

LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO CIVIL ITALIANO A LA LUZ DEL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

The protection of persons with disabilities in Italian civil law in light of art. 12 of the Convention on the rights of persons with disabilities

Dr. Vincenzo Barba

Profesor Ordinario de Derecho Civil
Universidad "La Sapienza" de Roma, Italia
Código ORCID: 0000-0003-0819-181X
vincenzo.barba@uniroma1.it

Resumen

El trabajo analiza el art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que exige que los Estados cumplan los principios de la Convención. A este respecto, también sobre la base de la interpretación ofrecida por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en la Observación general No. 1, el autor recuerda que la expresión "capacidad jurídica" debe entenderse de manera que incluya también la capacidad de obrar; que el "apoyo" debe entenderse de manera amplia, de modo que incluya no solo el apoyo judicial, sino también el apoyo voluntario o ex ante y el apoyo de hecho; que debe pasarse de un sistema basado en el apoyo sustitutivo fundado en el interés superior de la persona incapacitada, a un sistema de apoyo en colaboración, asentado en el interés preferido de la persona incapacitada. Sobre esta base, el autor indica los cambios necesarios para que el Derecho civil italiano se ajuste a los principios y valores expresados en la Convención, sugiriendo, antes de que se realice ese cambio, una interpretación acorde con la Convención.

Palabras clave: Persona, discapacidad, capacidad jurídica, capacidad de obrar, apoyo, derechos humanos, interés superior, interés preferido, representación.

Abstract

The paper discusses Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which requires States to comply with the principles of the

Convention. In this regard, also on the basis of the interpretation offered by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities in General Comment No. 1, the Author recalls that the term “legal capacity” must be understood to include also the capacity to act; that “support” should be understood broadly to include not only judicial support, but also voluntary or ex ante support and de facto support; that there should be a shift from a system based on substitute support based on the best interests of the person with a disability, to a system of collaborative support based on the preferred interest of the person with a disability. On this basis, the Author indicates the changes needed to bring Italian civil law into line with the principles and values expressed in the Convention, suggesting, before such a change is made, an interpretation in line with the Convention.

Keywords: Person, disability, legal capacity, support, human rights, best interest, preferred interest, representation.

Sumario

1. Sobre la indiferencia sustancial del sistema jurídico italiano respecto de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. 2. Art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. 3. La “capacidad jurídica”. 4. El “apoyo”. 5. Del “mejor interés” al “interés preferido”. 6. Algunas medidas urgentes para adaptar el Derecho civil italiano al art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. **Referencias bibliográficas.**

1. SOBRE LA INDIFERENCIA SUSTANCIAL DEL SISTEMA JURÍDICO ITALIANO RESPECTO DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El 3 de marzo de 2009¹ Italia ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad,² y el 23 de diciembre de 2010, la Unión Europea ratificó la misma Convención.

¹ Italia firmó la Convención el 30 de marzo de 2007. La ratificación tuvo lugar mediante la Ley No. 18, de 3 de marzo de 2009, que entró en vigor el 15 de marzo de 2009, por la que se autoriza al presidente de la República a ratificar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, con su Protocolo Facultativo, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

² La Convención fue adoptada el 13 de diciembre de 2006 durante el 61 periodo de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución A/RES/61/106. La Convención y su Protocolo Facultativo se abrieron a la firma el 30 de marzo de 2007. El 30 de abril

Aunque ha transcurrido más de un decenio desde que nuestra República Italiana ratificó la Convención, no solo no se ha logrado la revolución cultural que se suponía que iba a provocar,³ sino que la estructura general del Derecho civil italiano⁴ sigue siendo sustancialmente incoherente e incompatible con los principios y valores expresados en este importante instrumento internacional.

Una primera y superficial lectura de la dicha Convención podría, de hecho, llevar a pensar que Italia debería haber hecho poco o nada, ya que la introducción en el ordenamiento jurídico italiano de la institución de la “Administración de apoyo”, que tuvo lugar justo unos años antes de la firma de Convención de las Naciones Unidas,⁵ fue suficiente para que el sistema jurídico italiano cumpliera sustancialmente con las obligaciones establecidas en la Convención.⁶

de 2008, tras recibir la vigésima ratificación, se abrieron otros treinta días para la entrada en vigor efectiva de ambos documentos, que tuvo lugar el 3 de mayo de 2008.

