

LÍNEAS BÁSICAS DE LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD PSÍQUICA*

BASIC OUTLINES OF THE REFORM OF THE SPANISH CIVIL CODE ON THE LEGAL REGIME OF MENTAL DISABILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 690-711

En este trabajo, las referencias bibliográficas y jurisprudenciales, y los desarrollos argumentales van a limitarse al mínimo imprescindible. Para fundamentación de buena parte de las afirmaciones que se hacen en él, me remito a tres trabajos míos, en los que el lector interesado podrá encontrar tanto argumentaciones más detalladas como las oportunas referencias doctrinales y jurisprudenciales: 1) en cuanto al tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica, a mi monografía *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014; 2) en cuanto a algunos aspectos de la reforma aprobada, en una de sus versiones iniciales (que en sus líneas fundamentales coincide con dicha reforma), a mi trabajo "Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote", en DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M^a V.: *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 253 y ss.; 3) y en cuanto a la Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, a "La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y PÉREZ GALLARDO, L. (dirs.): *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad*, Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 85 y ss.



Carlos
MARTÍNEZ
DE AGUIRRE
ALDAZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de septiembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Se ha aprobado recientemente una importante reforma de la legislación civil y procesal española en relación con el tratamiento legal de la discapacidad psíquica. Esa reforma se basa en las ideas de fomento de la autonomía de las personas de la discapacidad y prestación de apoyos, eliminando la incapacitación y restringiendo al máximo los casos de representación legal. El artículo hace una sucinta exposición de la situación previa a la reforma, y de la ocasión de la reforma, para acabar haciendo un breve análisis de las líneas básicas sobre las que se asienta.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad psíquica; apoyos; autonomía; protección.

ABSTRACT: *A major reform of Spanish civil and procedural law has recently been approved in relation to the legal treatment of mental disability. This reform is based on the ideas of promoting the autonomy of persons with disabilities and the provision of support, eliminating the so called "incapacitation" and restricting cases of legal representation as much as possible. The article gives a succinct account of the situation prior to the reform and the occasion of the reform, and ends with a brief analysis of the basic lines on which it is based.*

KEY WORDS: *Mental disability; support; autonomy; protection.*

SUMARIO.- I. EL PUNTO DE PARTIDA: LA REGULACIÓN VIGENTE.- II. LA OCASIÓN DE LA REFORMA: LA CONVENCION DE NUEVA YORK Y LA OBSERVACION GENERAL PRIMERA DEL COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- I. Planteamiento.- 2. El artículo 12 de la Convención de Nueva York.- 3. La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad. III. LA REFORMA LEGAL ESPAÑOLA.- I. Líneas básicas de la reforma.- 2. Algunos conceptos clave de la reforma: apoyo, autonomía y protección en la nueva regulación. A) Previo: la identificación del problema que la ley trata de resolver mediante la provisión de apoyos. B) Apoyos. C) Autonomía. D) Protección.- IV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

I. EL PUNTO DE PARTIDA: LA REGULACIÓN VIGENTE.

Antes de la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, la materia relativa al tratamiento legal de la discapacidad psíquica se encontraba regulada básicamente en el Código civil (CC: arts. 199 y ss.) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC: arts.756 y ss.), cuyas reglas se han visto profundamente afectadas por dicha reforma. Conforme a dichas reglas, muy resumidamente!:

1) La persona afectada por una enfermedad o deficiencia persistente, física o psíquica, que le impidiera gobernarse por sí misma, podía ser declarada incapaz mediante sentencia judicial (arts. 199 y 200 CC).

2) La sentencia que declarara la incapacitación debía determinar la extensión y límites de dicha incapacitación, así como el régimen de tutela o guarda al que habría de quedar sujeto el incapacitado (art. 760 LEC).

3) Se establecían básicamente dos instituciones estables de guarda (art. 215 CC): la tutela, cuyo contenido incluía facultades de representación del incapacitado, lo que permitía entender que estábamos ante un mecanismo de sustitución de capacidad; y la curatela, cuya finalidad era la asistencia del curador para los actos expresamente determinados en la sentencia de incapacitación, o a falta de dicha determinación, para los actos en que los tutores necesitan autorización judicial: estas previsiones permitían concluir que estábamos ante un mecanismo de complemento de capacidad. Estas figuras (tutela y curatela) eran las mismas que se empleaban para la protección de menores, en defecto de la patria potestad.

I Puede verse una exposición del régimen ahora derogado en PARRA LUCÁN, M^o A., "Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar", en DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. y PARRA LUCÁN, M^o A., *Curso de Derecho civil I*, vol. II, *Derecho de la Persona*, 6^o ed. Edisofer, Madrid, 2018, pp. 135 y ss.

• **Carlos Martínez de Aguirre Aldaz**

Catedrático de Derecho civil, Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: aguirre@unizar.es.

Además, para determinados casos, se preveía la existencia de un defensor judicial, de carácter temporal.

4) Tanto la tutela como la curatela tenían como finalidad la protección de la persona, los bienes, o la persona y bienes del incapacitado, y debían ser ejercidas en su beneficio (arts. 215 y 216 CC).

5) La sentencia de incapacitación era revisable en cualquier momento, bien para dejar sin efecto la incapacitación establecida, bien para modificarla, en más o en menos, en función de la evolución de la persona incapacitada (art. 761 LEC).

6) Existía la llamada guarda de hecho, que era una situación de hecho en la que la persona afectada por una discapacidad psíquica estaba atendida por alguien que carecía de título legal que fundamentara la función que ejercía (por ejemplo, los padres de un mayor de edad no incapacitado, respecto al que no se ha prorrogado la patria potestad; o sus hermanos, que no han sido nombrados tutores): arts. 303 y ss. CC.

Como puede verse, el sistema se organizaba en torno a la capacidad natural de autogobierno, tenía una marcada finalidad protectora para quien careciera de dicha capacidad, se basaba en una resolución judicial limitativa, con intensidad variable, de la capacidad legal de obrar, y se plasmaba en el sometimiento a un régimen de guarda revisable de contenido flexible.

