

Capítulo 1

INTRODUCCIÓN

1. PROPÓSITO GENERAL

El propósito de las siguientes líneas es tratar de esbozar, sistemáticamente, la realidad y alcance de la protección jurídica privada que ofrecen las personas jurídicas que tienen la finalidad de guardar y asistir a las personas con discapacidad, mayores de edad, en el Derecho Civil común. Esta finalidad se enfrentará, desde el inicio, a la tentación de realizar sólo una descripción de nuestro sistema legal común; no es posible dejarlo simplemente así. Es necesario introducir un análisis crítico de nuestra normativa a la luz de la Convención de la UN de Derechos de las Personas con Discapacidad –cuya ratificación fue publicada en el BOE de 21 de abril de 2008 (en adelante CDPD)–. El estudio de nuestro actual sistema se ve forzado además por el hecho de que estamos en puertas de una reforma relevante de nuestro Código civil; el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (121/000027) está pendiente actualmente de entrar en el Senado; por lo que distinguiremos en el trabajo: el texto del Anteproyecto realizado dentro del Ministerio de Justicia en 2018 –lo denominaremos Anteproyecto 2018–, el Proyecto remitido a las Cortes por el Gobierno, y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-1, de 17 de Julio de 2020 –al que denominaremos Proyecto 2020– y, finalmente, el Informe de la Ponencia, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie A, num. 27-3, de 18 de marzo –al que denominaremos Texto del Informe de Ponencia 2021–.

Nos adelantamos al momento de estudiar los problemas terminológicos a los efectos de describir el objeto de estudio; “las personas jurídicas de apoyo”. Elegimos este termino, primero, modificando la anterior denominación “personas jurídicas tutoras” por el imperativo de reducir el peso de las denominaciones que dan relevancia, siquiera semántica, a los sistemas de sustitución frente a los “sistemas de apoyo”, a la vista de la interpretación del art. 12 de la CDPD. Y usamos el término genérico “de apoyo”, frente a otros potenciales, por ser omnicomprensivo de todas las posibles medidas a adoptar dentro del marco amplio de los sistemas civiles de protección de las personas con discapacidad. Somos conscientes de que dicha denominación es inconcreta¹. No obstante, como nos dice DE SALAS MURILLO (2018): “apoyo denota protagonismo y cierta dosis de autonomía por parte del que lo recibe, frente a guarda, que parece transparentar una relación desigual de fuerzas entre el que guarda y el que es guardado”.

La regulación general de la “incapacitación” y de las “instituciones de guarda” exige una profunda revisión, producto del compromiso de nuestro legislador con la adaptación de nuestra legislación material y procesal a la Convención. Esta modificación se está retrasando; véase la Disposición Adicional séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional

¹ Este término “de apoyo” es criticado por inespecífico y confuso por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014): *El tratamiento jurídico de la Discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, especialmente, en la pág. 109, en tanto que reclamaba la interpretación de la Convención adaptada al tipo de discapacidad, dentro de la crítica general que hace al art. 12 de la CDPD.

DE SALAS MURILLO, S.: “Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de Convención”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2018 (formato digital), trata de reconducirlo: “...las personas con discapacidad requieren de apoyos de distinto orden en el ejercicio de su capacidad legal: desde apoyos físicos visuales, auditivos, o de eliminación de barreras arquitectónicas en el acceso a las sedes donde se ejercitan los derechos, a aquéllos que faciliten la accesibilidad cognitiva, así como todo lo que puede considerarse apoyo en el ejercicio de las capacidades volitivas e intelectuales”. Siguiendo a esta última autora, AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019a): *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Ed. Reus, Madrid, pág. 37, plantea también la concreción, referida a cualquier clase de discapacidad: “... es comprensiva de sus diversas manifestaciones, describiendo actuaciones como: el acompañamiento amistoso; la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad; la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo; el consejo; e incluso la toma de decisiones delegadas por la persona”.

Otro significado de apoyo viene referido, desde la dogmática sociológica por RUEDA ESTRADA, J.: “Las fundaciones tutelares y su papel en la prestación de apoyos. Una mirada a la luz de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad” *Agathos*, núm. 1 (2014), págs. 25-27, en relación a la clásica diferenciación de la teoría ecológica de U. BRONFENBRENNER, *La ecología del desarrollo humano, Experimentos en entornos naturales y diseñados*, Paidós, Barcelona 1987, entre apoyos familiares, vecindario, amigos –propio de microsistema– y apoyos formales –institucionales o jurídicos– que requieren garantías y controles, en tanto los sujetos de tales sistemas deben trabajar en red para lograr el apoyo más adecuado.

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que planteaba “un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley” para remitir un Proyecto de Ley de adaptación del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al art. 12 de la CDPD. El retardo denunciado² es producto del debate y dudas creadas en la doctrina sobre la extensión y contenido de la reforma –de hecho el Anteproyecto 2018, del que nace actualmente el Proyecto de 2020, no es el único texto que se ha planteado estos años³–. No obstante todos plantean una profunda modificación no sólo de cómo se debe dibujar la nueva estructura normativo-institucional, sino también un cambio teórico-metodológico⁴. Es decir, se habla de una “nueva manera de entender” las instituciones de apoyo. Y esa cuestión nace:

1º) Del reconocimiento legal del modelo social –frente al antiguo modelo médico rehabilitador⁵–. De forma que se plantea que toda persona con discapacidad

² En el documento, *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (España)*, de 19 de octubre de 2011, CRPD/C/ESP/CO/1 (34) se denuncia este hecho.

³ Es cierto que hay otras propuestas de modificación normativa pero, en cuanto son doctrinales o del mundo de la discapacidad, no tienen la relevancia del Anteproyecto –y, actualmente, el Proyecto de 2020–, así: la Propuesta articulada de reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (<https://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-reforma-aequitas.htm>) o la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho civil, en el marco de una Propuesta general de nuevo Código civil ([http://www.derehocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20PRIMERO%20-%20tercer%20borrador%20\(mayo%202017\).pdf](http://www.derehocivil.net/esp/pdf/may2017/LIBRO%20PRIMERO%20-%20tercer%20borrador%20(mayo%202017).pdf)).

⁴ Refiere, tal vez, correctamente, GARCÍA PONS, A.: “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXVI-I, enero 2013, pág. 120, una cierta dificultad de comunicación entre la doctrina civilista y el mundo de la discapacidad. Sin embargo va calando, como se ve en los autores de un libro último: DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, V. (Dir.): *Claves para la adaptación del Ordenamiento Jurídico Privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. O resulta del número monográfico de la Revista de Derecho Civil, Vol. 5 (3) (2018) que examinaremos también.

⁵ Para buscar definiciones del modelo social; CUENCA GÓMEZ, P. (2018): “Discapacidad y derechos fundamentales”, en DE LUCAS, J. y RODRÍGUEZ URIBES, J.M.: *Derechos Humanos y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 688-689, BARIFFI, F.J. (2009): “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.): *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Aranzadi, Cizur Mayor, págs. 353-390.