³ La situación es muy diferente en España, donde desde hace tiempo se viene reflejando un proyecto de reforma del Código civil y otras leyes para adecuar el Derecho español a los principios expresados en la Convención. A este respecto, existe un primer Anteproyecto de ley del 21 de septiembre de 2018 y, más recientemente, el que se está debatiendo actualmente del 17 de julio de 2020, publicado en el *BOCG*, No. 27 del 17 de julio de 2020. Proyecto de ley No. 121/000027, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁴ GARCÍA RUBIO, M. P., “Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil”, *Revista de derecho civil*, p. 174 (pp. 173-197), “bien puede decirse que ese nuevo modelo constituye un auténtico *tsunami* que afecta a todo el ordenamiento jurídico, de suerte que prácticamente ninguna norma que implique ejercicio de derechos por parte de sujetos privados va a quedar inmune a la necesidad de adaptación”.

⁵ La regulación de la Administración de Apoyo fue introducida en el ordenamiento jurídico italiano por la Ley No. 6, de 9 de enero de 2004, que modificó los arts. del 404 al 413 del Código civil italiano, introduciendo esa medida de protección de la persona con discapacidad.

⁶ En este sentido, por ejemplo, considérese Cass. de 25 de octubre de 2012, cuya máxima dice: “*la disciplina normativa nell’amministrazione di sostegno è pienamente compatibile con la Convenzione di New York del 13 dicembre 2006, ratificata dall’Italia con gli artt. 1 e 2 della L. 3 marzo 2009, n. 18, nella parte che concerne l’obbligo degli Stati aderenti di assicurare che le misure relative all’esercizio della capacità giuridica siano proporzionate al grado in cui esse incidono sui diritti e sugli interessi delle persone con disabilità, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di una autorità indipendente ed imparziale (artt. 1 e 2), anche in ordine al decreto del giudice tutelare, il quale preveda l’assistenza negli atti di ordinaria amministrazione specificamente individuati, nonché, previa autorizzazione del giudice, di straordinaria amministrazione, ferma restando la facoltà del beneficiario di compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana, con il dovere dell’amministratore di riferire periodicamente in ordine alle attività svolte con riguardo alla gestione del patrimonio dell’assistito, nonché in ordine ad ogni mutamento delle condizioni di vita personale e sociale dello stesso*”.

Esta podría ser también la razón por la que la Convención no solo ha permanecido sustancialmente al margen del debate científico italiano, sino que ni siquiera se ha tenido debidamente en cuenta en la jurisprudencia italiana, en la que entiendo que la referencia a la Convención es muy limitada y, en su mayor parte, o bien negativa o bien simplemente para reforzar soluciones argumentadas de forma diferente.⁷