Aunque la cuestión ha sido discutida², en mi opinión, y en la del Tribunal Supremo (principalmente en su importante sentencia 282/2009, de 29 de abril), este sistema era compatible con las exigencias del art. 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006)³; sin embargo, una parte significativa de la doctrina, así como el Comité de Naciones Unidas de Derechos de las Personas con Discapacidad, no estaban de acuerdo con esta conclusión, y entendían que el Derecho español necesitaba ser reformado para adaptarse a la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En todo caso, sí hay que reconocer que en general los jueces y tribunales españoles no habían aprovechado todas las posibilidades que ofrecía el sistema ahora derogado, y probablemente por inercia tendían a acordar la incapacitación absoluta y el sometimiento a tutela (por tanto, con el tutor como representante legal) del incapacitado. En los últimos años el Tribunal Supremo había desarrollado una encomiable tarea de reconducción del sistema, o mejor, de la forma en la que se aplicaba por los tribunales, a los parámetros de

2 Puede verse la discusión, principalmente, doctrinal en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *El tratamiento jurídico* cit., pp. 15 y ss.

3 Hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, y publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 21 de abril de 2008.

la Convención, aunque en algún caso estirando excesivamente las posibilidades de interpretación de las normas legales: sobre todo, en lo que se refiere a la curatela.

II. LA OCASIÓN DE LA REFORMA: LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y LA OBSERVACIÓN GENERAL PRIMERA DEL COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

I. Planteamiento.

A grandes rasgos, podemos decir que en esta materia el Derecho español ha experimentado una evolución que ha transcurrido en una primera etapa, desde el patrimonio a la persona, y más concretamente desde la protección del patrimonio (en ocasiones con marginación de la persona) a la protección de la persona: esta es la etapa que culminó con la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre; en esta fase, son importantes tanto ese paso de lo patrimonial-económico a lo personal, como la idea de protección, ligada en ese momento de forma muy preferente a la representación: la finalidad de la regulación legal es la protección del entonces llamado incapaz, y la forma básica de protegerlo incluye sustituir su capacidad de obrar.

La segunda etapa, a raíz sobre todo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y que se produce ya dentro del campo de lo personal, es la que transcurre, al hilo de la Convención, desde la protección al apoyo: aquí la idea clave es potenciar la autonomía efectiva de las personas con discapacidad psíquica, ampliando sus posibilidades de tomar decisiones, o de participar como protagonistas principales en la toma de las decisiones que les afectan, con la consiguiente limitación del ámbito de la sustitución de capacidad, hasta llegar, en las propuestas más radicales, a hacerlo desaparecer. Sin embargo, desde otro punto de vista, cabría afirmar que en realidad estamos ante dos formas distintas de proteger: la que lo hace sustituyendo, y la que lo hace apoyando, de manera que no estaríamos ante el paso desde la protección al apoyo, sino ante el paso de la sustitución al apoyo. En todo caso, nos estamos moviendo entre (y con), palabras que tienen una importante carga semántica (y en ocasiones simbólica) lo que a veces complica (y contamina) el análisis más técnico.

2. El artículo 12 de la Convención de Nueva York.

La finalidad confesa de la reforma es adaptar la legislación española en esta materia a la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con

Discapacidad, y más específicamente a su art. 12⁴, de cuya lectura se pueden resaltar, tres cosas:

1) La importancia del concepto de “apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica” de las personas con discapacidad psíquica. Aquí me gustaría resaltar que el texto del art. 12 de la Convención habla de “apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica”, y no de “apoyo a la toma de decisiones” (que es a lo que principalmente se refieren tanto la Observación General primera, como la Ley 8/2021), que son dos cosas distintas.

2) El fomento de la autonomía de las personas con discapacidad, plasmada en la expresión “respeto a los derechos, voluntad y preferencias” de dichas personas, expresión que se predica en el texto de la Convención de las medidas de apoyo establecidas. Aquí me gustaría también subrayar que, de acuerdo con el texto del art. 12, lo que debe ser respetado no es solo la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, sino también, y en primer lugar, sus derechos.

3) El establecimiento de las salvaguardias necesarias para evitar abusos, que el art. 12 parece referir en primer lugar, y básicamente, a las propias medidas de apoyo: nada impide, sin embargo, darle un significado más amplio, abarcando el conjunto de la actividad y relaciones de la persona con discapacidad psíquica.

El art. 12 de la Convención no menciona, ni para bien ni para mal, los mecanismos de sustitución de capacidad, silencio intencional, como revelan los trabajos de elaboración de la Convención. Tampoco menciona al concepto de interés superior de la persona con discapacidad, aunque sí hace una alusión a sus derechos e intereses en su n° 4.

4 “Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley

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

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

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

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

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

3. La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad.

El art. 12 ha sido objeto de la primera Observación General formulada por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, creado por la propia Convención (art 34). Dicha Observación constituye una interpretación cualificada (pero no auténtica) de la Convención. En ella, el Comité realiza afirmaciones muy relevantes, que matizan e incluso en algunos extremos llegan a corregir, el texto del art. 12, en mi opinión con clara extralimitación de sus funciones. Tales afirmaciones consisten básicamente, y en lo que ahora nos interesa, en:

a) Excluir radicalmente los llamados mecanismos de sustitución de la capacidad (representación legal) del conjunto de medidas de apoyo que pueden adoptar los Estados para cumplir la Convención. Sin embargo, tal exclusión no está en la Convención: es más, sus trabajos preparatorios revelan con claridad que ese punto se quiso dejar intencionalmente abierto, para conseguir el consenso que permitiera aprobar la Convención.

b) Enfatizar la importancia de la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, pero sin mencionar los derechos, también contemplados en el art. 12, y de los que he hablado antes. Esta observación es relevante, porque hay casos en los que la voluntad y preferencias pueden ir en contra de los derechos, en cuyo caso habría que elegir entre unos y otros: baste pensar en el caso de una persona aquejada de anorexia, cuyos deseos y preferencias son contrarios a su derecho a la vida y la salud.

c) Eliminar, también radicalmente, el concepto de "interés superior de la persona con discapacidad", interés que está mencionado en el art. 12, y que, junto a los derechos, permite una aproximación más objetiva, y no puramente subjetiva (como cuando se habla exclusivamente de voluntad, deseos y preferencias).