Nos advierte ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J.A. (2010): “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*, vol. 24, pág. 15, sobre la existencia de una serie de factores criticables: “(La) omisión de las causas médicas u orgánicas de la discapacidad y su reducción a los factores sociales resulta contraintuitiva y deforma la realidad... la sobrevaloración de la sociedad como causa de la discapacidad y de la discriminación de las personas con discapacidad; la inadecuación del modelo social para el tratamiento de ciertos tipos de discapacidad –v.gr.– motivados por deficiencias intelectuales severas...; la falta de

tiene derecho al ejercicio pleno de su capacidad jurídica y a la toma de decisiones en un plano de igualdad con el resto de la población. Para ello, se deben ofrecer por la Comunidad medidas de apoyo al ejercicio de su autonomía, lo que le permitirá la plena participación e inclusión en la comunidad dentro de un esquema de vida independiente. De no proveerse dichos apoyos a la autonomía, se mantiene una situación de discriminación estructural, de modo similar a la que se produce, en la discapacidad física o sensorial, en el caso de no adopción de ajustes necesarios. Por otro lado, el reconocimiento de este derecho, determina, consecutivamente, que debe respetarse en todo caso la voluntad, deseos y preferencias del sujeto.

Como veremos en nuestras líneas, no entendemos que dichas proposiciones del modelo social sean inadecuadas si son correctamente aplicadas. Las mismas incorporan valores o principios materiales constitucionalmente reconocidos –como son dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad o autonomía– que, conforme a las metodologías pospositivistas⁶, deben aplicarse teniendo presente la realidad concreta en la que viva el sujeto con discapacidad para ver, hasta qué punto, es posible (jurídica y materialmente) su realización completa. De ahí que ATIENZA (2016) proponga que los principios de la Convención no se apliquen literalmente sino conteniendo una cláusula “en la medida de lo posible”. En este punto hay que tener cuidado con la ideación de un esquema de derechos unificador del mundo de la discapacidad –propia de la ideología de los Derechos Humanos– y la aplicación sin concreción del principio de no discriminación que pueden aparecer como deriva lógica de la Convención y sus normas. Si abusamos de dicha tendencia no se puede proteger específicamente al sujeto con discapacidad. Es más lo característico de la discapacidad, qué es la heterogeneidad y la desigualdad, no aparece sólo por el hecho de la falta de ajustes necesarios o por la concurrencia de una situación estructural forjada por circunstancias sociales sino también es consecuencia de la situación de padecer una serie de enfermedades o deficiencias⁷. De ahí que

consideración de factores distintos de los sociales que también influyen en la determinación de la discapacidad, si reconocidos por el modelo médico; y una concepción estrecha y limitada de la justicia”.

⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, J.; “Retos de la Dogmática Civil Española en el Primer Tercio del siglo XXI”, en DELGADO ECHEVERRÍA, J. y RAMS ALBESA, J.: *Retos de la Dogmática Civil Española*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2011, págs. 47 y ss., habla de neoconstitucionalismo, sin embargo, por su carácter negativo y no comprensivo de sus características, se prefiere por uno de los autores concernidos calificarlo como “positivismo”, así en ATIENZA, M. (2017): *Filosofía del Derecho y Transformación social*, Ed. Trotta, Madrid, págs. 117 y ss.

⁷ ALEMANY, M. (2018): “Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad” (Una crítica a la Observación núm. 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, núm. 52, págs. 201 a 222. También, ATIENZA, M., “Dignidad Humana y Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista IUS ET VERITAS*, núm. 53, diciembre 2016, págs. 264-265 que ve que la interpretación de la Convención puede llevar

determinados principios procedimentales sean tan relevantes como los de proporcionalidad en sentido amplio, subsidiariedad, individualización o personalización de las medidas –como muestra de la necesaria flexibilidad y concreción con que se debe adoptar los apoyos⁸–.

- 2º) Otra cuestión importante nace a partir de la crítica que se hace a la primera Observación General del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 19 de mayo de 2014 que condicionaba la interpretación del art. 12 de la Convención (CRPD/C/CG/1). Y ello dado que nos impone una profunda transformación categorial; especialmente en los conceptos de capacidad de obrar e incapacitación y sus efectos (GARCÍA PONS, 2013, 121). Como veremos, la doctrina civilista critica dicha Observación a la luz del examen de las consecuencias predicadas dado que no sólo mantiene las capacidades naturales del sujeto en la medida de lo posible y en la concreta realidad, sino que condiciona, por no decir que elimina, las limitaciones que el concepto de capacidad de obrar reclamaba en los casos de incapacitación. De forma que, si se mantiene la interpretación del art. 12 del CDPD conforme a la Observación, no puede, apriorísticamente, decirse que el sujeto tiene restringida su capacidad (natural) por el hecho de la resolución judicial, ni por tanto se puede invalidar a priori el acto, contrato o negocio que realice. De ahí que, desde un enfoque propositivo, se trata en estas líneas de examinar las consecuencias sistemáticas y lógicas de la Observación. El resultado que se verá no es totalmente satisfactorio. No sólo porque actualmente no es posible, a consecuencia de que normativamente se impone todavía restricciones de la capacidad derivadas del hecho de la incapacitación, sino por los problemas que plantea a los efectos de mantener un sistema consecuente con la seguridad jurídica.

Dentro de estos campos de reforma cobra relevancia el papel de nuestra institución: la persona jurídica de apoyo. Si examinamos cuantitativamente la intervención de las organizaciones de apoyo y la casi inalterabilidad de la regulación civil de nuestra institución, aparentemente, no tendría tanta importancia un reexamen de esta institución. Sin embargo, el cambio de filosofía o manera de entender los problemas del colectivo, nos hacen ver a las organizaciones como medios óptimos para servir como mecanismos de apoyo a la autonomía, ejercicio de capacidad y toma de decisiones y posibilitar la plena integración y participación de las personas con discapacidad. Dicha actua-

a ciertos extravíos, si no se tiene presente que el papel relevante de los grupos de discapacidad física y sensorial en su redacción— lo que le lleva a un primer exceso si se considera uniformemente su redacción— y la influencia de las filosofías del constructivismo social que eluden o impiden el examen de los problemas ciertos derivados de la enfermedad.

⁸ Desde la perspectiva de su recepción legislativa, la Propuesta de reforma del CC de la APDC, tiene una redacción mejor, en cuanto incorpora en el art. 171.1.3, un listado de principios que operan en este ámbito, aunque, como se verá en el texto, no todos tienen el mismo significado y función.

ción se enmarca dentro de un trabajo que procura la atención integral y coordinada de las diferentes necesidades del sujeto a los fines de lograr la mejora de la calidad de vida⁹. Conviene tener presente que la calidad de vida es un concepto pluridimensional y holístico que atiende no sólo al bienestar físico, sino también al emocional, así como las áreas de autonomía y derechos de las personas¹⁰.

Este punto es relevante, pues la aproximación científica –desde las perspectivas de la psicología, medicina, trabajo social– permite evitar cierto absolutismo moral y formalismo jurídico que pudiera derivarse de la pretensión de aplicar cerradamente los principios que, reconocidos en la Constitución de 1978, se arbitran en la Convención Internacional. Como hemos indicado, la metodología pospositivista también ayudará a la adopción de prácticas jurídicas que sean conformes, no sólo con el juego de principios, sino con las circunstancias materiales y jurídicas vividas por la persona con discapacidad.