⁷ Véase, entre las más significativas, Corte cost., 23 de octubre de 2019, No. 221, que declara infundadas las cuestiones de legitimidad constitucional del art. 5 de la Ley No. 40, de 19 de febrero de 2004, limitadamente a las palabras “de sexo diferente”, y del párrafo 2 del art. 12, limitadamente a las palabras “del mismo sexo”, o “también en relación con los párrafos 9 y 10”, así como de los párrafos 1 y 2 del art. 1 y del art. 4, con referencia, entre otras cosas, a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad; Corte cost., 24 de julio de 2019, No. 202, que declara extinguido –por renuncia al recurso en ausencia de una constitución de la Región demandada– el juicio relativo a las cuestiones de legitimidad constitucional del art. 2, párrafo 2, letra a), de la Ley regional de Apulia No. 48 de 2018, promovido por el Gobierno, con referencia, entre otros, a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 16 de diciembre de 2016, No. 275, según el cual el carácter fundamental del derecho, que también está protegido a nivel internacional por el art. 24 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, fue ratificado y hecho exigible por la Ley No. 18 del 3 de marzo de 2009, impone a la discreción del legislador un límite insuperable en el “respeto de un núcleo indefectible de garantías para las personas afectadas”, que incluye el servicio de transporte y asistencia escolar, ya que para el estudiante discapacitado constituye un componente esencial para asegurar la efectividad del mismo derecho; Corte cost., 14 de enero de 2006, No. 2, según la cual la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, con su Protocolo Facultativo, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por la Ley No. 18 de 3 de marzo de 2009, se configura de la misma manera, por así decirlo, como “obligaciones de resultado”: los instrumentos del pacto se limitan, de hecho, ordinariamente a trazar determinados objetivos, reservando a los Estados adherentes la tarea de identificar concretamente –en relación con las especificidades de cada sistema y el margen correlativo e indiscutible de discrecionalidad normativa– los medios y formas necesarios para aplicarlos. Esto significa obviamente que –también en lo que respecta a la identificación de los recursos financieros relativos– la obligación internacional y convencional no puede, por regla general, implicar y menos aún agotar las opciones sobre la cuestión de cuándo y cómo aplicarlas; Corte cost., 26 de octubre de 2012, por la que se declara la ilegitimidad constitucional del párrafo 4 del art. 19 de la Ley Regional Apulia No. 26, de 9 de agosto de 2006, no solo sobre la base de los arts. 32 y 3 de la Constitución, sino también en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Merece consideración, Cass., 18 de diciembre de 2013, No. 28230, según la cual, *“In tema di adozione di minori di età, la prioritaria esigenza per il figlio di vivere, nei limiti del possibile, con i genitori biologici e di essere da loro allevato, impone particolare rigore nella valutazione dello stato di adottabilità, che non può fondarsi di per sé sulla disabilità del genitore, condizione che, nel rispetto della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (ratificata con L. 3 marzo 2009, n. 18) e del relativo Protocollo addizionale, non può essere causa di interruzione del legame naturale, oggetto di tutela ex art. 1 L. 4 maggio 1983, n. 184, salvo che tale condizione, nonostante tutti i supporti adeguati e possibili offerti dallo Stato, comprometta irreversibilmente la capacità di allevare ed educare i figli, traducendosi in una totale inadeguatezza a prendersene cura”*.

Esta impresión se ve confirmada, además, por la lectura del primer informe preparado por el Observatorio Nacional sobre la condición de las personas con discapacidad, establecido por el art. 3 de la Ley de ratificación de la Convención y destinado, entre otras cosas, a promover la aplicación de la Convención y a elaborar el informe detallado sobre las medidas adoptadas. Al leer el primer informe de 2012 parece casi que las instituciones de inhabilitación e incapacitación se consideraran acordes con el sistema diseñado por la Convención y que la introducción de la regulación sobre el administrador de apoyo debe, en esencia, considerarse resolutive.⁸

Por otra parte, es diferente el contenido del primer informe alternativo del Foro sobre la discapacidad, de enero de 2016, en el que, con una mayor conciencia del valor de la Convención, se pide la abolición de las instituciones de inhabilitación e incapacitación y un replanteamiento de la disciplina sobre la administración del apoyo.

Huelga decir que esta última es la dirección en la que tenemos que avanzar, aunque, en mi opinión, esto por sí solo no basta para que el ordenamiento jurídico italiano se ajuste plenamente a los principios y valores expresados por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Se trata, en efecto, de repensar completamente la disciplina de protección de las personas con discapacidad, de tal manera que el mismo binomio capacidad-incapacidad, que históricamente ha constituido el paradigma de la reglamentación, requiera un replanteamiento general y global, con la aclaración de que el discurso requiera una necesaria ampliación también a la capacidad del menor, atribuyendo importancia a su autonomía progresiva,⁹ de acuerdo con lo establecido en la Convención sobre la niñez y la adolescencia (arts. 5 y 14.2),

⁸ A este respecto, cabe señalar que esas mismas consideraciones fueron evaluadas muy críticamente por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, que en sus observaciones finales al primer informe de Italia, de 31 de agosto de 2016, se expresó de la manera siguiente: “[...] 27. Preocupa al Comité que se siga aplicando la práctica de la sustitución en la toma de decisiones por tutores legales mediante el mecanismo de apoyo administrativo ‘Administración de apoyo’. 28. El Comité recomienda que se deroguen todas las normas que permiten la sustitución en la toma de decisiones por tutores legales, incluido el mecanismo de administrador de apoyo, y que se promulguen y apliquen medidas de apoyo a la adopción de decisiones, incluida la capacitación de profesionales de los sectores judicial, sanitario y social”.

