicaciones del artículo 12.2 en tanto es objeto de otra de las ponencias de esta Conferencia. Simplemente señalaré que, tal y como ha confirmado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a la condición humana, que incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho (de goce y de ejercicio) y que no puede ser negado o restringido (ni directa

---

<sup>19</sup> International Disability Alliance, «Principios para la implementación del artículo 12 de la CDPD» disponible en <http://www.internationaldisabilityalliance.org>; fecha de consulta 25 de noviembre de 2012.

<sup>20</sup> ASÍS ROIG, R. DE, «Sobre la capacidad», cit., p. 14

<sup>21</sup> BARRIFFI, F., «Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU», cit., p. 357.

<sup>22</sup> «Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», A/HRC/10/48 de 26 de enero de 2009, disponible en español en [http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.10-48\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.10-48_sp.doc);

ni indirectamente) por razón de discapacidad. Limitar o negar la capacidad jurídica por motivos de discapacidad constituye una discriminación prohibida por la CDPD<sup>23</sup>.

Lo anterior exige la eliminación de la institución de la incapacitación o interdicción y el reemplazo de este régimen basado en la sustitución en la adopción de decisiones por un nuevo sistema fundamentado en el apoyo a la adopción de decisiones.

A mi modo de ver, se trata de un reemplazo total. El modelo de sustitución en la toma de decisiones no tiene cabida dentro de la exigencia de igual capacidad jurídica, ni siquiera como excepción a la regla general del apoyo que entraría en juego, como algunos reclaman, en relación con las discapacidades más severas<sup>24</sup>. Ello no supone negar la evidencia de que en algunas situaciones – por ejemplo, en aquellas circunstancias en las que no es posible por ningún medio conocer la voluntad de la persona – la necesidad de apoyo será tan intensa que consistirá en la práctica en una “acción de sustitución”<sup>25</sup>. En todo caso, la acción de sustitución, cuya pertinencia deberá ser evaluada en cada caso, se llevaría a cabo en función de la concurrencia de una situación determinada y, en consecuencia, podría tener cabida en situaciones que no son de discapacidad. Además, esta acción de sustitución deberá realizarse desde el paradigma del modelo de apoyo y, por tanto, tendrá que ser coherente con la narrativa y la historia de vida de la persona con discapacidad, con sus preferencias, valores, deseos etc.

Al igual que sucede en los sistemas de sustitución, también en el sistema de apoyo interviene un tercero en la toma de decisiones de la persona pero su papel es sustancialmente distinto: no se trata de decidir por la persona, sustituyendo su voluntad, sino que se trata de ayudar a decidir a la persona por sí misma. Las medidas de apoyo, a diferencia de los mecanismos de sustitución, no deben contemplarse como medidas restrictivas sino como medidas promocionales de la autonomía y de la capacidad que tratan de potenciar al máximo las posibilidades de ejercicio de los derechos.

Conviene también insistir en que la necesidad de apoyo y su intensidad, en el marco de la filosofía de la Convención, deben evaluarse atendiendo no sólo a parámetros médicos, ni a habilidades funcionales, sino también a factores sociales y lo mismo cabe afirmar en relación con la modalidad, el nivel y la figura de apoyo considerada pertinente.

---

<sup>23</sup> En todo caso, he expresado mi posición en torno al significado del artículo 12.2 en diferentes trabajos, entre ellos, CUENCA GÓMEZ, P., “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español”, *Derechos y libertades*, núm. 24, 2011 y CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, 2012; 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*, 2013.

<sup>24</sup> Como señaló durante el proceso de elaboración de la Convención A. DHANDA, “Advocacy Note on Legal Capacity”, cit., pp. 2 y 3 la incorporación del modelo de sustitución en la Convención con el argumento de que resulta necesaria para un reducido número de personas, conduciría a cuestionar la capacidad de todas las personas con discapacidad.

<sup>25</sup> En todo caso, la acción de sustitución entraría en juego en función de la concurrencia de una situación determinada y no en razón de discapacidad. Y, por tanto, esta acción podría tener cabida en situaciones que no son de discapacidad.

La CDPD no diseña específicamente el sistema de apoyo dejándolo abierto a las legislaciones nacionales<sup>26</sup>. En todo caso, y de una lectura de conjunto de la CDPD es posible inferir algunas características y rasgos generales que debería cumplir este sistema<sup>27</sup>, algunos de los cuales han sido subrayados por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En primer lugar, el sistema de apoyo debe ser implantado de **manera gradual** y paulatina por lo que posiblemente durante un tiempo deberá convivir en paralelo con el sistema de sustitución.

Y, en mi opinión, ha de diseñarse de un modo **abierto e inclusivo** dando cabida a todas las personas que puedan tener dificultades para ejercer su capacidad jurídica y no sólo a las que tienen un determinado tipo o grado de discapacidad. Como ha señalado el Comité el apoyo para la adopción de decisiones debe estar a disposición de todos. También las personas sin discapacidad podrían en ciertas situaciones beneficiarse de este sistema. Además, para favorecer el acceso a los apoyos, como de nuevo apunta el Comité, los Estados partes deben velar por que las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un costo simbólico o gratuitamente y que la falta de recursos financieros no sea un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.