Por todo ello, cabe concluir que la Observación General Primera no es un mero comentario de la Convención, sino que en realidad pretende corregirla⁵.

La reforma del Derecho español asume en términos generales los planteamientos del Comité, aunque no en toda su radicalidad: esto último, en mi opinión, es prudente, y debe ser valorado positivamente.

5 Una justificación detallada de las críticas que se hacen en el texto (y de otras que no se recogen en este trabajo) a la Observación General Primera, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "La Observación General Primera" cit., pp. 85 y ss.

III. LA REFORMA LEGAL ESPAÑOLA.

I. Líneas básicas de la reforma.

La reforma introducida en el Derecho Privado español por la Ley 8/2021, de 2 de junio, es muy ambiciosa y de gran alcance, y va más allá de lo que es estrictamente el régimen legal de las personas con discapacidad psíquica. Cabe resumir sus líneas fundamentales como sigue:

1) Desaparece la incapacitación, y con ella la propia idea de incapacidad, por sus connotaciones peyorativas, todo lo cual me parece muy razonable. La incapacitación es sustituida ahora por un procedimiento judicial para la provisión de apoyos a la persona que lo necesite (arts. 756 y ss. LEC). Sin embargo, la ley no aclara por qué hay personas que necesitan de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, más allá de la breve alusión al "defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate" contenida en el nuevo art. 249 CC. De acuerdo con ello, la finalidad de las medidas de apoyo sería permitir el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica a las personas con ausencia o insuficiencia de voluntad (todo ello procede del nuevo art. 249 CC), se entiende que cuando esas falta o insuficiencia puedan afectar al adecuado ejercicio de la capacidad jurídica (en otro caso, no serían precisas medidas de apoyo). Este es, a mi modo de ver, uno de los defectos más importantes de la reforma, que no delimita el problema que intenta resolver, lo que genera inseguridad y puede desembocar en problemas de aplicación. Me parece que la regulación anterior (art. 200 CC, que hablaba de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidieran a la persona gobernarse por sí misma), sin perjuicio de poder formularse de manera más correcta desde la perspectiva de la Convención, era mejor técnicamente, ya que identificaba con claridad cuál era el problema al que la regulación legal pretendía dar solución. Sobre esto volveré más adelante.

2) Se concede un gran protagonismo a la voluntad de la persona afectada por una discapacidad psíquica. Ello se manifiesta:

i) En el papel de dicha voluntad a la hora de diseñar y establecer las medidas de apoyo (arts. 250 y 254 y ss. CC, por ejemplo), y de designar a los prestadores de apoyo. Como regla, que admite excepciones, el Juez está vinculado por esa voluntad. En esta línea, se da preferencia a las medidas de apoyo de carácter voluntario, que son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance (art. 250 CC).

ii) En el establecimiento como principio rector de la actuación del prestador de apoyos, o de la intervención judicial, el de la atención a la voluntad y deseos de la persona con discapacidad psíquica (por ejemplo, arts. 249, 250, 255, 268,

siempre del CC). Esto plantea un problema de fondo de la reforma, que por un lado reconoce problemas (ausencia o insuficiencia) en la voluntad (art. 249 CC), y por otro remite a esa misma voluntad (por hipótesis ausente o insuficiente) para darles solución: pero cuando la voluntad es el problema, la solución no puede estar en la misma voluntad. Es verdad que, al menos teóricamente, la finalidad de los apoyos sería la de corregir esa falta o insuficiencia de la voluntad (es decir, ayudar a formar correctamente la voluntad de la persona afectada), pero en muchas ocasiones precisamente las causas que generan la insuficiencia de la voluntad afectan al propio proceso de toma de decisiones, por lo que el problema sigue estando presente.

3) En esta misma línea, se sustituye la idea de “protección” por la de “apoyo al ejercicio de la capacidad de obrar”, de manera que en lugar de “instituciones de protección” se habla de “medidas de apoyo”, cuya finalidad genérica es asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias (art. 250 CC).

4) Se establecen como medidas de apoyo de origen legal la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial (art. 250 CC). De ellas, la centralidad legal corresponde a la curatela. De acuerdo con el citado art. 250 CC: “La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.— La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.— El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente”.

5) La nueva curatela refunde lo que en el régimen precedente eran la tutela (caracterizada por incluir funciones de representación) y la curatela (caracterizada por limitarse a funciones de asistencia, entendida como prestación de asentimiento, al sujeto a curatela), en una sola figura, de contenido flexible, en función del alcance, características e intensidad de la concreta discapacidad psíquica de que se trate: la idea me parece correcta, porque por un lado simplifica el sistema, y por otro establece un instrumento flexible, que permite al Juez hacer el traje a medida de cada persona con discapacidad, del que tanto se habla en este ámbito.

El contenido de la curatela puede incluir facultades de representación, a las que se da carácter excepcional, excepcionalidad que se intensifica cuando tales facultades representativas tienen alcance general. Con estas previsiones la reforma se aparta de la Observación General Primera, que pretende la radical eliminación de todos los mecanismos representativos. Sin embargo, la de la reforma me

parece una previsión prudente y razonable, ya que hay casos (ausencia total o casi total de capacidad natural de autogobierno), en los que la única medida posible es una que incorpore facultades de representación, y hay también otros en los que admitir la representación es también lo más razonable, al menos en relación con determinadas decisiones (normalmente, las más importantes). No me parece razonable, en cambio, excluir radicalmente la representación de las posibilidades que tiene el Juez a la hora de hacer el famoso traje a medida, porque puede que el resultado final sea que el traje deje de ser a medida⁶.