⁹ Por todos, PÉREZ GALLARDO, L. B., “Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad”, en *El derecho de sucesiones que viene*, p. 119 y ss. (pp. 121-136); OLIVA BLÁZQUEZ, F., “El menor maduro ante el derecho”, *Rev. de la fundación de ciencias de la salud*, p. 28 y ss.

así como a la protección de las personas vulnerables, en la clara convicción de que el concepto de vulnerabilidad no debe referirse únicamente a la vejez.¹⁰

La Convención propone un modelo de protección de las personas con discapacidad basado en los derechos humanos¹¹ y la dignidad inherente,¹² que requiere que el actual sistema de sustitución en la toma de decisiones se transforme en un sistema de apoyo para la toma de decisiones. Es necesario abandonar la idea de la enfermedad mental en favor del concepto más amplio de la discapacidad, con la clara conciencia de que este último tiene una amplitud mucho más grande que la primera. El art. 1 de la Convención, después de aclarar que su objetivo es promover, proteger y asegurar el pleno disfrute por las personas con discapacidad de los derechos humanos y las libertades fundamentales con respeto a la dignidad humana, deja claro que la disciplina concierne no solo a los llamados enfermos mentales, sino a todos aquellos con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de larga duración *“que, en interacción con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.”*¹³

¹⁰ ASÍ, VAQUER ALOY, A., “El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria”, *Anuario de Derecho Civil*, p. 1067 y ss. (pp. 1067-1095).

¹¹ ÁLVAREZ LATA, N. y J. A. SEOANE, “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. De los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en *Derecho privado y Constitución*, p. 11 y ss. (pp. 11-66). Los autores especifican que la evolución de la concepción de la discapacidad y su tratamiento jurídico puede explicarse a través de la dialéctica de los principales modelos de análisis de la propia discapacidad: el modelo médico, que “considera la discapacidad como un problema individual o personal, causado por una enfermedad, deficiencia o condición de salud”; el modelo social, “que desplaza la atención al entorno: la discapacidad ya no es un atributo de la persona, sino el resultado de su interacción con las condiciones y estructuras sociales”; el modelo de la diversidad, que “subraya el valor de la discapacidad en cuanto rasgo de la diversidad humana y factor de enriquecimiento social”. Los autores observan que en la Convención se adopta el modelo de derechos.

¹² BARIFFI, F. J., “El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos”, p. 371 y ss. (pp. 1-646).

¹³ Precisamente sobre la base de esta norma, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., “La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, en *Derecho privado y Constitución*, p. 343 (pp. 335-368), observa que “la especial situación de las personas con discapacidad no deriva tanto de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que puedan afectarles, sino de los obstáculos que la propia sociedad ha establecido, al no contemplar la específica situación que puede afligir a quienes forman parte de ella en igualdad de condiciones que los demás. Parece, por tanto, que se cambia la perspectiva desde la que ha de abordarse el tratamiento de la discapacidad, al considerar que son precisamente estas barreras sociales y no las deficiencias que pueden afectar a este colectivo social, las que impiden la participación plena y efectiva de los discapacitados en la sociedad”.

Se trata de una disciplina que va más allá de la lógica de la protección típicamente patrimonial de la persona, en favor de un modelo social basado en los derechos humanos, lo que supone una novedad absoluta con respecto a casi todos los ordenamientos jurídicos actuales.¹⁴ Una regulación en la que desaparece toda referencia a la incapacidad, para dar espacio a la discapacidad como condición general de la persona, que no puede limitar ni debe afectar su capacidad de obrar.¹⁵ Esta elección de lenguaje no solo es una expresión de la respetabilidad contemporánea, sino que entraña una nueva filosofía en la protección y el cuidado de las personas.