El sistema de apoyo debe ser **complejo**. En este sentido, resulta imprescindible aclarar que su articulación no puede consistir simplemente en reemplazar el nombre de tutela o curatela por el de persona de apoyo en las legislaciones nacionales, sino que exige crear y/o promover la creación de diversas figuras de apoyo y dotarlas de un estatus legal, adaptar o reemplazar otras instituciones legales, establecer protocolos que favorezcan la prevención de ciertas situaciones, desarrollar una acción política que garantice la capacitación de las personas con discapacidad y de las personas de apoyo, dotar de recursos materiales, humanos y financieros etc. El funcionamiento adecuado de este sistema debe involucrar, además, a toda la sociedad. El Estado y sus diferentes autoridades y funcionarios (no sólo jueces y fiscales, sino también médicos, notarios etc.) deben velar por el buen funcionamiento del sistema de apoyo y también diferentes agentes y operadores privados de diferentes áreas deben contribuir. Como ha señalado el Comité, deben existir mecanismos para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando basándose en la voluntad y las preferencias de la persona concernida.

El sistema de apoyo debe ser **diverso, individualizado y centrado en las necesidades de la persona** adaptándose a las diferentes situaciones personales y sociales teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tipo de figura de apoyo y el tipo de acto jurídico implicado. Las medidas de apoyo deben cubrir todo el proceso de toma de decisiones pudiendo consistir, en función de cada situación, en la asistencia para la traslación, comprensión y/o evaluación de información relevante, valoración de las diferentes opciones y sus consecuencias, expresión de voluntad y preferencias etc. El sistema de

---

<sup>26</sup> En todo caso, en el diseño de este modelo se deberá dar participación a las personas con discapacidad en cumplimiento de la obligación establecida en el art. 4.3 de la CDPD.

<sup>27</sup> Sobre los rasgos generales que debe cumplir el sistema de apoyo en la toma de decisiones a la luz de la Convención Vid. PALACIOS, A., «Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD » (ponencia presentada en el marco del Estudio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre medidas jurídicas esenciales para la ratificación y la aplicación efectiva de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Geneva, 24 October 2008) y BARIFFI, F., «Capacidad jurídica y capacidad de obrar a la luz de la Convención de la ONU» , cit., pág. 383 y ss.

apoyo debe ser diseñado como un «continuum», contemplando apoyos más o menos intensos. Los apoyos más intensos, como antes se señaló, pueden llegar a consistir en la práctica en decidir por la persona y no con la persona. Pero no se trata de una sustitución en la toma de decisiones similar a la existente en los sistemas de incapacitación. En primer lugar, porque a la luz del art. 12 estas situaciones se convierten realmente en situaciones extremas y excepcionales y en muchos casos reversibles a través del fomento de relaciones de comunicación significativas y de confianza. En segundo lugar, porque según ya se dijo, las acciones de sustitución no pueden justificarse en la discapacidad de la persona y por tanto pueden tener cabida en las situaciones que no son discapacidad. En tercer lugar, porque la acción de sustitución sólo puede tener lugar en relación con decisiones que necesitan ser adoptadas y que no supongan un daño irreparable a la persona o sus derechos. Y, sobre todo, porque, como también se indicó, deben respetar la identidad, historia de vida etc. de la persona afectada.

A mi modo de ver, el sistema de apoyo ha de basarse en el reconocimiento y valoración de los **apoyos informales o naturales** con los que cuentan las personas que tienen dificultades en la toma de sus decisiones y permitir e incluso fomentar u obligar, en algunas situaciones, a la **formalización de estos apoyos**. En todo caso, la ausencia de formalización no puede ser nunca una excusa para denegar el reconocimiento y la prestación de los apoyos. Por otro lado, el Estado – tal y como ha señalado el Comité – tiene la obligación de facilitar la creación de apoyo, especialmente para las personas que están aisladas y tal vez no tengan acceso a los apoyos que se dan de forma natural en las comunidades.

Las medidas de apoyo deben caracterizarse **por su amplitud** y, por tanto, proyectarse en todas aquellas esferas en las que las personas requieran apoyo en la toma de sus decisiones y mantenerse –con las debidas revisiones– mientras sean necesarias.

Además, deben ser **respetuoso con los derechos**. Como ha señalado el Comité, el apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Más aún, el apoyo es un mecanismo para posibilitar el ejercicio de estos derechos. Los mecanismos de apoyo, por tanto, deben proyectarse sobre cuestiones relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales. Las personas con discapacidad (y quizá también las personas en otras situaciones) deben contar con apoyo para ejercer el derecho al voto, de acceso a la justicia, a contraer matrimonio, a decidir sobre tratamientos médicos, etc. En todo caso, y dada la relevancia de la materia afectada, deben establecerse especialmente en este ámbito garantías adecuadas.

Finalmente, el sistema de apoyo **debe estar «salvaguardo»**, exigencia a la que se refiere, precisamente, el apartado 4 del art. 12.

Algunos planteamientos conciben estas salvaguardas como medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica diferentes y más fuertes que los apoyos, lo que podría abrir la puerta al modelo de sustitución, tal y como se manejó en versiones anteriores de esta disposición. Sin embargo, a tenor de la redacción final del art. 12 y de acuerdo con el espíritu general de la CDPD, debe entenderse que las salvaguardas se proyectan sobre los mecanismos de apoyo, orientándose a evitar los abusos tal y como ha señalado el Comité. Las salvaguardas no deben ser contempladas como elementos orientados a regularizar y a racionalizar el modelo de sustitución, sino que su papel es, precisamente, evitar que los mecanismos de apoyo se conviertan en mecanismos de sustitución.