El apoyo puede consistir también en la asistencia a la persona con discapacidad, asistencia que en ocasiones puede traducirse en la necesidad de que el curador consienta la realización de los actos señalados por el Juez: actos, por tanto, que precisan del consentimiento tanto de la persona con discapacidad como de su curador; sin embargo, la posibilidad de impugnar tales actos cuando han sido realizados sin la asistencia del curador es muy limitada (art. 1302 CC), incluso después de la modificación que se introdujo en el Senado, y de seguro presentará problemas de aplicación.

De esta forma el sistema de atención a las personas con discapacidad psíquica se separa claramente del sistema de protección de menores, que en defecto de patria potestad gira en torno a la tutela, cuyo contenido incluye habitualmente la representación legal del menor. La tutela y la curatela pasan a ser figuras bien diferenciadas por su ámbito subjetivo de aplicación (la tutela se reserva para los menores de edad, y la curatela para las personas con discapacidad psíquica precisadas de apoyo), pero también por su alcance y contenido concreto. Aquí se encuentra otro de los puntos débiles de la reforma: se trata de una reforma dirigida primordialmente a modificar el régimen de las personas con discapacidad psíquica, pero que, como efecto colateral, ha tenido como consecuencia una reforma importante del régimen de los menores de edad, cuya regulación ha sido abordada, si se me permite decirlo así, también colateralmente, es decir, sin haberla pensado mucho, y como un engorroso problema que había que resolver, pero que no formaba parte de la intención original del legislador.

6) Se establece una regulación más detallada de la guarda de hecho, permitiendo que el guardador pueda llegar a realizar actuaciones en representación del guardado, previa autorización judicial, que podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo (art. 264 CC).

6 Sobre esta cuestión en particular, puede verse MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "Curatela y representación" cit., pp. 253 y ss.

2. Algunos conceptos clave de la reforma: apoyo, autonomía y protección en la nueva regulación.

Como ya he indicado, aunque la reforma aparenta seguir de cerca los planteamientos de la Observación General Primera, en algunos aspectos importantes su plasmación normativa se aproxima más al texto de la Convención, si bien con concesiones a la opinión del Comité que, en mi opinión, no contribuyen a dotar al nuevo régimen de la suficiente claridad y seguridad. De hecho, en algunos de sus contenidos, la reforma se aparta de lo que propone la Observación General Primera: destacadamente, cuando se admite, aunque sea enfatizando su excepcionalidad, la curatela representativa, rechazada radicalmente por la Observación General en la medida en que se trata de un mecanismo de sustitución de la capacidad. A continuación, se expondrán brevemente algunos aspectos básicos del contenido de la reforma, a partir de tres conceptos que me parecen especialmente relevantes para dar cuenta del contenido y del sentido de la nueva regulación: se trata de las ideas de apoyo, autonomía y protección.

A) Previo: la identificación del problema que la ley trata de resolver mediante la provisión de apoyos.

Comenzaré por lo aparentemente más fácil, que son los apoyos, o las medidas de apoyo de origen legal, que son, como ya se ha indicado, la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial (art. 250 CC). Pero antes es preciso plantearse una pregunta, que tiene un cierto carácter previo: ¿quién, y por qué, precisa de esas medidas de apoyo? Su finalidad, al menos en las que son de origen legal o judicial (que son las que más interesan a estos efectos) es permitir el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica a las personas con ausencia o insuficiencia de voluntad (todo ello procede del nuevo art. 249 CC), se entiende que cuando esas falta o insuficiencia puedan afectar al adecuado ejercicio de la capacidad jurídica (en otro caso, no serían precisas medidas de apoyo). De esta forma, ciertamente confusa y de técnica manifiestamente mejorable, se parchea uno de los problemas de algunos de los proyectos previos, en los que no se sabía muy bien cuál es el problema que quería afrontar, y trataba de resolver, la nueva regulación⁷: digo parchea, porque lo anterior, por un lado está semi-oculto en ese art. 249 CC, cuando en realidad debería encabezar toda la regulación; y por otro adolece de falta de claridad, lo que puede generar algunos problemas interpretativos. Da la sensación de que esta formulación, fragmentaria, confusa e insuficiente, se ha realizado de forma un poco vergonzante, como sin atreverse a llamar al problema por su nombre, cuando el propio art. 1.2 de la Convención dispone que “las

7 Lo había puesto ya de relieve respecto al proyecto de Ley del que trae causa el finalmente aprobado, RIBOT IGUALADA, J., “La nueva «curatela»: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento”, en DE SALAS MURILLO, S., y MAYOR DEL HOYO, M^a V., *Claves para la adaptación*, cit., pp. 215 y ss.; también, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ, C., “Curatela y representación”, cit., pp. 253 y ss.

personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo”: en este caso, el problema es que hay personas afectadas por una discapacidad psíquica, como consecuencia de la cual queda comprometida, con mayor o menor intensidad según los casos, su capacidad de conocer y querer, y con ella la de tomar decisiones. En cambio, en la reforma lo habitual es referirse, sin más, a las personas necesitadas de apoyo, pero sin explicar, más allá de esa escondida mención a la ausencia o insuficiencia de voluntad, por qué lo necesitan.