2. ART. 12 DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El corazón latente de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad está consagrado nada menos que en el art. 12,¹⁶ es decir, en ese

¹⁴ La Recomendación (99) 4 del Consejo de Europa, aprobada el 23 de febrero de 1999 en la 66ª reunión de los Delegados de los Ministros, que es un importante documento sobre la protección jurídica de las personas mayores de edad con discapacidad, ofrece en su punto 14 una visión general del sistema de protección de los ordenamientos jurídicos europeos: "existen tres tipos de sistemas en los derechos nacionales en lo que se refiere a la protección de los mayores incapacitados: primero, un modelo de tipo tradicional, en el que la respuesta jurídica clásica consiste en suprimir o restringir la capacidad jurídica y que, de ordinario, está asociado a un tutor que representa al incapacitado en casi todos los aspectos. Encontramos, después, un modelo que podría ser calificado como tipo tradicional modificado funcionalmente, en el que las necesidades sociales que se han advertido han sido satisfechas mediante añadidos al marco legislativo y en el que se encuentra un abanico más amplio de medidas disponibles y una mayor flexibilidad en la respuesta jurídica. Finalmente, un modelo que se podría calificar de sistema reformado en profundidad, en el que se hace hincapié resueltamente y sin excepción en la protección y en la asistencia más que en la privación de la capacidad jurídica". En el documento se proponen algunos principios rectores de la materia, que están en consonancia con los establecidos en la Convención y merecen la más alta consideración. Debe prestarse especial atención a los diez primeros que, por orden de prioridad, son los siguientes: Principio 1. Respeto de los derechos humanos; Principio 2. Flexibilidad en la respuesta jurídica; Principio 3. Máxima preservación de la capacidad; Principio 4. Publicidad; Principio 5. Necesidad y subsidiariedad; Principio 6. Proporcionalidad; Principio 7. Carácter equitativo y eficaz del procedimiento; Principio 8. Preeminencia de los intereses y del bienestar de la persona interesada; Principio 9. Respeto de los deseos y de los sentimientos de la persona interesada; Principio 10. Consulta.

¹⁵ ÁLVAREZ LATA, N. y J. A. SEOANE, "El proceso de toma de decisiones...", *cit.*, p. 18 y ss., "la Convención no es una mera etapa más en el proceso de garantía de los derechos de las personas con discapacidad, sino la primera respuesta normativa en clave de derechos de carácter integral, universal, jurídicamente vinculante y aplicable. Se abandona la consideración de la persona con discapacidad como objeto de políticas asistenciales o programas de beneficencia o caridad y se reconoce su condición de sujeto de derechos en todas las etapas y esferas de la vida".

¹⁶ Sobre el art. 12 de la Convención, *vid.* por todos, TORRES COSTAS, M. E., "La capacidad de obrar a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas

precepto en el que todos los Estados están obligados a reconocer que las personas con discapacidad gozan de plena capacidad en todos los aspectos de la vida y a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar y garantizar que las personas con discapacidad gocen de plena capacidad jurídica.

A este respecto, no será inútil recordar el texto del artículo mencionado, tanto por las considerables implicaciones conceptuales que tiene, como para dar cuenta de los principales problemas de interpretación que genera, y para empezar a pensar en los cambios necesarios dirigidos a adecuar el ordenamiento jurídico italiano, como los demás, a los principios y valores expresados por la Convención.

Bajo el título "Igual reconocimiento como persona ante la ley", el art. 12 establece: "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

con discapacidad", p. 3 y ss.; *La capacidad jurídica a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, p. 3 y ss.; LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, p. 11 y ss.

financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

La lectura de esta regla plantea al menos tres interrogantes muy importantes:

¿Qué debe entenderse por “capacidad legal”?; ¿qué debe entenderse por “apoyo”?; y, por último, ¿qué significa que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad deben garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona?¹⁷

En cuanto a las dos primeras cuestiones, es necesario considerar que el texto italiano de la Convención es el resultado de una traducción, tal vez demasiado literal, del texto inglés, por lo que incluso para considerar el alcance de estos dos problemas no será inútil recordar que en el texto inglés se habla de “*legal capacity*” y “*support*” y en el texto español, de “capacidad jurídica” y “apoyo”. Además, sería imposible explicar el art. 12 de la Convención y los problemas que plantea, prescindiendo de la Observación general No. 1, preparada por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en su undécimo periodo de sesiones, celebrado entre el 31 de marzo y el 11 de abril de 2014.¹⁸