Aunque las salvaguardas deberán concretarse en la implementación del sistema de apoyo, la Convención identifica una serie de ámbitos donde apuntar que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas; 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 que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial; que sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

La referencia al **respeto a la voluntad y las preferencias de la persona**, antes destacada, ostenta una importancia esencial, y sustituye al criterio «del mejor interés» como parámetro objetivo desde el que decidir por la persona incapacitada. Así, en el funcionamiento general u ordinario de las medidas de apoyo la voluntad y preferencias «subjetivas» siempre deben ser respetadas. En los casos excepcionales de apoyos intensos que puedan llegar a implicar decisiones sustitutivas, los apoyos deberán tratar de «reconstruir» la voluntad y las preferencias de la persona. Como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica (incluidas las formas de apoyo más intenso) deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo.

### **3. La configuración legal de los apoyos.**

Como ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad los regímenes basados en el apoyo para la adopción de decisiones pueden adoptar muchas formas. Ciertamente, la hora de diseñar en concreto la configuración legal de los apoyos, debe tenerse en cuenta cada contexto nacional. Así, como ha señalado F. Bariffi, en Latinoamérica, pero también en España, resulta difícil pensar en la configuración de un modelo de apoyos que no requiera de ciertas formalidades y que no descansa, al menos en última instancia, en la confianza en la garantía judicial<sup>28</sup>.

Pues bien, a la implementación del modelo de apoyo exige derogar la institución de la incapacitación o interdicción. La nueva regulación de la capacidad jurídica debe partir no del establecimiento de las causas que permiten la negación o restricción de la capacidad, sino de un reconocimiento general de la igual capacidad jurídica de todas las personas mayores de edad, incluidas las personas con discapacidad, y de la exigencia de cumplir las obligaciones de accesibilidad y de realización de ajustes razonables en todos los ámbitos en los que deba ejercerse la capacidad jurídica (obligación que, con carácter específico, debe tenerse en cuenta en las propuestas de reforma de diferentes ámbitos). Igualmente, debe establecerse de manera expresa que la necesidad de contar con medidas de apoyo no supone una limitación de la capacidad jurídica.

El reconocimiento de la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica debe complementarse con la articulación de un sistema de apoyo en la toma de decisiones que reemplace al actual sistema de sustitución. La regulación de este modelo de apoyos debería hacerse en un nuevo Título del Código civil denominado, «De las medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica».

---

<sup>28</sup> BARIFFI, F. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los Ordenamientos jurídicos internos*, 2014, tesis doctoral presentada en el Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid.

A mi modo de ver, el sistema de apoyo podría articularse en a través del reconocimiento de un **derecho general a los apoyos** que implicaría que todas las personas, y no sólo las personas con discapacidad, que se encuentren en una situación que les dificulte la toma de sus propias decisiones y el ejercicio de la capacidad jurídica 1) tienen derecho al uso y al reconocimiento de los apoyos informales con los que cuentan y a la prestación de los apoyos necesarios por parte de diferentes autoridades y operadores y 2) tienen el derecho a solicitar la formalización de estos apoyos a través del establecimiento en sede judicial de un plan personalizado de medidas de apoyo. Esta posibilidad podría convertirse en una obligación, que recae sobre determinadas sujetos cercanos a la persona beneficiaria del plan y sobre determinadas autoridades, cuando la inexistencia de dicho plan pueda impedir el ejercicio de la capacidad u ocasionar un perjuicio grave a las personas que lo precisen.

Las figuras de apoyo reemplazan, en relación con las personas mayores de edad, a las tradicionales instituciones de protección y representación vinculadas a la incapacitación o interdicción el tutor y el curador.

La función de apoyo – ya sea formal o informal – debe consistir en asistir a la persona en la toma de sus propias decisiones en diferentes modos y maneras respetando siempre su voluntad y sus preferencias. Las funciones de apoyo podrían ser desempeñadas tanto por personas físicas que tengan una relación de confianza con la persona apoyada como por instituciones públicas o privadas o redes comunitarias creadas para este fin y pueden ser desarrolladas por una o por varias personas o instituciones atendiendo a la voluntad y preferencias, situación y necesidades de la persona a la que se refieren. Para el nombramiento de las personas o instituciones de apoyo se deberían tener siempre en cuenta la opinión de la persona afectada.

En circunstancias excepcionales, cuando las personas por cualquier motivo (y no sólo por motivo de discapacidad) se encuentren en una situación que les impide conformar o expresar por cualquier medio su voluntad, se propone la articulación de apoyos obligatorios que pueden dar entrada a acciones puntuales de sustitución para evitar daños irreparables a las personas. En cualquier caso estas acciones de sustitución deben realizarse desde el modelo de apoyo respetando, por tanto, la identidad de la persona y decidiendo, en consecuencia, teniendo siempre en cuenta su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales. Por ello en este caso, si la persona no puede designar a quién debe desempeñar la función de apoyo y no existe un régimen de autoprotección que se pronuncie sobre esta cuestión, se debe escoger a quienes tengan una relación de confianza con la persona que les permita atribuirle voluntad y preferencias. Para el buen funcionamiento del sistema de apoyos se considera necesario establecer algunas incompatibilidades, regular las causas de extinción de la función de apoyo, y articular ciertas garantías (como suministrar información acerca del estado de los bienes patrimoniales e intereses personales, prestación de fianzas cuando se considere necesario, etc.).