En este sentido, resultaba llamativo, en la versión que entró en el Congreso de los Diputados, que en algunas de las propuestas de reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV) que afectaban tanto a menores como a personas con discapacidad (por ejemplo, los que en ese momento eran los proyectados arts. 48, 49 o 51 LJV), se previera dar traslado de las actuaciones al menor si tuviera suficiente madurez, y a la persona con discapacidad “si fuera posible”: en el caso de los menores quedaba claro el problema, pero en el caso de las personas con discapacidad no se aclaraba en donde residía esa imposibilidad, cuando y por qué sería posible, y cuándo no. Tras el paso por el Congreso se eliminó esa expresión, de manera que a las personas con discapacidad hay que darles traslado siempre (se supone que también cuando hay una total ausencia de voluntad), y a los menores solo si tienen suficiente madurez: se ha eliminado la expresión, pero no el problema, porque como he indicado puede haber (de hecho, los hay) casos en los que dar traslado de las actuaciones o informes a una persona afectada por una discapacidad que le impide radicalmente conocer y querer, no sirve para nada, ni tiene ningún sentido.

Por otro lado, parece sobreentenderse que esa ausencia o insuficiencia de la voluntad están generados por una discapacidad, que hay que pensar normalmente será psíquica: así resulta, en primer lugar, de la nueva rúbrica del Título XI del Libro Primero (“De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”); y ya en el texto articulado, tanto del art. 249 CC, como de muchos otros preceptos que hablan reiteradamente de la persona con discapacidad precisada de apoyos, o de la persona con discapacidad en general. Sin embargo, lo cierto es que la dicción literal del art. 249 CC permitiría aplicar las mismas reglas a cualquier caso en el que una persona vea afectado el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica como consecuencia de la ausencia o insuficiencia de su voluntad (interpretación que, de paso, eliminaría todo vestigio de posible discriminación basada en la discapacidad). Vale la pena detenerse brevemente en este punto, que puede plantear problemas terminológicos e interpretativos. En efecto, en una primera aproximación, no es la discapacidad psíquica en sí la que motiva la adopción de las medidas de apoyo, sino la ausencia o insuficiencia de la voluntad, cuando afecte al adecuado ejercicio de la capacidad jurídica. Esta

afectación, además, ha de ser duradera: no lo dice el art. 249 CC, pero así resulta del art. 250.5 CC cuando se trata de curatela (que exige que la necesidad de apoyo sea continuada), y con carácter más general del nuevo art. 42.bis a) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que establece los trámites a seguir “cuando sea pertinente la provisión de alguna medida judicial de apoyo de carácter estable a una persona con discapacidad”.

Como he dicho, estas falta o insuficiencia de la voluntad pueden estar causadas, o no, por una discapacidad psíquica: la norma ni lo exige ni lo menciona. Sin embargo, y probablemente porque el origen de esta reforma está en la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, en el articulado reformado se hace referencia constante a las personas con discapacidad, sugiriendo así que el sujeto propio de las medidas de apoyo son, precisa y exclusivamente, las personas con discapacidad. Esto plantea problemas desde dos puntos de vista:

i) En primer lugar, el de la discapacidad, puesto que las normas reformadas no matizan, y hablan de discapacidad sin mayores distinciones, cuando lo cierto es que las discapacidades físicas o sensoriales normalmente no afectan a la voluntad: esto provoca que haya que recurrir constantemente a una suerte de reducción teleológica, de manera que donde la norma dice “discapacidad”, haya que entender “discapacidad normalmente psíquica que causa un defecto o insuficiencia de la voluntad que afecta al adecuado ejercicio de la capacidad jurídica”. En relación con el Código civil, esta operación viene facilitada por el texto incorporado a la Disposición Adicional Cuarta: “a los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquélla que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica”; pero para aplicar esta regla, hay que hacer de nuevo ese recorrido interpretativo, desde la discapacidad que haga precisa la provisión de medidas de apoyo, a la ausencia o insuficiencia de la voluntad (y de ahí, a la discapacidad psíquica que la provoca). Por otro lado, no está de más señalar, que esa Disposición Adicional afecta solo al Código civil, y no a las demás leyes reformadas, lo que agudiza los problemas de interpretación cuando se trate de dichas otras leyes. En todo caso, estas operaciones interpretativas serían necesarias para evitar la tacha de discriminación, por ligar determinados efectos, o limitaciones, directamente a la discapacidad, sin mayor aclaración. En su conjunto, no es un modelo ni de claridad ni de buena técnica legislativa.

ii) En segundo lugar, el de las enfermedades mentales: en una consideración estricta, podría entenderse que una enfermedad mental no es propiamente una discapacidad. Sin embargo, está claro que hay enfermedades mentales que afectan de forma continuada, y durante un tiempo considerable, a la voluntad de los

afectados, lo que justificaría la adopción de medidas estables de apoyo, incluida la curatela, al menos de acuerdo con el art. 249 CC: pienso en el alzheimer, la anorexia, o algunas adicciones patológicas de larga duración. En estas ocasiones, y de mantener esa interpretación estricta, que liga los apoyos a la discapacidad, y excluye de la discapacidad las enfermedades mentales, podrían generarse problemas cuando el texto reformado habla de personas con discapacidad. Tengo claro que en supuestos como los que he citado debería ser posible adoptar las medidas de apoyo, bien con fundamento en el propio art. 249 CC, bien entendiendo que esas enfermedades provocan una discapacidad psíquica sobrevenida (interpretación que me parece preferible, ya que permitiría aplicar a tales casos, sin demasiado problema, las normas que hablan, literalmente, de discapacidad).

No puedo detenerme mucho más en esto, pero no quiero finalizar sin señalar que la referencia exclusiva a la voluntad en el art. 249 CC es, en mi opinión, excesivamente parca, por no decir insuficiente, porque la toma de decisiones depende no solo de la voluntad, sino también del entendimiento: de ahí la importancia del proceso de toma de decisiones, que culmina en la voluntad, pero ni comienza ni se agota en ella. Por eso, a la hora de caracterizar las situaciones que pueden dar lugar a la adopción de medidas de apoyo, sería mejor hablar más en general de la capacidad de conocer y querer, o usar alguna expresión semejante. Hay muchas ocasiones en las que el problema de la voluntad procede de un previo problema en el entendimiento. Por eso decía más arriba que la dicción del derogado art. 200 CC, aunque mejorable terminológicamente, era más correcta, al referirse a enfermedades o deficiencias (y para evitar susceptibilidades terminológicas, recuérdese aquí que la propia Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, en su art. 1.2, habla también de "deficiencias") que impidan a la persona gobernarse por sí misma: la fórmula incluye tanto los problemas ligados a la voluntad como del entendimiento, y, sobre todo, ligados conjuntamente a entendimiento y voluntad.