El art. 12 debe considerarse el nivel más alto de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, con el fin de garantizar el derecho a la igualdad y la no discriminación en relación con el disfrute y el ejercicio de su capacidad.¹⁹

Es una norma que propone un cambio radical en el paradigma de protección de la persona²⁰ y constituye una novedad absoluta también en el Derecho internacional, hasta el punto de que esta disciplina es significativamente diferente (y en algunos puntos conflictiva) de otras normas anteriores y, entre

¹⁷ 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*, t. LVIII, p. 151 y ss. (pp. 147-191).

¹⁸ Observación general No. 1 (2014) del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, 11º periodo de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014.

¹⁹ BARRANCO, M. C., P. CUENCA y M. A. RAMIRO, “Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de derechos de las personas con discapacidad”, *Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, V, p. 53 y ss. (pp. 53-80).

²⁰ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., “Nuevos retos para el notariado tras la Convención de Nueva York”, en M. M. Heras Hernández (coord.) y M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín (dirs.), *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, p. 165 (pp. 165-182): “el concepto social de la discapacidad, entendida como limitación, debe transformarse en concepto jurídico, en el sentido de forma diversa de ejercer la capacidad con los apoyos que sean necesarios”.

todas ellas, se piense en la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (cfr. art. 1), el Convenio de Oviedo sobre bioética y derechos humanos (véanse los arts. 6, 7 y 8), así como múltiples normas de rango consuetudinario que, como es bien sabido, tienen en el Derecho internacional una relevancia normativa primaria.

No cabe duda de que estas posibles y potenciales contradicciones deben superarse dando precedencia a las normas, principios y valores de la Convención en cuestión, ya que los conflictos entre las normas de Derecho internacional, incluso en la complejidad del sistema, deben resolverse con los criterios habituales de *lex superior*, *lex specialis*, *lex posterior* y, obviamente, con el criterio de interpretación *pro persona*,²¹ es decir, el criterio de prevalencia axiológica.²² Esto significa que las normas de la Convención y los principios expresados en ella, ya sea por razón temporal o por razones axiológicas, tienen precedencia sobre todas las normas preexistentes del Derecho internacional convencional o consuetudinario.

3. LA “CAPACIDAD JURÍDICA”

La primera cuestión que plantea la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se refiere al concepto mismo de capacidad, ya que de él depende su propio ámbito de aplicación y su alcance.

La cuestión es muy controvertida y las opciones lingüísticas no ayudan, teniendo en cuenta que el texto inglés habla expresamente de “*legal capacity*”, el texto italiano, que es una traducción demasiado literal de eso, utiliza la expresión “*capacità legale*” y el texto español se refiere, en cambio, a la “capacidad jurídica”.

²¹ MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho internacional público: Parte general*, p. 61, p. 434 y ss.

²² Sobre el concepto de jerarquías normativas, GUASTINI, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, p. 121 y ss.; *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, p. 41 y ss., pp. 233-238; PINO, G., *Teoria analitica del diritto. I. La norma giuridica*, p. 169 y ss.; *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, pp. 40-50. Por todos, en la demostración de que, en virtud del principio de legalidad constitucional, el criterio axiológico debe tener prioridad, PERLINGIERI, P., “Il principio di legalità nel diritto civile”, *Rass. dir. civ.*, p. 195, ahora en *id.*, *Interpretazione e legalità costituzionale*, p. 104; “Fonti del diritto e ‘ordinamento del caso concreto’”, *Riv. dir. priv.*, p. 27: “più che di gerarchia delle fonti bisognerebbe discorrere di gerarchia dei valori. In via esemplificativa è da preferire l’applicazione di un regolamento governativo alla legge statale (o regionale) ove il primo preveda misure a tutela della persona più efficaci rispetto a quelle contemplate dalla seconda”.