Las salvaguardas en el buen funcionamiento de las medidas de apoyo, y en especial, la función de garantes que deben desempeñar la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal, que se plasma también en diferentes ámbitos normativos concretos, deben ser en estas situaciones especialmente intensas. En todo caso, la obligación general de salvaguardar el buen funcionamiento del sistema de apoyos – la inexistencia de abusos, y de influencia indebida, el respeto a la voluntad y preferencias de la persona apoyada – no sólo recae en los jueces y en el Ministerio Fiscal, sino también en diferentes autoridades, funcionarios u operadores – Notarios, Registradores, facultativos, representantes sindicales, etc. – en función del tipo de acto de que se trate.

Obviamente, también el procedimiento de incapacitación o interdicción debe ser reemplazado por su procedimiento orientado a determinar los apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad. Este procedimiento, de acuerdo con la propuesta anteriormente realizada, podría articularse como un proceso para el establecimiento de planes personalizados de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.

A mi modo de ver, al menos en una primera fase, este proceso debería tener carácter en algunos sistemas jurídicos (creo que sería el caso de España y Perú) carácter judicial (quizá cuando esté consolidado pueda pensarse en otras vías) y sustanciarse ante juzgados especializados con formación específica en esta materia. Podría iniciarse a instancia de la persona afectada, de los parientes más próximos o personas de su entorno más cercano, o de las entidades sin ánimo de lucro que representan a las personas con discapacidad que serán siempre parte cuando la persona beneficiaria sea una persona con discapacidad; de un juez o del Ministerio Fiscal. El establecimiento de los planes personalizados de medidas de apoyo, salvo cuando exista oposición por parte de la persona beneficiaria o por cualquiera otra entre las legitimadas para instar la instauración de medidas de apoyo, podría sustanciarse de acuerdo con el procedimiento de jurisdicción voluntaria. La persona beneficiaria del plan debe ser la protagonista en el proceso respetándose siempre su voluntad y preferencias y en la evaluación de la necesidad de asistencia y de la adecuación de las medidas de apoyo se deberán tener en cuenta las circunstancias no sólo individuales, sino también sociales.

Los planes personalizados de medidas de apoyo deben detallar de manera pormenorizada y ajustada a la situación y necesidades de la persona las áreas en las que se precisa asistencia y la figura o figuras de apoyo. Cuando se trate de una persona que no puede conformar o expresar por ningún medio su voluntad el plan podrá contemplar apoyos obligatorios que sustituyan a la persona en la toma de determinadas decisiones establecidas individualizadamente en la resolución y que deberán limitarse a aquellas cuya no adopción suponga un daño irreparable para la persona. Como se señaló, las acciones sustitutivas deberán respetar siempre la identidad de la persona en el sentido antes indicado.

En la resolución por la que se establezca un plan personalizado de medidas de apoyo deben establecerse controles específicos para garantizar su buen funcionamiento, evitar los abusos y la influencia indebida y deben articularse mecanismos de revisión periódica. En todo caso, esta revisión siempre deberá realizarse con la participación de la persona beneficiaria. La existencia de un plan personalizado de medidas de apoyo deberá gozar de publicidad registral para ser oponible a los terceros de buena fe y las autoridades y funcionarios públicos que intervengan en actos en los que participen personas que cuentan con estos planes deben comprobar su adecuado funcionamiento.

Para el adecuado funcionamiento del sistema de apoyo resultan esenciales instituciones como los poderes preventivos o instrucciones previas que permiten a las personas expresar anticipadamente su voluntad en previsión de tener dificultades o no poder expresarla en el futuro. Dada la importancia de este tipo de instrumentos, especialmente en relación con personas que pueden llegar a necesitar apoyos obligatorios, parece conveniente promover su establecimiento, regular nuevas figuras y mejorar la regulación de las existentes.

Como ya se advirtió, estas previsiones irradian en el ejercicio de diferentes derechos y en la realización de actos patrimoniales y personales con trascendencia jurídica en diferentes ámbitos y en el ejercicio de diferentes derechos. Así, es necesario eliminar todas las limitaciones en el ejercicio de la capacidad y reconocer el derecho general a

los apoyos en la realización de todos los actos jurídicos y en el ejercicio de todos los derechos.

Así, a título de ejemplo:

- OTORGAR TESTAMENTO “*Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para otorgar testamento. El testamento otorgado por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan deberá considerarse plenamente válido. En todo caso, el Notario deberá controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en los arts. XXX y ss. de este Código*”.
- DERECHO DE SUGRAFIO: “*Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de los apoyos necesarios para el ejercicio del derecho de sufragio. El establecimiento de un plan personalizado de apoyos a través del procedimiento regulado en los arts. XXXX no supondrá la privación del derecho de sufragio. Únicamente en aquellos casos en los que la persona se encuentre en una situación en la que no pueda conformar o expresar por ningún medio su voluntad y preferencias se podrá privar a la persona del ejercicio de derecho de sufragio. En todo caso, tal privación deberá ser motivada atendiendo a la situación particular de la persona. En el supuesto de que esta sea apreciada, lo comunicarán al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente*».

#### **4. Algunas cuestiones clave para la implantación del modelo de apoyo**

En la mayoría de los Estados parte de la CDPD la reforma de la legislación en materia de capacidad jurídica y la implantación del modelo de apoyo sigue siendo una cuestión pendiente. Posiblemente sean varias las razones que explican el escaso avance en este terreno.