Por eso he señalado también más arriba que uno de los problemas de fondo de este planteamiento es que por un lado reconoce problemas (ausencia o insuficiencia) en la voluntad, y por otro remite a esa misma voluntad ausente o insuficiente para darles solución, puesto que es a esa voluntad a la que la nueva regulación ordena atender prácticamente sin matizaciones: pero insisto en que cuando la voluntad es el problema, la solución no puede estar en la misma voluntad.

B) Apoyos.

Sentado lo anterior, es el momento de centrarse ya, siempre con brevedad, en los apoyos (curatela, defensor judicial y guarda de hecho). En este punto, lo más reseñable es la admisión, aunque sea con un marcado carácter excepcional de la curatela representativa, de acuerdo con los nuevos arts. 249 y 269 CC, así

como de actuaciones representativas en el marco de la guarda de hecho y del defensor judicial. Como ya he dicho, con esta previsión la reforma se aparta de la Observación General Primera, cuyo n° 28 afirma expresamente que “la obligación de los Estados partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención”. Sin embargo, la opción del legislador español en favor de mantener, aunque sea con carácter excepcional, los mecanismos de sustitución de la capacidad, me parece una previsión prudente y razonable, ya que hay casos en los que la única medida de apoyo posible y eficaz es la que incorpora facultades de representación, y hay también otros en los que admitir la representación, al menos en relación con determinadas decisiones, es también lo más razonable. No me parece razonable, en cambio, eliminar radicalmente la representación de las posibilidades que tiene el Juez a la hora de hacer el famoso traje a medida, porque puede que el resultado final sea que el traje deje de ser a medida, y por tanto deje de ser útil y eficaz.

C) *Autonomía.*

Tras los apoyos, toca ahora referirse a la autonomía. La nueva regulación hace especial hincapié, tanto en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 como en los preceptos reformados, en la importancia de la voluntad y preferencias (en muchas ocasiones se unen los deseos) de la persona con discapacidad: es más, la nueva regulación apuesta decididamente por la voluntad, deseos y preferencias (que aparecen al menos quince veces en la reforma del Código civil), frente a los derechos (que solo aparecen con esta función tres veces). Con esta formulación, la reforma enlaza directamente con los planteamientos de la Observación General Primera que, como queda dicho, deja en la sombra (preterición sin duda intencional) la mención que hace la Convención, en el propio art. 12, de los derechos de las personas con discapacidad, junto a su voluntad y preferencias, pero antes que ellas, y en dos ocasiones. Precisamente los derechos, por su contenido más objetivo, se distancian en cierta medida de la autonomía, que sí reside en la voluntad. La incorporación de la expresa consideración de los derechos de las personas con discapacidad a la fórmula casi estereotipada de la “voluntad, deseos y preferencias”, como hacen los nuevos arts. 270 CC y 749.I.II y 777.8 LEC, además de hacer la regulación más coherente con la Convención, serviría para suavizar la impresión de incoherencia entre la reiterada y enfática afirmación del respeto a la voluntad y preferencias de la persona, y la relativa abundancia de casos en los que la reforma permite apartarse de dicha voluntad, como veremos inmediatamente.

a) Esta opción del legislador se traduce en la inclusión del criterio de la voluntad, deseos y preferencias:

i) A la hora de configurar los apoyos concretos: así, tienen preferencia las medidas preventivas configuradas por la misma persona en previsión de su futura discapacidad (arts. 250, 254 y ss., y 271 y ss., todos del CC), y se da preferencia también a su voluntad a la hora de nombrar a la persona del curador, bien en positivo (el que la persona afectada haya elegido: art. 272 CC) o en negativo (no es posible nombrar a quien haya excluido: 275.2.1º CC), tanto en relación con la autotutela, como en el caso de la tutela acordada tras un procedimiento de provisión de apoyos. Sin embargo, la regulación propuesta introduce algunos límites: así, para el caso de la autotutela, se prevé que el Juez pueda apartarse de la voluntad de quien la estableció a la hora tanto del nombramiento de curador, como del resto de las disposiciones voluntarias, “mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones”: en este caso es ese cambio de circunstancias el que parece justificar la relegación de la voluntad del afectado (art. 272 CC); en esas mismas circunstancias, y ya para la tutela ordinaria, puede el Juez apartarse de la propuesta de curador hecha por la persona con discapacidad (art. 276 CC).

ii) Por otro lado, la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad se establecen como criterio rector de la actuación de los prestadores de apoyo, tanto con carácter general (arts. 249 y 250 CC, sobre las medidas de apoyo en general; art. 268 CC en relación con la tutela), como en relación con actuaciones concretas (por ejemplo, en los arts. 254, 268, 270, 282, 283 o 297, siempre del CC).