En todo caso el apoyo suministrado por la persona jurídica debe ir encaminado a que el sujeto con discapacidad logre “elegir” su modo de vida a través de la toma de decisiones y ejercitar sus derechos y libertades con objeto de tener una vida independiente participativa y plena¹¹. Así nos lo dice ÁLVAREZ LATA y SEONE (2010, 22): “a través de la autonomía y de otras capacidades y derechos, la persona con discapacidad participa en diferentes áreas de la vida social; y a la inversa, su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones exige la promoción de sus capacidades y la garantía de procedimientos, materiales y sistemas de apoyo que permitan ejercer su autonomía”.

En este punto conviene recordar, como nos advierte BARRANCO AVILÉS¹², que “la autonomía incorpora una dimensión promocional junto con la tradicional dimensión de respeto; esto tienen dos consecuencias fundamentales, desde el punto de vista de la consideración de las relaciones entre autonomía y dependencia, la primera es que las interferencias con otros sujetos no son un obstáculo para la autonomía sino una condición para su desarrollo, la segunda es que la autonomía

⁹ RUEDA ESTRADA (2014, 30) distingue, instrumentalmente, un apoyo directo a la autonomía, capacidad de autodeterminación, inclusión social y laboral, mantenimiento de su mundo relacional y de afectos, de los apoyos indirectos que van dirigidas a que el sujeto se entienda integrado en la comunidad.

¹⁰ El modelo que utilizamos de calidad de vida ampliamente reconocido es el de SCHALOCK, R. y VERDUGO, M.A. (2003): *Calidad de vida: manual para profesionales de la educación, salud y servicios sociales*, Alianza Editorial, Madrid.

¹¹ RIVERA ÁLVAREZ, J.M.: “Notas sobre el apoyo a la autodeterminación de la persona incapacitada en el Código civil a partir de la convención sobre derechos de las personas con discapacidad”, en PÉREZ DE VARGAS, J. (Coord.): *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, La Ley, Madrid, 2011.

¹² “Dependencia y Estado Social”, en DE LUCAS, J. y RODRÍGUEZ URIBES, J.M., *Derechos Humanos y Constitución, Tirant lo Blanch*, Valencia, 2018, págs. 722-723.

es el objetivo de los derechos y no el presupuesto para su titularidad”. Así también, PEREÑA VICENTE¹³ nos refiere que el Comité olvida otra dimensión de la representación basada en la idea cooperativa en la gestión y cuidado de bienes e intereses ajenos. Uniendo estas dos ideas nos surge la proposición de que, a través de la sustitución de la voluntad presente, se consigue atender a la voluntad pasada, trasladando ésta cuando no es posible que el sujeto por sí mismo la declare.

En este punto, es interesante indicar que la persona jurídica de apoyo permite, a partir de la intervención profesional que predica, desarrollar un aspecto relevante dentro del cambio de filosofía que supone la Convención —especialmente, el art. 26—. El cuidado profesionalizado plantea nuevas metodologías y estrategias dirigidas a la promoción, mantenimiento o rehabilitación de la autonomía y capacidades de las personas con discapacidad, cosa que es difícil en el caso de las familias o allegados, por más que la ley las atribuye funciones guardadoras dirigidas a la promoción de la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad (art. 269.3º del Cc., art. 222.38 del Código civil catalán —en adelante CC Catalán— y art. 138 de la Compilación de Derecho Foral de Aragón— en adelante CDFA—)¹⁴. Dichos métodos son individualizados a través de programas o planes que, no sólo estáticamente, sino de forma dinámica, van desarrollando actuaciones tendentes al fomento de la autonomía y libertad de decisión, la participación e inclusión social; la adquisición de medios de subsistencia de un empleo, sea o no, protegido, etc. De ese modo, permiten hacer realidad uno de los objetivos marcados por la Observación General núm. 1 del Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad: “...fomentar la confianza y las aptitudes de las personas con discapacidad de modo que puedan ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro, si así lo desean. Los Estados partes tienen la obligación de impartir capacitación a las personas que reciben apoyo para que puedan decidir cuándo necesitan menos apoyo o cuándo ya no lo necesitan en el ejercicio de su capacidad jurídica” (24). De la individualización y la programación previas surge especialmente la planificación “centrada” en la persona¹⁵. Esta metodología llega a reconocerse como principio de actuación en artículo 4 de la Ley 3/2018, de

¹³ PEREÑA VICENTE, M.: “Derechos Fundamentales y Capacidad Jurídica. Claves para una propuesta de Reforma Legislativa”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, julio-agosto 2016, pág. 11.

¹⁴ Desde muy temprano, los responsables de las Fundaciones planteaban su intervención como un mecanismo subsidiario, respeto a los demás posibles tutores, temporal de apoyo, dirigido al mantenimiento o incremento de la capacidad, respetuoso con sus preferencias y deseos, así PERALES RAMÍREZ, L.: “Las Fundaciones tutelares en España”, en AAVV: *La persona con retraso mental, Incapacitación, tutela, matrimonio, esterilización, testamento e integración*, Fundación Tutelar TAU, Madrid, 1997, págs.112-115.

¹⁵ Así en la *Memoria de Actividades 2018*, Asociación Española de Fundaciones Tutelares, junio 2019, Madrid, págs. 9-10, visto http://fundacionestutelares.org/wp-content/uploads/2019/07/Memoria-AEFT-2018_DEF-1.pdf, el 07/08/2019, entendiendo como un proceso en donde se centran en la persona, sus necesidades y expectativas, para que identifiquen sus metas y elaboren su proyecto de

24 de mayo, de protección y apoyo garantizado para personas con discapacidad en Castilla-La Mancha (Principios informadores), entendiéndose genéricamente como “aquella metodología de planificación individualizada que se realiza desde el punto de vista de la persona, velando siempre por su dignidad, cuya vida es apoyada para planificar desde sus intereses, preferencias y objetivos, su punto de vista y su libertad de decisión. Permite desarrollar un tipo de apoyo cuya finalidad es potenciar la expresión de la persona con discapacidad en cuanto persona, para que tenga una vida plena, en la que no sea privada del control de su propia vida”. A nuestro modo de ver es un exceso del legislador autonómico pues dicha metodología puede, en el futuro, ser superada por otras; si bien, es cierto que el modelo lo entendemos conforme a los principios que se entienden adecuados en este momento.

No obstante, no podemos ser del todo optimistas, pues hay elementos internos (organizacionales) y externos (subsidiariedad) que dificultan la extensión de dicha pretensión u objetivo de la Observación núm. 1 de 19 de mayo de 2014. Internamente, resaltan la falta de recursos financieros y humanos como problema tradicional de las organizaciones. También, determinadas instituciones –sobre todo de cuidados en el entorno de la enfermedad mental– han tenido que pasar su “Rubicón”, dado que parten de tradiciones en donde se mantenían a las personas con discapacidad en ambientes cerrados, segregados, cuanto no se contenía su voluntad con medicación o aparatos. Todos estos problemas y tradiciones nos plantean una realidad mucho más compleja, con múltiples dificultades más allá de las declaraciones de intenciones.