En primer lugar, el cambio de modelo que propugna el artículo 12 de la CDPD afecta a la regulación de materias de gran tradición jurídica y ciertamente consolidadas en algunos sectores del Ordenamiento jurídico – como sucede paradigmáticamente con la cuestión de la incapacitación o interdicción – que se muestran de por sí especialmente resistentes a los cambios. En segundo lugar, esta modificación se proyecta en normas que se presentan y contemplan como orientadas a la «protección» de las personas con discapacidad por lo que su reforma es vista con desconfianza desde algunos sectores del movimiento de personas con discapacidad y por algunos actores relevantes en el funcionamiento del actual sistema que, si bien se muestran críticos con el sistema actual – o al menos con algunos aspectos de su funcionamiento en la práctica – temen que un nuevo modelo que reemplace completamente al anterior pueda conllevar el desamparo y la desprotección de las personas con discapacidad. En tercer lugar, la puesta en marcha del nuevo sistema exige, como se señaló, dotar de medios materiales y humanos lo que en el momento actual marcado por la crisis económica se antoja complicado.

A mi modo de ver, es importante vencer estas resistencias concienciando de la necesidad del cambio. En efecto, el sistema de sustitución surgió hace mucho tiempo para cubrir situaciones que no son las que actualmente se plantean y se inspiraron en principios alejados del discurso de los derechos humanos. Empeñarse en el

mantenimiento de esta regulación o en introducir simplemente retoques de detalle manteniendo incólume su estructura básica implica incumplir una obligación internacional. Dado el escaso éxito de las reformas emprendidas en los últimos años para introducir un sistema de graduación de la capacidad, parece conveniente apostar por una reforma más profunda que cambie el nombre, el contenido y el sentido de las medidas en materia de capacidad jurídica.

Asimismo resulta esencial plantear una reforma equilibrada que tenga como principio rector la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad, pero sin olvidar el principio de protección, eso sí, teniendo presente que la protección debe ser la estrictamente necesaria, que ha de respetar el derecho de las personas con discapacidad de cometer sus propios errores como parte del crecimiento y del florecimiento humano y que tiene que entrar en juego en función de la concurrencia de determinadas situaciones, en las que se pueden encontrar todas las personas, y no por razón de discapacidad.

Igualmente, resulta crucial dismantelar los argumentos que apelan al coste económico de las reformas demostrando, de un lado, que no es tan alto especialmente si se reconvierten instituciones existentes y que en ocasiones es prácticamente inexistente y, de otro, subrayando que se trata de una cuestión de derechos humanos y de una obligación asumida en el plano internacional por el Estado español que no puede ser postergada.

En este sentido, la implantación del sistema de apoyo en la toma de decisiones requiere una reforma legal comprometida, profunda y valiente.

En todo caso, el cambio de paradigma desde el modelo de sustitución al modelo de apoyo depende no sólo de su implantación a través de una reforma legal, sino que también, y de modo posiblemente aún más relevante, de su proyección social. Por esta razón, es imprescindible la formación de los operadores jurídicos y de los profesionales de diferentes ámbitos y la educación de la sociedad en general en el modelo social y, por ende, en la contemplación de las personas con discapacidad como sujetos *capaces*, en determinadas situaciones con ciertas adaptaciones (apoyos), de tomar sus propias decisiones y ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás. Igualmente es imprescindible la formación y la capacitación de las personas con discapacidad, que deben tener un papel central en el diseño e implementación del sistema, de sus familias y de las propias personas de apoyo<sup>29</sup>.

En cualquier caso, el éxito de la nueva visión de la capacidad jurídica contenida en el artículo 12 de la CDPD depende de un modo esencial del éxito general de este Tratado. En efecto, la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica y el funcionamiento efectivo del sistema de apoyo parece una meta mucho más realizable en una sociedad en la que las personas con discapacidad tienen derecho a una educación inclusiva, a la vida independiente y a ser incluidos en la comunidad, en la que se cumplen las exigencias de accesibilidad y ajustes razonables etc. Se trata, en todo caso, de una meta hacia la que debemos avanzar inexcusablemente. La historia de los derechos humanos puede ser contemplada como una historia de realización de utopías. También las personas con discapacidad deben formar parte de esta historia como protagonistas principales.

---

<sup>29</sup> Se trata de obligaciones que aparecen específicamente contempladas en diferentes preceptos de la CDPD.

## ANEXO PROPUESTA DE REFORMA

### PROPUESTA DE REFORMA CÓDIGO CIVIL

*Art. X 1. “Todas las personas podrán ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, incluidas las personas con discapacidades físicas, intelectuales, mentales y sensoriales.*

*2. Los poderes públicos garantizarán la accesibilidad universal en todos los ámbitos en los que las personas deban ejercer su capacidad jurídica y realizarán los ajustes razonables que sean necesarios”.*

*Art. X 1. “Toda persona que así lo requiera contará con las medidas de apoyo necesarias para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica. Estas medidas podrán establecerse a través de la creación de un plan personalizado de medidas de apoyo establecido por la autoridad judicial, que deberá estar sujeto a controles periódicos.*

*2. Las medidas de apoyo serán individualizadas, adecuadas y efectivas, en su establecimiento y funcionamiento se respetarán siempre los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas y se velará por evitar los posibles abusos, la influencia indebida y los conflictos de intereses”.*

*Art. X.1. “Toda persona que tenga dificultades en el ejercicio de su capacidad jurídica podrá solicitar el establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a través del procedimiento judicial establecido en los arts. X y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También están legitimadas para iniciar este procedimiento las personas y entidades señaladas en el art. X de la Ley de Enjuiciamiento civil.*