Considerando, pues, que la Convención exige a los Estados que otorguen a las personas, independientemente de su discapacidad, plena capacidad jurídica en todos los aspectos de su vida, adoptando todas las medidas que puedan garantizarles apoyo en la adopción de decisiones, de conformidad con sus derechos, deseos, aspiraciones y preferencias, la cuestión se vuelve absolutamente central.

Cabe señalar que, en el Derecho civil italiano, como es bien sabido, al hablar de la capacidad de la persona se suele hacer referencia bien a la capacidad jurídica, entendida como la idoneidad de la persona para ser titular de derechos y deberes, bien a la capacidad de obrar, entendida como la idoneidad de la persona para realizar válidamente un acto jurídico, de carácter negocial. De hecho, es bien sabido que para los actos jurídicos en sentido estricto y a los efectos de la imputabilidad del acto ilícito, basta con la mera referencia a la capacidad natural. En el entendimiento de que el concepto de capacidad natural guarda una estrecha relación con el de capacidad de obrar, ya que siempre se discute sobre la capacidad requerida por el sistema jurídico para la realización de actos jurídicos. Por otra parte, si bien la capacidad jurídica general no puede limitarse, y mucho menos excluirse, a lo largo de la vida de una persona, la capacidad de obrar puede, por el contrario, limitarse, aunque siempre debe responder a la necesidad de protección de la persona.

Sobre la base de estos elementos, es obvio que la referencia a la "*capacità legale*" ayuda muy poco, ya que es bastante oscura, al menos en el ordenamiento jurídico italiano, que no está acostumbrado a utilizar esa expresión. Tampoco ayuda la referencia a los derechos anglosajones, en los que los formantes legales son muy diferentes y el tema de la capacidad encuentra un desarrollo muy alejado del italiano. Por otra parte, en los sistemas jurídicos iberoamericanos, culturalmente más cercanos a nuestra tradición, la referencia expresada a la "capacidad jurídica" se interpretó inicialmente en un sentido técnico.

El resultado general es fácil de imaginar: en su primera aplicación se asumió que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se refería a la capacidad jurídica. En este sentido, es evidente que el alcance mismo de la Convención era muy limitado, ya que su valor preceptivo se habría resuelto esencialmente al exigir a todos los Estados Partes que reconocieran la titularidad de todos los derechos y libertades de la persona con discapacidad, en igualdad sustancial con las demás personas. Y, además, es obvio que, en esta perspectiva, nuestro Derecho interno debía considerarse fundamentalmente acorde con los principios expresados por la Convención y, en todo caso, la es-

estructura general del sistema de protección de las personas con discapacidad, basada en el binomio capacidad-incapacidad, podía preservarse, con algunos pequeños ajustes.

Sin embargo, si consideramos la Convención en su conjunto y, en particular, la disciplina en la parte en que prescribe la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas que puedan garantizar el apoyo a las personas con discapacidad en la toma de decisiones, respetando su voluntad y preferencias, es indudable que la referencia a la capacidad legal debe entenderse no solo como limitada a la capacidad jurídica, sino también como extensiva a la capacidad de obrar.

Razonando de otra manera no se entendería la importancia de la Convención, que propone un modelo basado en los derechos humanos con el consiguiente cambio del paradigma, del fundado en la toma de decisiones en lugar de la persona con discapacidad al basado en el apoyo a la persona con discapacidad, para que esta pueda tomar la decisión por sí misma.

Que esta debe ser la interpretación correcta de la expresión "*capacità legale*", "capacidad jurídica", "*legal capacity*" es indiscutible si se tiene en cuenta la Observación general No. 1, preparada por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en 2014.

En este importantísimo documento, que sitúa el art. 12 de la Convención como único punto relevante, se deja claro que la expresión "capacidad jurídica" incluye tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar,²³ especificando, además, que esta última debe considerarse distinta de la capacidad mental y que, de acuerdo con el art. 12 de la Convención, el denominado desequilibrio o debilidad mental no puede ser razón suficiente para negar o limitar la capacidad de actuar.²⁴

²³ En el texto de la Observación general No. 1 (2014), *cit.*, se lee en el punto 12: "la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin".