Externamente, nuestras instituciones son subsidiarias y, además, en última instancia, residuales, de “recogida” de una población que, sin recursos suficientes ni redes familiares, tiene que ser “atendida” institucionalmente y, además, necesita una medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad en aquellas incumbencias en donde el Derecho reclama determinadas garantías¹⁶.

vida, según sus sueños e intereses. A partir de allí acompañan al sujeto, fomentando la confianza, y aptitudes para su mayor autogobierno y autonomía.

AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019a, pág. 14), nota 3, extiende la idea a los movimientos asociativos, colaborativos o de voluntariado, en donde se dan iniciativas cooperativas, como el “*cohousing*” o círculos de apoyo que, rebasan el entorno de nuestro problema, pero que también superan las limitaciones institucionales de nuestra figura.

¹⁶ Expresamente, nos advierte el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: *Observación General núm. 1, art. 12. Igual reconocimiento como persona ante la Ley, de 19 de mayo de 2014 (CRPD/C/GC/1)* que: “... los sistemas de apoyo para la adopción de decisiones no deben regular en exceso la vida de las personas con discapacidad” (29). GARCÍA RUBIO, M.P.: “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 58, 2017-2018, pág. 154, exige un sistema que garantice la autonomía del sujeto. En contra de posiciones tradicionales de nuestro Derecho; antes de la reforma de 24 de octubre de 1983, en DE CASTRO y BRAVO, F. (1948): “Incapacitación del imbecil (Sentencia de 5 de marzo de 1947)”,

2. ALGUNAS CUESTIONES TERMINOLÓGICAS Y DE CONTENIDO EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS SUJETOS QUE SON ATENDIDOS POR LAS PERSONAS JURÍDICAS DE APOYO

Al objeto de configurar inicialmente el campo sobre el que interviene la persona jurídica de apoyo, en primer término vamos a delimitar el sujeto sobre el que va a intervenir. Nos vamos a plantear dos cuestiones, una de vocabulario y otra cuestión es de contenido, dado que hay claramente una variación entre el campo de nuestra legislación civil común y el que puede arbitrarse, a partir de la Convención.

2.1. Cuestiones terminológicas

Como se ve claramente nuestro campo, el mundo de la discapacidad, se ve sometido a determinaciones terminológicas. En concreto, la utilización de conceptos como son “incapaz”, “incapacitado”, “incapacitación” que tienen un amplísimo uso en nuestro Derecho Civil deben evitarse por su efecto estigmatizador y discriminatorio. Detrás también está el rechazo a la idea que la persona vea “modificada” su capacidad por la resolución judicial. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria –en adelante LJV– se ha adelantado parcialmente a este espíritu, remarcándolo en su Preámbulo (Numeral III): “También se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad... La cual afecta a la nueva terminología, en la que abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituye por la referencia a las personas cuya capacidad esta modificada judicialmente”. Sin embargo, el término “persona con capacidad modificada”, todavía “a priori” señala que todo

Anuario de Derecho Civil, I-I, enero-marzo 1948, pág. 300, cuando nos dice: “Provisto el imbécil de un tutor”, a los solos efectos” de la administración de sus bienes, sin nadie a quien se encomiende e imponga el deber de guardar su persona y de procurar su restablecimiento, se le abandona a los caprichos a que le impulse su enfermedad y al influjo de cualquiera. El patrimonio se convierte en un fin propio y el interés económico (el de los futuros herederos) se considera superior al de la persona incapacitada”. O, con posterioridad, otros como: GARCÍA CANTERO, G. (2016): “Comentario al art. 216”, en Cañizares Laso, A. *et alios*, *Código Civil Comentado*, Volumen I, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, págs. 1037-1044.

No obstante, ya PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J. en sus comentarios a ENNECCERUS, L. (1934): *Tratado de Derecho Civil, Tomo I (Parte General)*, Vol. I, 13ª revisión (NIPPERDEY, H.C.). Bosch Casa Editorial, Barcelona, pág. 384, o LETE DEL RÍO, J.M. (1978):” Comentario al art. 218”, en Albaladejo, M.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, IV, Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 195, entendían, conforme al art. 218 del antiguo Código civil, se permitía la gradualidad de la incapacitación en los casos de “sordomudos que no sepan leer ni escribir”– sin perjuicio de la crítica que el segundo hacía de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1947 –que se extendió en la Sentencia de 6 de febrero de 1968 del Tribunal Supremo– por extender la norma en caso de retraso mental.

sujeto sometido a la medida va a resultar con la capacidad “modificada”. Queda un paso que dar respecto a la consideración de la existencia de la capacidad modificada hacia el concepto que realmente debe adaptarse. Más afortunada era la denominación de “personas con capacidad judicialmente complementada” que adoptaban diferentes anteproyectos de los años 2013¹⁷. Así el Anteproyecto de 2018 –y en el Proyecto de 2020– hace desaparecer la terminología antigua usando otras referencias: “persona con discapacidad”, “medida de apoyo a las personas con discapacidad”. Este cambio no es sólo instrumentalmente respetuoso con el colectivo, sino que materialmente tiene un significado, como constantemente vamos a reiterar; el sujeto con necesidades de apoyo tiene plena capacidad jurídica; de hecho, expresamente, se indica que no pierde en absoluto sus derechos; así si determinadas situaciones impiden su ejercicio el Ordenamiento responde prestándole apoyos (ver Preámbulo del Proyecto de 2020, III)¹⁸.

No obstante, respecto a la terminología utilizada, especialmente, la referencia a la persona con discapacidad, debemos hacer una serie de aclaraciones:

- a) Vamos a tratar sólo de la persona mayor de edad o emancipada. Las organizaciones, de hecho, discriminan claramente este grupo por razones técnicas. Y ello con independencia de la crítica a los problemas que da el todavía común tratamiento de la tutela y demás instituciones de guarda de los menores de edad y personas “incapacitadas”. Esto probablemente se evitará en el futuro, a partir de la separación de régimen jurídico del Anteproyecto de 2018 –actual Proyecto de 2020–. En este punto, seguimos el criterio de determinados países, como Portugal o Alemania, que han dejado la tutela para las situaciones de protección de menores optando por nuevas denominaciones en el caso de personas con discapacidad mayores de edad o emancipadas con necesidad de apoyo; así las figuras alternativas del asistente y acompañante. El Anteproyecto 2018 –actual Proyecto de 2020–, utiliza la curatela como medida estándar de protección “continuada” (art. 249, 3º párrafo, del Anteproyecto y art. 250, 5º párrafo, del Texto del Informe de Ponencia 2021).
- b) Aunque hablaremos comúnmente de las “personas con discapacidad”, somos conscientes, en primer término, de que es un término general que incorpora todos los sujetos mayores “que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con

¹⁷ Anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria de 31 de octubre de 2013 (disponible en https://icapalencia.es/wp-content/uploads/2013/11/APL_JURISDICCION%20VOLUNTARIA_31_OCTUBRE_2013_-_WEB.PDF.pdf, visto el 18/05/2019) y Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada, de 20 de diciembre de 2013 (disponible en <https://www.unav.edu/documents/58292/004aaf94-5e5a-4a14-84a2-4ae8574b387a>, visto el 18/05/2019).