*2. En todo caso, están obligados a promover el establecimiento judicial de un plan personalizado de medidas de apoyo cuando su inexistencia pueda impedir el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona o causarle un perjuicio grave los parientes en línea recta o colaterales hasta el cuarto grado, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad de acuerdo con la ley, y la persona, física o jurídica, que desempeñe su atención inmediata. Podrán también promoverla las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses de las personas con discapacidad”.*

*3. Con independencia del establecimiento de este plan, toda persona que tenga dificultades para el ejercicio de su capacidad jurídica tendrá derecho a que se le presten las medidas de apoyo necesarias en las actuaciones que realice ante las Administraciones y funcionarios públicos y al uso y reconocimiento de los apoyos que requiera para la adopción de sus decisiones.*

*Art. X. 1. “El plan personalizado de medidas de apoyo se ejercerá siempre bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial.*

*2. En cualquier momento el Ministerio Fiscal podrá exigir que se le informe sobre la situación de la persona y el efectivo funcionamiento del plan personalizado de apoyo.*

*3. El Juez deberá establecer, en la resolución por la que se establezca el plan personalizado de apoyo las medidas de vigilancia y control periódico que estime oportunas. Asimismo podrá pedir en cualquier momento que se le informe sobre la situación de la persona y el efectivo funcionamiento del plan personalizado de apoyo.*

*4. Tanto el Ministerio Fiscal como la autoridad judicial podrán actuar de oficio, a instancia del propio interesado, o de cualquier persona que ponga en su conocimiento la existencia de abusos, influencia indebida, conflictos de intereses o desviación de la voluntad o las preferencias de la persona beneficiaria de las medidas de apoyo.*

*Los funcionarios públicos y autoridades intervinientes en los diferentes actos deberán controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo.*

**Art. X I.** “Las funciones de apoyo constituyen un deber y consistirán en asistir a la persona en la toma de sus propias decisiones en los ámbitos señalados en la resolución judicial respetando siempre su voluntad y sus preferencias. La misma función desempeñarán los apoyos informales con los que cuente la persona y los que le puedan prestar las Administraciones y funcionarios públicos.

2. Quienes desempeñen funciones de apoyo estarán obligados a cumplir con las obligaciones establecidas por la autoridad judicial en relación con la vigilancia y control del buen funcionamiento del plan personalizado de apoyo”.

**Art. X I.** “Podrán ejercer las funciones de apoyo: a) Personas físicas que tengan una relación de confianza con la persona apoyada; b) Instituciones públicas o privadas creadas para este fin.

2. Las funciones de apoyo podrán ser realizadas por varias personas o instituciones atendiendo a la voluntad y preferencias, situación y necesidades de la persona a la que se refieren.

3. Para el nombramiento de las personas o instituciones de apoyo se tendrán siempre en cuenta la voluntad y las preferencias de la persona cuyo apoyo se solicita. En el caso de que la persona no pueda conformar o expresar su voluntad por ningún medio y no exista un régimen de autoprotección que se pronuncie sobre esta cuestión el juez elegirá a quienes mantengan con ella una relación significativa que les haga idóneos para decidir de acuerdo con su identidad, historia de vida y sus circunstancias personales y sociales”.

**Art. X.** “No podrán desempeñar funciones de apoyo:

1.- Las personas físicas o jurídicas a las que ya se hubiese cesado o apartado en una actuación similar anterior, por culpa o negligencia.

2.- Los padres respecto de sus hijos a los que no prestaren la protección y el apoyo moral, afectivo o material necesario.

3.- Los condenados a cumplir penas privativas de libertad mientras cumplen estas.

4.- Aquellos en los que concurran circunstancias que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien las funciones de provisión de apoyos que les corresponden”.

**Art. X.** “Si las personas o instituciones apoyo, tiene conocimiento de circunstancias que permiten la extinción de la asistencia, la modificación de su ámbito de funciones, o que les impiden cumplir con las obligaciones establecidas en el plan personalizado de apoyo deben comunicarlo a la autoridad judicial para que adopte las medidas oportunas. El incumplimiento de esta obligación generará la obligación de reparar los daños o perjuicios que ello pueda generar”

**Art. X** “Únicamente cuando la persona se encuentre en una situación en la que no pueda conformar o expresar su voluntad por ningún medio podrá adoptarse una decisión en sustitución de la persona mediante el establecimiento de apoyos obligatorios. La discapacidad nunca podrá ser considerada, por sí misma, una razón para adoptar una decisión en sustitución de la persona”

2. Tales actuaciones deberán tener lugar exclusivamente en relación con decisiones que, en caso de no adoptarse, puedan ocasionar un daño grave e irreversible a la persona afectada y deberán respetar siempre su identidad. Para ello a la hora de decidir deberán tenerse presentes, entre otras cuestiones su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales.

3. Si la persona cuenta con un régimen de autoprotección establecido de acuerdo con lo señalado en el art. XXX deberá respetarse su contenido. Para determinar la existencia y vigencia de este régimen la autoridad judicial deberá recabar de oficio certificación al Registro Civil, Registro Central, en su caso, al de Últimas Voluntades, y cualquier Registro especializado en la materia que pueda crearse en el futuro.