b) Sin embargo, un examen más atento de la normativa reformada revela que en un número significativo de ocasiones esas voluntad y preferencias no son tan determinantes como parece. No me refiero únicamente a los casos en los que la persona afectada por la discapacidad psíquica carezca de cualquier voluntad o preferencia a la que se pueda recurrir, por la intensidad y el alcance de la propia discapacidad, sino a reglas legales que permiten dejar de lado la voluntad, incluso expresada (y por tanto, conocida), de la persona afectada, más allá de los supuestos en los que proceda la tutela representativa, de los que ya he hablado. En este sentido, cabe mencionar:

i) En primer lugar, los artículos en los que se prevé la simple audiencia de la persona con discapacidad, es decir, que sea oída, pero sin que el Juez esté vinculado por su opinión, voluntad o preferencias (porque entonces ya no estaríamos ante una mera audiencia): es lo que ocurre, por ejemplo, con la autorización al guardador de hecho para realizar actuaciones representativas (art. 264.1 CC), la

reorganización del funcionamiento de la curatela (art. 283 CC), el nombramiento de defensor judicial (arts. 283 y 295 CC), la fijación de la retribución del curador (art. 48 LJV), la remoción del curador (art. 49 LJV), o la adopción de las medidas cautelares del art. 762 LEC. En tales supuestos, la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad son conocidos (porque se le oye), pero no son necesariamente respetados, en el sentido de seguidos. Es al Juez a quien se le concede la capacidad de decidir, apartándose de la voluntad expresada por la persona con discapacidad, y sobre la base de otros criterios, entre los que cuales habría que incluir destacadamente el de la protección de los derechos e intereses de esa persona, recogidos expresamente en el art. 12 de la Convención, y muy cercanos (si no idénticos) al de su interés objetivo: al menos en algunos casos, no se ve que otro criterio puede ser tomado en consideración, una vez establecido que la voluntad y preferencias no son decisivas, precisamente porque se trata de una mera audiencia.

ii) La reforma introduce también situaciones en las que se permite la adopción de decisiones relevantes para la persona con discapacidad, sin mencionar siquiera la necesidad de audiencia: es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se prevé la posibilidad de que, de acuerdo con el art. 137 CC, quien preste apoyo y esté expresamente facultado para ello, o el Ministerio Fiscal, ejerciten la acción de impugnación de la filiación durante el año siguiente a su inscripción en el Registro civil, sin mencionar a esos efectos la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad; es verdad que tras el paso del Proyecto de Ley por el Congreso, se añadió a esa legitimación activa para ejercitar dicha acción, inicialmente única, la de la propia persona con discapacidad: pero esto significa que él puede ejercerla (lo que es bastante), pero no puede evitar que el prestador de apoyos o el Ministerio Fiscal la ejerciten también sin necesidad de contar con su voluntad. Algo parecido ocurre cuando se permite que quien ha dispuesto de bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyo establezca las reglas de administración y disposición de esos bienes, y designe la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades (art. 252 CC). En este último caso, hay una doble limitación de la autonomía de la persona con discapacidad: i) en cuanto es el disponente (y no la persona con discapacidad) el que establece las reglas de administración y disposición de esos bienes, y designa las personas que tienen esas facultades; ii) y en cuanto son esas personas las que podrán tomar decisiones sobre dichos bienes (que son de la persona con discapacidad), de acuerdo con esas reglas. No hace falta explicar que esta es una regla tradicional, que puede conservar sentido, pero solo si se identifican las razones que la justifican, que son las que vergonzantemente menciona, como de pasada, el art. 249 CC: la ausencia o insuficiencia de la voluntad que afecta al adecuado ejercicio de la capacidad jurídica.

Algunas de estas previsiones son inerciales, es decir, un reflejo simplemente adaptado de las reglas ahora modificadas (se mantiene el sentido de la regla, pero acomodada ahora en su dicción literal al nuevo modelo de medidas de apoyo, que sustituye al de instituciones de protección). Otras, sin embargo, al menos en mi opinión, constituyen afloramientos de la idea de protección, que es la que toca examinar a continuación.

D) Protección.

Hasta la reforma operada por la Ley 8/2021, era habitual referirse a la tutela, la curatela y el defensor judicial como figuras de guarda o instituciones de protección de los incapacitados (no de las personas con discapacidad). El cambio de paradigma que ha supuesto la Convención de Nueva York, en este punto, ha llevado a sustituir estas instituciones de protección por las medidas de apoyo, en la terminología empleada, pero más allá de la terminología empleada. Esta consideración, en la línea de cuanto ha quedado expuesto, conduce a que nos planteemos cuál es el papel de la idea de protección, en la Convención y en la reforma.

Tanto la Convención como, tras sus pasos, nuestra reforma, hablan de protección, pero desde una perspectiva diferente a la habitual: se trata de la protección frente a los posibles abusos en el establecimiento y actuación de las medidas de apoyo. A mi modo de ver, el planteamiento es claro: la persona con discapacidad psíquica apoyada adecuadamente quedaría, al menos en teoría, en la misma situación que una persona sin discapacidad, y por lo tanto ya no precisaría de ninguna protección especial; siendo el apoyo la clave para este reequilibramiento, los problemas podrían surgir en relación con el propio prestador de apoyos, ya que el desequilibrio subsiste en la relación entre la persona con discapacidad no apoyada y el prestador de apoyos (sobre todo el curador). Por eso, la Convención en su art. 12 habla del establecimiento en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica de las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses e influencia indebida; y, en la misma línea, la reforma establece una serie de mecanismos de control y protección dirigidos a resolver ese problema: así lo hace, con carácter y alcance general, el art. 249.4 CC, conforme al cual "la autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera"; a él se suma el art. 250.7 CC, introducido durante el paso del Proyecto de Ley por el Congreso, al disponer que "al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida". Con parecida finalidad pueden mencionarse el art. 250.8, las prohibiciones del art. 251, la previsión de salvaguardias en la guarda de hecho contenida en el art. 265 CC, las medidas de control que puede (y debe)

establecer el Juez conforme al art. 270, ya en sede de curatela, la posibilidad de remoción del curador en los términos del art. 278, o la necesidad de autorización judicial para la realización de determinados actos por el curador representativo del art. 287, todos ellos del Código civil.