¹⁸ PEREÑA VICENTE (2016, 7) planteaba, claro está sin tener presente lo que diría el Anteproyecto, el cambio a “procedimiento de protección”.

diversas barreras, puedan” verse impedidas en su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás” –definición planteada a partir del art. 4.1 del TRLGDPD–. No obstante, se debe entender –o así lo remarcaremos– que sólo trataremos de aquellos que necesitan medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad y así debe ser reconocida esta situación en una decisión judicial (art. 199 del Cc., en general). Así, expresamente, se diferencia, en el campo del Derecho penal, entre personas con discapacidad, en general, y personas con discapacidad “necesitada de especial protección”, véase el art. 25 del Código Penal. Sin embargo, para no cansar con la utilización de un término tan extenso –dada la naturaleza del trabajo– sólo hablaremos de personas con discapacidad y, cuando sea necesario diferenciar, intentaremos esforzarnos porque quede clara la distinción.

No obstante, hay otro problema, producido por una tradición, hoy ya parcialmente eliminada, que tendía a identificar este concepto (persona con discapacidad) con sujeto “reconocido” en su situación de discapacidad o, con anterioridad, minusvalía, por órgano competente de nuestro Estado; así véase la polémica que se dio, en el pasado, en el art. 1.2 (redacción original) de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que tuvo que ser objeto de reforma, por el art. 1 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto¹⁹. Claramente, hoy en día, la consideración de persona con discapacidad no necesita de tal reconocimiento, como hemos visto a la hora de examinar el art. 4.1. del TRLGDPD que, en este punto, sigue los criterios del art. 1.º párrafo de la CDPD, que indica que “las personas con discapacidad incluyen a aquéllas que *tengan* deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

¹⁹ Con la prevención polémica del segundo párrafo del art. 4.2 de TRLGDPD que sigue marcando la necesidad de que sea reconocido en un 33% igual o superior de discapacidad, para ser objeto de protección dispensada por la Ley– salvo en relación con las medidas de defensa, arbitraje y de carácter judicial que se relacionen con la “vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades” del art. 63 del TRLGDPD, en donde no será necesario el reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o su transitoriedad, como nos dice el art. 64 del TRLGDPD. Es interesante indicar, que el art. 4 del TRLGDPD plantea también que: “4. A efectos del reconocimiento del derecho a los servicios de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades se asimilan a dicha situación los estados previos, entendidos como procesos en evolución que puedan llegar a ocasionar una limitación en la actividad”. De forma que reconocido el derecho puede darse efectos retroactivos, a la declaración– lo cual no es más que una norma especial, de la del art. 39.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Véase también, Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, *Respuestas del Gobierno de España a la lista de cuestiones (CRPD/C/ESP/Q/1) que deben abordarse al examinar el informe inicial de España (CRPD/C/ESP/1)**, de 8 de julio de 2011, CRPD/C/ESP/Q/1/Add.1 (2-3).

Actualmente, los arts. 199 y 200 del Cc. condicionan todavía las características del grupo objeto de estudio en tanto que hablan, por una parte, de los que funcionalmente no puedan gobernarse, en su persona o bienes, como consecuencia de una enfermedad o deficiencia física o psíquica persistente y por otra, que dichos sujetos tienen que ser declarados como tales en la sentencia de incapacitación. También se debe indicar que, como consecuencia de su origen dentro todavía del modelo rehabilitador, no se alude al factor de la existencia de las barreras externas a la propia discapacidad como elementos que inciden en la situación de la discapacidad. Por último, como indicaremos más adelante, hay una dificultad añadida, pues el complemento o apoyo a la capacidad natural del sujeto puede derivarse de situaciones no permanentes. El Texto del Informe de Ponencia (2021) ha vuelto a incluir la posibilidad de nombrar defensor judicial para cubrir situaciones ocasionales aunque, sean recurrentes en el art. 295, 5º párrafo, cosa que inicialmente se suprimió del texto en el Proyecto original. Sin embargo, dicho supuesto, por error sistemático, no se ha llevado al art. 27 de la LJV²⁰.

Concluyendo, la persona de la que vamos a tratar es una persona mayor de edad que necesita de un apoyo judicial para poder ejercer su capacidad.

2.2. Configuración material de los sujetos atendidos por las personas jurídicas de apoyo

Nuestro Código civil no parte de una definición de la persona que puede ser sometida a una medida de apoyo. Sólo habla causalmente de la situación de la que puede derivar una solicitud: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma” (art. 200 del Cc.). Es relevante indicar que, por tanto, se parte de una perspectiva funcional²¹: cualquier persona física puede encontrarse con que, por cualquier causa, no pudo ejercitar sus capacidades, tomar decisiones, actuar conforme a su autonomía en una realidad jurídica que le exige su intervención.

²⁰ No debemos considerar los supuestos del art. 295 como “*numerus clausus*” ya que, fuera de las situaciones de la norma, se podría utilizar esa figura para situaciones puntuales –configurando un supuesto general de la idea de ocasionalidad–.

²¹ El Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General núm. 1, art. 12. Igual reconocimiento como persona ante la Ley*, de 19 de mayo de 2014 (CRPD/C/GC/1), plantea en el punto 15, tres criterios posibles: criterio basado en la condición –a partir del diagnóstico de una enfermedad o deficiencia–; criterio construido en el resultado –derivado de la adopción de “malas” decisiones previamente–; y el criterio funcional –basado en la aptitud del sujeto para la toma de decisiones–.

Sin embargo, a partir de la Convención se manifiestan una serie de problemas:

- 1º) Dentro del mundo de las incumbencias civiles, nuestro Código civil no debería restringir²² su campo de actuación a enfermedades o deficiencias, sino también, por razones de cumplimiento de la Convención, debe abrirse a las situaciones de otra naturaleza que eviten también el ejercicio de las capacidades mentales; tal como veíamos en el punto 14 de la Observación General núm. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: “La capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos, al igual que las disciplinas, profesiones y prácticas que desempeñan un papel predominante en su evaluación”²³. Cuando hablamos de capacidad mental (natural) se parte de la única caracterización diferenciadora admisible para la Convención; la capacidad jurídica que se tiene “en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida” (art. 12.2 de la CDPD) y la capacidad mental que es “la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales”. De forma que el problema pasa a ser aparentemente externo, el sujeto, en todo caso capaz jurídicamente, no puede ejercitar su capacidad mental y debe proveérsele unas medidas de apoyo.

Pero también, hay otro aspecto a destacar que nos plantea el problema de la dinámica que comporta toda idea de participación en el ejercicio de la capacidad o en la toma de decisiones. Toda decisión judicial, aún revisable –y no condicionada totalmente por el principio de cosa juzgada– tiene un aspecto estático que dificulta el desarrollo de toda intervención social y psicológica que trate la participación como un “aprendizaje”. La toma de decisiones, como el resto de actuaciones con relevancia jurídica, no es, como también pasa en la minoría de edad, un momento “mágico” sino parte de la educación de todo individuo en la responsabilidad y libertad de sus actos. Cuando se habla de persistente, se desliza normativamente que el sujeto sufre la situación prolongadamente en el tiempo –o presumiblemente, de modo prolongado–. De ahí que sea interesante incluir la adopción de medidas de apoyo para situaciones que se produzcan, cíclica u ocasionalmente. El requisito de persistencia cabe interpretarse de forma correctora y extensiva, a los efectos de que no

²² Históricamente, la eficacia restrictiva o limitativa de la norma incapacitante determinaba una interpretación por la cual, sólo era posible la incapacitación por los motivos expresamente señalados en el Código civil, cuyas figuras listadas era “*numerus clausus*”, como se ve en DE CASTRO BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, II, Ed. Cívitas, pág. 294.