*4. Las acciones de sustitución requerirán la autorización del Ministerio Fiscal y, cuando así se señale explícitamente, la autorización judicial que deberán velar por el respeto de los principios antes señalados. Esta autorización podrá realizarse a posteriori cuando la urgencia lo aconseje, salvo que haya habido un cambio en las circunstancias que imposibilitan la adopción por la decisión y la persona afectada haya ratificado la medida”.*

*Art. X. “A solicitud de la autoridad judicial las personas a las que se haya encomendado el desempeño de un plan de apoyos obligatorios estarán obligadas a informar al Juzgado exhaustivamente de la situación previa de los bienes o intereses personales y/o patrimoniales de la persona con discapacidad a la que haya de prestar aquellos, en función del tipo de apoyos que le haya sido encomendado, en el plazo de treinta días desde su aceptación.*

*La autoridad judicial podrá prorrogar este plazo, en resolución motivada, sin concurrirse causa para ello”.*

*Art. X. “El juez podrá exigir la prestación de fianzas o garantías cuando lo considere preciso, para el desempeño de los apoyos a que se refiere el artículo anterior, cuando las circunstancias personales o patrimoniales lo hagan conveniente. Podrá asimismo establecerlas, modificarlas o suprimirlas a lo largo del desempeño, cuando lo considere oportuno, en resolución motivada.*

*No precisará prestar tales garantías la entidad pública que desempeñe esta misión por ministerio de la ley o por resolución judicial”.*

*Art. X “Salvo que en la determinación de los apoyos se hubiese establecido lo contrario, la persona o personas que desempeñan funciones de apoyo no podrán recibir liberalidades del beneficiario de los mismos, ni concurrir con este en actos o contratos cuando existan disparidad o conflicto de intereses”.*

*Art. X. “La persona que en el desempeño de su función de apoyo sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, tendrá derecho a la reparación de estos con cargo a los bienes de la persona beneficiaria de tales apoyos, de no poder obtener por otro medio su reconocimiento y reparación”.*

*Art. X El desempeño de la función de apoyos se extingue por las siguientes causas:*

*e) Por el fallecimiento, declaración de fallecimiento o de ausencia de la persona asistida o de la persona que realizaba la función.*

*f) Por revocación expresa realizada por la propia persona que recibe los apoyos si esta los hubiese designado.*

*g) Por la desaparición de las circunstancias que la determinaron o por el mal ejercicio de las funciones de apoyo.*

*Por resolución judicial*

*2. La autoridad judicial establecerá, en resolución judicial motivada, el inmediato cese en la prestación de apoyos cuando, durante su desempeño, sobreviniesen algunas de las causas establecidas en las disposiciones precedentes.*

*3. En ningún caso la renuncia, la decisión de suspensión o cualquier otra relacionado con las funciones de apoyo podrá generar desprotección o indefensión de la persona beneficiaria.*

*Art. X. 1. La existencia de un plan personalizado de medidas de apoyo deberá gozar de publicidad registral para ser oponible a los terceros de buena fe*

*2. El juez deberá comunicar de oficio los apoyos designados al Registro civil del lugar de residencia de la persona y a los demás Registros que considere pertinentes. Cuando este plan haya quedado sin efecto o haya sido sustituido en su caso por otro se deberá comunicar en la misma forma a los Registros donde se hubiese inscrito el primer plan.*

*Art. X 1. Cualquier persona que considere que puede tener dificultades en el futuro en la toma de sus decisiones o que las que ya tiene pueden agravarse, podrá organizar para sí un régimen de convivencia con terceros así como establecer un régimen voluntario de autoprotección jurídica, incluyendo medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, con las previsiones y requisitos que considere adecuados a cada caso y circunstancia.*

*2. La persona que tenga dificultades para el ejercicio de su capacidad jurídica tiene derecho a recibir los apoyos necesarios para el establecimiento de un régimen de convivencia o de un régimen de autoprotección jurídica. Cuando estos regímenes se hayan establecido de conformidad con un plan personalizado de medidas de apoyo a la capacidad serán considerados válidos*

*3. El régimen de autoprotección jurídica podrá referirse, incluso con reglas diferentes, a todos los bienes e intereses de la persona con discapacidad, presentes y futuros, a un grupo de ellos o a bienes e intereses concretos y determinados. Del mismo modo, podrá hacer distinciones por razón del tipo de acto o negocio jurídico a realizar. En su caso, podrá designar a la persona o personas que deban prestarle dichos apoyos, voluntarios u obligatorios. También podrá dar indicaciones o establecer procedimientos y requisitos que crea oportunos respecto de los actos que otras personas puedan realizar en su interés o beneficio.*

*4. El Ministerio Fiscal podrá solicitar de la autoridad judicial la modificación, la revisión y el complemento de las normas de autoprotección, así como la introducción, en su caso, de un régimen judicial de apoyos obligatorios, en la medida en que considere que dichas normas pueden ocasionar un daño grave e irreversible para la persona. No obstante, el juez deberá respetar en lo posible las previsiones económicas establecidas por el constituyente de la autoprotección”.*

.

## **DE LOS PROCESOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE PLANES PERSONALIZADOS DE MEDIDAS DE APOYO AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD**

*Art. 1.1 “Será competente en los procedimientos sobre establecimiento de planes personalizados de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad el Juzgado especializado o, en su defecto, el de 1ª Instancia del lugar en el que resida la persona a quien se refieran dicho plan.”*

*Art. 1.2. Corresponde al mismo Tribunal conocer de todas las cuestiones que se susciten en relación con dicho plan, salvo que éste estime conveniente, debido a un cambio de residencia de la persona a la que se refiere el plan, inhibirse a favor del Juzgado de la nueva residencia, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los legitimados en el proceso.*

*Art. 2.1. Toda persona que tenga dificultades en la toma de sus decisiones podrá promover el establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. También podrán promover el establecimiento de este régimen sus parientes más próximos o las personas de su entorno más cercano. Cuando la persona sea una persona con discapacidad en estos procedimientos podrán promover el establecimiento de este plan las entidades sin ánimo de lucro representativas de colectivos de personas con discapacidad del lugar donde resida la persona.*