Pero junto a ello, una concepción más amplia de la idea de protección referida a las personas con discapacidad psíquica, subyace en buena parte de las reglas que permiten apartarse de la voluntad conocida (por ejemplo, porque ha sido oída, en los casos de audiencia de los que se ha tratado con anterioridad) de la persona con discapacidad psíquica: es esa idea de protección, incluso frente a su propia voluntad, la que está detrás de este planteamiento, y aflora en él. Es verdad que en algunos casos esas reglas tienen un cierto componente de inercia (es decir de reproducción mínimamente adaptada de la regla precedente), pero más allá de esto, me parece una opción razonable del legislador, precisamente por algo que he mencionado desde el principio, y es que cuando el problema reside en la voluntad, esa misma voluntad no puede ser la solución. Hay que ser conscientes de que en un número significativo de ocasiones la ausencia o insuficiencia de la voluntad no pueden ser subsanadas por la intervención del prestador de apoyos, quien si de verdad quiere atender a la voluntad de la persona apoyada, debería actuar o permitirle actuar en su perjuicio (personal o patrimonial), porque precisamente por el problema determinante de la insuficiencia de su voluntad, no ha sido posible convencerle de otra cosa (sin mencionar que la propia idea de que en algunos casos hay que tratar de convencer a la persona con discapacidad de que no debe hacer lo que quiere hacer, es “prima facie” contraria al respeto a su “voluntad, deseos y preferencias”, tan enfatizados por la Observación General Primera y por la Ley 8/2021): podemos pensar, por ejemplo, en enfermedades mentales de larga duración que tengan como consecuencia una deficiente formación de la voluntad, y puedan conducir a actuaciones autolesivas (¿habrá que mencionar de nuevo, para ofrecer un ejemplo, la anorexia?); en tales casos, la necesaria protección de la persona con discapacidad psíquica exige prescindir de una voluntad irreparablemente insuficiente en el momento en el que se expresa (aunque en determinados casos pueda ser reparada con el paso del tiempo, y los oportunos tratamientos, hasta llegar a su curación).

Por último, la idea de protección aparece muy esporádicamente a lo largo del texto reformado. Así ocurre, en relación con el Código civil, en el nuevo art. 261, relativo al ejercicio personal de las facultades representativas del curador, cuando considera no delegables las que tengan por objeto la protección de la persona; ya fuera del Código civil, es relevante el nuevo art. 762 LEC, que me parece especialmente significativo, porque reúne en el mismo texto las ideas de apoyo y protección, como complementarias: “cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad

que requiera medidas de apoyo, adoptará de oficio las que estime necesarias para la adecuada protección de aquella o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria". Con fundamento en este artículo es posible afirmar que la finalidad genérica de las medidas de apoyo es la protección de la persona y bienes de quien está afectado por la discapacidad psíquica, protección que en términos generales se obtiene a través de la prestación de apoyos: con todo, es una base relativamente endeble, aunque se vea reforzada por cuanto he expuesto hasta el momento. En la misma línea, pero en negativo, el nuevo art. 281. III CC menciona el riesgo de desprotección o indefensión de la persona precisada de apoyos, para disponer que debe ser evitado.

IV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

Es hora de ir concluyendo. Está claro que una de las finalidades de la Convención en este punto es permitir que la persona con discapacidad psíquica consiga el mayor grado de autonomía real posible a través de las medidas de apoyo, que como señaló DE SALAS MURILLO⁸, no se centran tan solo en el momento de la decisión, sino que se proyectan sobre todo el proceso de toma de decisiones, que es en el que la persona con discapacidad debe ser apoyada para que pueda adoptar su decisión. En mi opinión, aquí reside la aportación más importante de la Convención de Nueva York en este ámbito, que supone un efectivo cambio del paradigma existente hasta la fecha, que se puede expresar, si se me permite parafrasear el lema del despotismo ilustrado, en la idea de "todo por la persona con discapacidad psíquica, pero sin la persona con discapacidad psíquica". Esta etapa ha de considerarse felizmente superada por otra en la que la persona con discapacidad, también con discapacidad psíquica, cobra un nuevo protagonismo: es "todo por la persona con discapacidad psíquica, pero con la persona con discapacidad psíquica".

En esta superación, el papel de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad ha sido fundamental, y a eso se dirige acertadamente la reforma española. La nueva regulación cae, sin embargo, en el reduccionismo patrocinado por la Observación General Primera cuando prescinde de los "derechos", y menciona solo la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad al establecer los criterios rectores del establecimiento y funcionamiento de las medidas de apoyo, precisamente porque el problema que la ley afronta en estos casos deriva, al decir de la propia legislación reformada, de la ausencia o insuficiencia de la voluntad. Por otro lado, la reforma acierta al apartarse de la

8 Cfr. 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*, num. 5/2018, p. 22.

radicalidad con que dicha Observación excluye la sustitución de capacidad, y admitir mecanismos representativos, cuya existencia es necesaria en un número significativo de casos. La reforma plantea también problemas de ambigüedad e inseguridad cuando no delimita claramente el problema que se intenta resolver (que no es otro que la carencia o limitación de la capacidad natural de conocer y querer). Por último, pretender que todo debe quedar confiado ahora a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con una discapacidad psíquica que afecta a su capacidad de conocer y querer, como si eso fuera la piedra filosofal que va a resolver satisfactoriamente todos los problemas, es cuando menos ingenuo, y cuando más peligroso, para ellos es primer lugar, pero también para quienes pueden relacionarse con ellos.

BIBLIOGRAFÍA

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*, sum. 5/2018.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote", en DE SALAS MURILLO, S. y MAYOR DEL HOYO, M^a V.: *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 253 y ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: "La Observación General Primera del Comité de Derechos de la Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y PÉREZ GALLARDO, L. (dirs.): *Un nuevo Derecho para las personas con discapacidad*, Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 85 y ss.

PARRA LUCÁN, M^a A., "Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar", en DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. y PARRA LUCÁN, M^a A., *Curso de Derecho civil I*, vol. II, *Derecho de la Persona*, 6^a ed. Edisofer, Madrid, 2018, pp. 135 y ss.

RIBOT IGUALADA, J., "La nueva «curatela»: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento", en DE SALAS MURILLO, S., y MAYOR DEL HOYO, M^a V., *Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 215 y ss.