²³ Así AMUNATEGUI RODRÍGUEZ (2019a, 44-45) cuando pide que se trabaje sobre la situación que afectan a las facultades de discernimiento – y entiendo de volición– que impiden al sujeto el ejercicio de sus capacidad jurídica, si bien con cierta estabilidad y permanencia.

sea óbice para que se pueda aplicar la medida de apoyo, más cuando cabe solicitar la modificación de la sentencia conforme al art. 761 de la LEC –al que se unirá, conforme al art. 12.4 de la CDPD, las previsiones del Anteproyecto 2018– o en el Proyecto de 2020, sobre incorporación del art. 42 bis c) de la LJV según el Texto del Informe de Ponencia 2021 respecto al plazo de las medidas de apoyo y revisión de las mismas (tal como veremos más tarde) –actualmente el art. 761 de la LEC en el Proyecto, denominado “Revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas”²⁴–.

- 2º) Respecto a la situación que provoca la necesidad de apoyo, todavía hoy debemos partir de la caracterización: “enfermedad o deficiencias... de carácter físico o psíquico”. Como hemos indicado antes se trata de una descripción o criterio preferentemente funcional; de forma que dichas enfermedades o deficiencias determinan la necesidad de medidas de apoyo si –y sólo si– no permiten al sujeto el ejercicio de su capacidad mental (natural). En este punto, inicialmente, descriptivo, no se pueden incorporar actualmente los elementos físico y sensorial que aparece en el art. 4.1 de la TRLGDPD²⁵ y, no obstante su diferencia, se pueden agrupar las deficiencias mentales o sensoriales dentro del capítulo de deficiencias psíquicas en tanto pudieran afectar a los elementos de la consciencia y voluntad²⁶. Por otra parte, también plantean dificultades algunas afecciones, como son las adicciones (alcoholismo, toxicomanía) u otros trastornos de la personalidad –incorporados o no al DSM–. Por lo tanto, el término “persona con discapacidad” –o el preferido por diversos colectivos que los agrupan, personas con diversidad funcional– no es suficientemente descriptor desde una doble perspectiva que se nos refleja en la propia definición legal que da, generalmente, el art. 4.1 del TRLGDPD: primero, que algunas enfermedades o patologías, como son claramente, las físicas o sensoriales, no tienen en la mayoría de los casos, la potencialidad de poder evitar el ejerci-

²⁴ En este punto, véase la Sentencia núm. 383/2018, de 21 junio, de la Sala Civil del Tribunal Supremo, Sección 1ª, Ponente: Antonio Salas Carceller (RJ 2018\2670) que no casa la decisión de los Tribunales y Juzgado de modificar la capacidad por la posibilidad de remisión terapéutica, en tanto es posible la vía revisora del art. 761 de la LEC.

²⁵ En el pasado esto no era así con los sordomudos que no supieran leer o escribir, dado que no se planteaba la cuestión de que era la falta de mecanismos de accesibilidad los que determinaban los problemas; véase DÍEZ PICAZO, L. (1986): “Comentario a los arts. 199 a 210”, en AMORÓS GUARDIOLA, M. y BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, Ed. Tecnos, Madrid, pág.180.

²⁶ Ya tradicionalmente, en ENNECCERUS, L. (1934): *ob. cit.*, parágrafo 85.1, pág. 376, o VON TUHR (1946): *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán*, Vol. 1-2 (Las Personas), Editorial De Palma, Buenos Aires, parágrafo 25-I, págs. 49-50. Actualmente, BARIFFI (2009, 368 y ss.) distingue cinco grupos: discapacidades psicosociales (mentales), cognitivas (intelectuales), sensoriales, envejecimiento y un grupo de enfermedades que afectan a la autonomía de la voluntad.

cio de la capacidad, autonomía o toma de decisiones²⁷. En segundo lugar, que el concepto de discapacidad, a partir de la instauración del modelo social²⁸, no se centra en la enfermedad o deficiencia, sino en los problemas de participación que, por virtud de estas, se producen en el sujeto, como se ve claramente en la propia definición de discapacidad que contiene el art. 2 del TRLGDPD: “es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.” Es cierto que, desde la perspectiva del Derecho civil, “la participación” se debe reflejar en la posibilidad o potencialidad que tiene todo sujeto de poder actuar en cualquier relación jurídica.

Desde esta perspectiva polémica sobre la necesidad de adscribir a un tipo de discapacidades la situación que reclama apoyos, se vió lógica la elusión que hace el Anteproyecto de 2018 de trazar una persona o situación específica que reclame apoyos –como se ve en los arts. 248 y ss. del Anteproyecto–. GARCÍA RUBIO (2017, 172) entiende que tal vez debería referirse funcionalmente a la afectación de la integridad de la conciencia o voluntad del sujeto, pero el modelo se ha centrado en el acto concreto que ha de realizarse (de apoyo), de la misma manera que *Assited Decision Making Capacity Act* 2015 irlandesa, como nos advierte PEREÑA VICENTE²⁹. Esta cuestión difiere de la Propuesta

²⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014, 35).

²⁸ La institucionalización de este modelo –más allá de del inicio del proceso de la Convención, en la Resolución 56/168, de 19 de diciembre, de la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/56/583/Add.2)– y la armonización de los diversos modelos se va reflejando en la Organización Mundial de la Salud, a partir del documento *Clasificación Internacional del Funcionamiento, Discapacidad y la Salud*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría General de Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO), Madrid 2001, que tenía por objetivo “brindar un lenguaje unificado y estandarizado, y un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados “relacionados con la salud”. Dentro de dicha descripción, se tiende a indicar restricciones de la participación o limitaciones de actividad derivadas de los problemas de salud, de la que se derivan constructos genéricos (capacidad, realización de tareas) y la propia definición de discapacidad. En ellos, se puede vislumbrar tareas o capacidades con relevancia jurídica, como se ve en los siguientes: capítulo 6 (Vida doméstica) –Adquisición de lo necesario para vivir (d 610-d 629)–, capítulo 8 (Áreas Principales de la Vida) –Educación (d 810-839)–, Trabajo o empleo (d 840-859), Vida económica (d 860-879), capítulo 9 (Vida comunitaria, social y cívica) – Derechos humanos (d 940)–, Vida política y ciudadana (d 950), por ejemplo. Como se ve, junto a factores externos, sociales y contextuales, se incorporan, como nos advierte ÁLVAREZ LATA y SEOANE (2010, 17) factores internos o individuales.

Este modelo social actualmente está superado, politológicamente, por el modelo de la diversidad que, a decir de ÁLVAREZ LATA y SEOANE (2010, 16) “...acoge algunos postulados del modelo social y también del movimiento de vida independiente, como su énfasis en el ejercicio de la libertad y en la noción de independencia, entendida como control sobre la propia vida, y, sobre todo, subraya, el valor de la discapacidad en cuanto rasgo de la diversidad humana y factor de enriquecimiento social”.