**Art. 2.2.** *El Ministerio Fiscal deberá promover el establecimiento de un plan personalizado de medidas de apoyo cuando considere que su inexistencia puede impedir u obstaculizar el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona y ni ésta ni las personas mencionadas en el artículo anterior hayan promovido su establecimiento*

**Art. 2.3.** *Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran de la anterior situación deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.*

**Art. 2.4.** *La existencia de un plan personalizado de medidas de apoyo deberá gozar de publicidad registral para ser oponible a los terceros de buena fe.*

**Art.3 .** *Las decisiones sobre el establecimiento de planes personalizados de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad se sustanciarán por los procedimientos de la jurisdicción voluntaria.*

**Art.4 .-** *Si la solicitud que inicia el procedimiento es cuestionada por la persona para la que se solicita el plan o por cualquiera otra entre las legitimadas para instar las medidas de apoyo, se tramitará el procedimiento como contencioso.*

**Art. 5.1.** *La persona cuyo plan personalizado de medidas de apoyo se solicite participará siempre en el proceso y contará con su propia defensa o representación o a falta o imposibilidad de ésta serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Tribunal designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado.*

**Art. 5.2.** *El tribunal deberá dar audiencia, además, a los parientes y personas más próximas.*

**Art. 6.-** *El juez podrá de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, de la persona a la que se refiere el plan o de las personas legitimadas en el procedimiento, modificar las medidas de apoyo para adecuarlas a las circunstancias de cada momento. En todo caso, toda modificación deberá realizarse previa audiencia del Ministerio Fiscal, de la persona a la que se refiere el plan, sus parientes más próximos o las personas de su entorno que se consideren pertinentes, garantizando el respeto a la voluntad y preferencias de la persona objeto del plan.*

**Art. 7.1.** *El tribunal acordará los dictámenes periciales que estime necesarios para obtener un conocimiento global de la situación de la persona. En todo caso, se acordará un dictamen pericial médico que deberá pronunciarse específicamente sobre las habilidades concretas de la persona en sus diferentes esferas de actuación y un dictamen psico-social que deberá referirse a las actividades más frecuentes de la persona, su relación con su entorno familiar y afectivo, posible existencia de redes de apoyo etc.*

**Art. 7. 2.** *Cuando la persona sea una persona con discapacidad en estos procedimientos podrán ser parte las entidades sin ánimo de lucro representativas de colectivos de personas con discapacidad del lugar donde resida la persona.*

**Art. 8.1.** *El Tribunal deberá resolver en un plazo no superior a 15 días contados desde el inicio del procedimiento. La resolución que establezca el plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica determinará de forma individualizada los actos concretos en relación con los cuales la persona necesita asistencia y la figura o figuras de apoyo que asistirán a la persona en la realización de dichos actos. Tanto en la determinación de la extensión del apoyo, como en la determinación de la figura que lo prestará se respetarán la voluntad y las preferencias de la persona.*

**Art. 8.2.** *La resolución establecerá, asimismo, los mecanismos de control oportunos para garantizar el efectivo y adecuado funcionamiento del plan personalizado de medidas apoyo. Estos mecanismos deben asegurar que se respeten los derechos de la*

*persona, su voluntad y sus preferencias y que no se produzca conflicto de intereses o influencia indebida. El plan de seguimiento deberá establecer, en su caso y sin perjuicio de lo señalado en la legislación específica al efecto, qué tipo de decisiones se deben comunicar por su trascendencia al Ministerio Fiscal para que controle que los apoyos se realizan, efectivamente, de conformidad con los principios antes señalados.*

**Art. 8.3.** *Los actos realizados por las personas que cuenten con un plan personalizado de conformidad con las previsiones contenidas en el mismo deberán considerarse plenamente válidos.*

**Art. 8.4.** *Las autoridades y funcionarios públicos deben comprobar en las diferentes actuaciones en las que intervengan que las personas cuentan con los apoyos necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica y su adecuado funcionamiento de conformidad con las salvaguardas señaladas en la normativa vigente.*

**Art. 8.5.** *Únicamente cuando la situación en la que se encuentra la persona le impida expresar por cualquier medio su voluntad y preferencias, la resolución judicial podrá establecer la posibilidad de apoyos obligatorios que sustituyan a la persona en la toma de determinadas decisiones que se especificarán individualizadamente en la sentencia. En todo caso, estas decisiones sólo deberán tomarse cuando su no adopción pueda ocasionar un daño grave e irreversible a la persona afectada y deberán basarse en la identidad de la persona. Para ello deberán tenerse presentes, entre otras cuestiones su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales.*

*La adopción de estas decisiones deberá ser autorizada por el Ministerio Fiscal con carácter previo, si ello fuera posible, sin perjuicio de que la autorización judicial que la legislación exige en algunos supuestos que deberán controlar el respeto de los principios antes señalados.*

*En todo caso, si la persona cuenta con un régimen de autoprotección habrá de respetarse su contenido.*

**Art. 9.1.** *Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona que requiere de un plan personalizado de medidas de apoyo adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para su adecuada protección y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, el establecimiento de este plan.*

**Art. 9.2.** *El Ministerio Fiscal podrá también solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.*

*Las mismas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de establecimiento de un plan personalizado de apoyo. .*

**Art. 9.3.** *Las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas afectadas.*