²⁹ “La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, núm. 3 (2018), págs. 61-83.

de reforma del Código civil de la APDC, art. 171.1.1, que decía: “La protección de la persona con *facultades mentales o intelectuales, físicas o psíquicas disminuidas* se realiza a través de la oportuna provisión de apoyos que acompañen la toma de decisiones de la persona para dirigir su vida, administrar su patrimonio y celebrar actos jurídicos en general”. Esta propuesta evitaría las disquisiciones futuras sobre identificación de grupos y situaciones que reclaman una medida de apoyo³⁰.

También, la elusión evita la discriminación apriorística que se produciría por identificar una enfermedad o deficiencia o a un grupo de personas que la padeciera. Pues si el sujeto con dichas enfermedades o deficiencias tiene, de hecho, capacidad mental (natural) actual para llevar a cabo una decisión o comportamiento con relevancia jurídica, no necesita de adopción de medida de apoyo; y si se establece, esta obraría como una barrera³¹. Por ello, la virtualidad de un concepto inespecífico de persona sometida a medidas de apoyo es relevante para “hacer ver” el problema descrito, en tanto que en el art. 2.d) del TRLGDPD –en relación con el art. 14.1 de la CE y arts. 3.b) y 5 de la CDPD– señala como situación de discriminación indirecta: “...cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”.

Actualmente, conforme al criterio de GARCÍA RUBIO señalado, se ha incorporado en el art. 249, 1º párrafo, del Proyecto de 2020 que “las medidas de apoyo de origen legal o judicial sólo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona que se trate”. Como se observa, es la falta de capacidad natural, no la enfermedad o deficiencia la que califica la situación legal que permite la adopción de medidas de apoyos legales o judiciales.

Dentro del marco de la Convención, la funcionalidad del problema se debe trasladar, por tanto, a la justificación de quien solicita la medida, de forma que

³⁰ Ya ha comenzado la polémica como se ve AMUNATEGUI RODRÍGUEZ (2019a, 45), RIBOT IGUALADA, J.: “La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento”, en DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, V. (Dir.): *Claves para la adaptación del Ordenamiento Jurídico Privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 228 y ss. y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C (2019): Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote”, en DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, V. (Dir.): *Claves para la adaptación del Ordenamiento Jurídico Privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 258 y ss.

³¹ Así lo ven genéricamente CUENCA GÓMEZ, P. (2018, 697).

es insuficiente la descripción de la enfermedad o deficiencia, sino está incardinada en el “problema”: el sujeto no puede ejercitar su capacidad, tomar decisiones o actuar conforme a su autonomía. Este es el sentido de lo dispuesto en el art. 759.1 de la LEC, cuando se habla de la incorporación de los “dictámenes periciales necesarios o pertinentes” que deben introducir no sólo elementos de ciencia médica/psicológica, sino también sociales, en cuanto descriptivos de una “disfuncionalidad” relacional³². De igual manera, el procedimiento de modificación de la capacidad debe coordinar las necesidades de relación jurídica con las medidas de apoyo personal o de otra índole adaptadas a la situación que conforman la “extensión y límites”, de acuerdo con el art. 760.1 de la LEC –tal como nos recuerda RUEDA ESTRADA (2014, 28 y 32) –.

- 3º) El marco de las instituciones civiles no debe hacernos olvidar la existencia de barreras que limitan la participación plena y efectiva del sujeto con discapacidad y la posibilidad –en términos no sólo tecnológicos sino económicos– de suministrar mecanismos de accesibilidad para salvar el entorno o el proceso de toma de decisiones. En ocasiones dichos mecanismos pueden permitir la transmisión adecuada de la voluntad o su realización. Es decir, junto a estos mecanismos sociales, hay otras medidas de apoyo que se plantean dentro del concepto de ajuste razonable (art. 2 del TRLGDPD) en tanto “...modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad. . . , para facilitar la accesibilidad y participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos sus derechos”.

En este punto, estas necesidades pueden superarse o no, puntualmente, mediante otras medidas de apoyo que no siempre son personales, sino en ocasiones materiales y que tienen incidencia directa en la toma de decisiones³³. Estas no resultan previstas en nuestro Ordenamiento ni tampoco en el Anteproyecto de 2018. Y, por contrario, en las Propuestas (Real Patronato de la Discapacidad), si se veía la posibilidad de intervención de un gestor de apoyos o la figura del asistente del Capítulo IV, del **Título II del CC Catalán**, configurándolo dentro de aquellas actuaciones tendentes al logro del bienestar del

³² En la reforma del art. 759.1.3º de la LEC del Texto del Informe de Ponencia (2021): “Para dicho dictamen preceptivo se contará en todo caso con profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, y podrá contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso”.

³³ Algunos casos planteados por la jurisprudencia, nos invitan a la reflexión de esta necesidad; por ejemplo Sentencia núm. 781/2004 de 14 julio de la Sala Civil del Tribunal Supremo (Sección 1ª), Ponente: Pedro González Poveda, RJ 2004\5204 en donde el Tribunal Supremo no casa la sentencia de instancia que imponía la tutela cuando se describía la relevancia de la afasia – a partir de una tetralgia–. La pregunta a hacerse es si no hay mecanismos que permitan la comunicación de la voluntad del sujeto o un tratamiento que pueda recuperar el habla o capacidad de comunicar su voluntad.

sujeto atendido (art. 226.2.2)³⁴. La Ley 3/2018, de 24 de mayo, de protección y apoyo garantizado para personas con discapacidad introduce un Sistema de Planificación de Apoyos centralizados en unas nuevas Unidades de Orientación y Apoyo –bajo la coordinación de las Consejerías de Servicios Sociales y Salud (art. 7)– que, como veremos en el subcapítulo 3.3.1, permite superar la visión fragmentaria y descoordinada de los apoyos.

3. LA RELEVANCIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE APOYO

Usualmente, en los trabajos al uso de nuestro campo los autores se refieren con carácter, tal vez excesivamente genérico, a la incidencia que tienen sobre la población en general la discapacidad y/o el envejecimiento. En principio, los datos e indicadores sobre discapacidad, por su carácter multifactorial y su dimensión más allá del problema de la capacidad natural (mental) y la protección civil, no identifican la relevancia cuantitativa de nuestro objeto de estudio. De hecho, el Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad trata esta cuestión a los efectos de solicitar mayor información a nuestras autoridades: “9. Tengan a bien facilitar datos sobre el número de personas con discapacidad que han sido puestas bajo tutela para poder ejercer su capacidad jurídica y, en su caso, sobre el número de decisiones por las que se ha modificado la capacidad de obrar de alguien”³⁵.

De todos los datos que hemos podido obtener³⁶ llegamos a dos conclusiones: primera, relacionándolo con el mundo general de la discapacidad, aquellas personas que necesitan medidas de apoyo de naturaleza civil son proporcionalmente un grupo minoritario. Y, dentro de ellas, también lo son las que son sometidas a la intervención representativa o asistencial o de otra índole de las personas jurídicas de apoyo –no creemos que llegue al 10% de la población sometida a medidas civiles de apoyo–. Siendo las tutelas frente a las curatelas o defensas judiciales, el medio preferido de constitución judicial de guarda –en una proporción de alrede-

³⁴ También recogido por la Propuesta del Código civil de la APDC, como figura ocasional de apoyo (arts. 177.1 a 177.4), frente a las situaciones estables en donde, en función de la intensidad se puede elegir o la tutela o la curatela.

³⁵ “Lista de cuestiones que deben abordarse al examinar el informe inicial de España (CRPD/C/ESP/1) en relación con los artículos 1 a 33 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, 20 de junio del 2011, CRPD/C/ESP/Q/1/Add.1

³⁶ Se han partido de datos generales de la discapacidad en España, a partir de la información suministrada por el Instituto Nacional de Estadística, “Encuesta sobre discapacidades, autonomía personal y situaciones de dependencia”, 2008, EUROSTAT, “Disability statistics”, o a nivel autonómico, Dirección General de Atención a las Personas con Discapacidad de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, “Bases de Datos del Reconocimiento del Grado de Discapacidad 2002-2017”, datos sobre estadísticas judiciales –Fiscalía General del Estado, Memorias desde el año 2016 a 2018–, datos de las grandes asociaciones (Asociación Española de Fundaciones Tutelares o FUTUPEMA) o de las instituciones públicas, en sus memorias.

del 90% de los casos—. A pesar de los datos hay elementos de cambio social que determinan en el futuro la posibilidad de que se vaya evolucionando este esquema:

- a) Las transformaciones en el entorno real de la familia, desde la perspectiva de que se va reduciendo la prole —lo que incide en menos personas físicas que puedan asumir los cargos— y que, dentro de ellas, por las transformaciones urbanas, tienen menores recursos habitacionales y económicos para poder atender a sus ascendientes o hermanos —que decir de otros parientes que no sean los hijos—.
- b) La transformación en el mundo de las ideas, dado que actualmente no se da tanta relevancia a la necesidad del cuidado familiar intergeneracional³⁷. Por otro lado, debemos remarcar que la perspectiva cuantitativa no es suficiente para hacerse un juicio sobre la importancia de la asistencia de las personas jurídicas de apoyo; su trabajo profesionalizado abre campos de intervención, así como “modos” (técnicas y metodologías) que mejoran la atención y cuidado de las personas con dificultades de ejercicio de la capacidad.

El número de las personas jurídicas de apoyo no puede establecerse a partir de los datos normativos; ya sea porque la norma civil deja libertad para su creación —dado el cumplimiento de una serie de requisitos—, ya sea porque tampoco, cerradamente, dentro de las Administraciones públicas, hay una norma que exige la creación de dichas entidades —en función de una norma constitucional o derivada que asigne una competencia administrativa específica—. No obstante, afortunadamente contamos con estudios que nos informan del número de personas jurídicas existentes, así en el documento de la Asociación Española de Fundaciones Tutelares; DELGADO FILLAT Y. y PINAR ÁLVAREZ, A. (2015): *Estudio sobre la situación de la Tutela de las Personas con Discapacidad Intelectual en España*, se establece una relación de entidades públicas y privadas existentes.

En cuanto a las personas jurídicas privadas, se agrupan en Asociaciones o Federaciones de Fundaciones. En España, existen dos grandes grupos, la Asociación de Española de Fundaciones Tutelares (AEFT —integrada en FEAPS Plena Inclusión—), nacida en 1995 y dirigida más al mundo de la discapacidad intelectual o del desarrollo —mayores de edad— en la que se insertan 27 entidades, con 242 profesionales —y 718 voluntarios— y 2.829 personas atendidas —2.406 en tutela—, 387 en curatelas y 36 a través de otras figuras jurídicas, según refiere en la Memoria del año 2018³⁸. En el mundo de la enfermedad mental, se agrupan en Futu-

³⁷ LEGERÉN MOLINA, A. (2012): *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 293.3 del Código Civil*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pág. 21. ABELLÁN GARCÍA, A., ACEITUNO NIEGO, P., PÉREZ DÍAZ, J., RAMIRO FARIÑAS, D., AYALA GARCÍA, A. y PUYOL RODRÍGUEZ, R. (2019): “Un perfil de las personas mayores en España, 2019. Indicadores estadísticos básicos” Madrid, Informes Envejecimiento en Red, núm. 22, marzo 2019, pág. 5 y ss.

³⁸ Visto http://fundacionestutelares.org/wp-content/uploads/2019/07/Memoria-AEFT-2018_DEF-1.pdf, el 07/08/2019. En este punto, en la pág. 11, hay un cuadro de la evolución 2016-2018,

pema, Asociación Española de Fundaciones Tutelares, creada en 1983 donde se agrupan 8 fundaciones y, como socio de honor, la Confederación de Salud Mental de España que tratan específicamente de este tipo de patologías. En este caso, no reportan datos más concretos, como en el caso de AEFT. Con independencia de estas referencias, en el listado del Estudio de la AEFT (2015) se identifican, a nivel nacional, en el campo de la discapacidad intelectual, 45 entidades privadas; en el mundo de la enfermedad mental 17 entidades; en el campo del deterioro cognitivo, 7 entidades; en el daño cerebral, 1 entidad; y con diversos campos, 6 entidades. De todo ello resultan 76 entidades privadas. De las que se encuentran agrupadas en asociaciones, como hemos visto, sólo 35 entidades.

En relación con las organizaciones públicas de apoyo, como veremos a continuación, tiene muy diversa estructura jurídica (fundaciones públicas, agencias, institutos, comisiones) y tampoco podemos decir que, en función de la estructura provincial o autonómica, nos encontramos con una organización por provincia o por autonomía. Es cierto que en autonomías uniprovinciales tenemos un organización pública institucional; en Madrid, la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos; en Asturias, FASAD (Fundación asturiana de atención y protección a personas con discapacidades y/o dependencias); en Cantabria, Fundación Marques de Valdecilla –que tiene un servicio tutelar–; en la Rioja, la Fundación Tutelar de la Rioja; en Navarra, la Fundación Navarra para Tutela de Adultos; en Murcia, la Fundación Murciana para la Tutela y Defensa Judicial de Adultos. Pero, en los demás territorios autonómicos pluriprovinciales, se puede diferenciar, los casos del País Vasco –por la relevancia de las Diputaciones Forales, en Vizcaya, el Instituto Tutelar de Bizkaia– Cataluña o las Islas Baleares –donde no existen entidades públicas– o Andalucía –donde cobran relevancia las Diputaciones Provinciales, para crear en cada entorno provincial una estructura: Instituto Almeriense de Tutela, Fundaciones Jienense, Granadina, Cordobesa, Gadicana y Malagueñas de Tutela–; el resto trata de organizarse dentro de la estructura propia del gobierno autonómico, como es el caso de Aragón, con su Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos; Canarias, Comisión Tutelar del Mayor Incapacitado; Castilla La Mancha, Comisión de Tutela ; Castilla León, Fundación de Acción Social y Tutela; y Valencia, Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial. Es decir identificamos 17 personas jurídicas de apoyo públicas.

que presenta datos que no reflejan claros signos de cambios, sino operan como procesos aleatorios.