²⁴ En el texto de la Observación general No. 1 (2014), *cit.*, se lee en el punto 13: "La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar

De acuerdo con los principios expresados en la Convención, no es admisible ninguna limitación de la capacidad de obrar de la persona simplemente porque se compruebe una discapacidad cognitiva o psicosocial que pueda comprometer la capacidad de la persona para tomar decisiones. Para lograr un modelo de protección de la persona inspirado en el respeto de los derechos humanos, es esencial que los sistemas jurídicos reconozcan no solo la capacidad jurídica de la persona con una discapacidad, sino también la capacidad de obrar, abrogando todas las regulaciones e instituciones que impliquen una limitación sustancial de la capacidad de la persona para actuar a causa de su discapacidad.²⁵

En última instancia, siempre que en la Convención se haga referencia a la “capacidad jurídica” debe considerarse que esta incluye no solo la capacidad jurídica, sino también la capacidad de obrar. Esto es suficiente tanto para dar cuenta del alcance revolucionario de la Convención,²⁶ que propone un modelo de protección para las personas con discapacidad totalmente nuevo y muy

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”.

²⁵ En el texto de la Observación general No. 1 (2014), *cit.*, se lee en el punto 14: “la capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Como se señaló anteriormente, tiene dos facetas. La primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley. Ello puede incluir, por ejemplo, el hecho de tener una partida de nacimiento, de poder buscar asistencia médica, de estar inscrito en el registro electoral o de poder solicitar un pasaporte. La segunda es la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley. Este es el componente que frecuentemente se deniega o reduce en el caso de las personas con discapacidad. Por ejemplo, las leyes pueden permitir que las personas con discapacidad posean bienes, pero no siempre respetan las medidas que adopten para comprarlos o venderlos. La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano. Por consiguiente, para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse”.

²⁶ TORRÉS COSTAS, M. E., “La capacidad de obrar...”, *cit.*, p. 374: “el artículo 12 es el núcleo central de la CDPD. Introduce el nuevo paradigma social de la discapacidad basado en el enfoque de los derechos humanos. Supone el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica, concepto que incluye, tanto la capacidad para ser titular de derechos (elemento estático) como la capacidad de ejercitar tales derechos (elemento dinámico) de todas las personas con discapacidad sin excepción. Introduce también el nuevo sistema de apoyos basado en el respeto a la voluntad, deseos, preferencias de la persona con discapacidad, potenciando así su mayor autonomía en todos los ámbitos de su vida, incluyendo el derecho a tomar sus propias decisiones y también a equivocarse y a rechazar los apoyos. Además, obliga a los Estados a que adopten las salvaguardias que sean necesarias para garantizar la plena igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

diferente de los tradicionalmente conocidos, como para explicar las razones que han llevado a algunos Estados a expresar reservas sobre el art. 12 de la Convención.²⁷

Observando que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuando utiliza la expresión “capacidad jurídica” tiene la intención de referirse no solo y no tanto a la capacidad jurídica sino, sobre todo y especialmente, a la capacidad de obra, es evidente que en ninguna circunstancia se puede sustituir, suplantar o complementar la voluntad de la persona con discapacidad, mientras que es necesario, en todo caso, contribuir “a informar, a acompañar, a diseñar un plan para que la persona pueda llegar a formarse su propia voluntad, ajena a influencias indebidas, incluidas las influencias del propio apoyo”.²⁸

4. EL “APOYO”

La segunda cuestión relacionada con el art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se refiere al sistema de protección de la persona, que se basa en el denominado “*sostegno*”, llamado en el texto inglés “*support*” y en el texto español “apoyo”.

También son valiosas a este respecto las aclaraciones ofrecidas por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en la Observación general No. 1, que, como hemos dicho, se dedica específicamente a la interpretación del art. 12 de la Convención y constituye una especie de interpretación auténtica del texto normativo.

²⁷ BARRIFFI, F. J., “El régimen jurídico...”, *cit.*, p. 558 y ss., informa, analíticamente, sobre estas reservas. Tienden a reunirse alrededor de tres modelos. Un primer modelo, que puede definirse como restringido, en el que los Estados se han declarado claramente contrarios a interpretar el concepto de “capacidad jurídica” en el sentido de que incluya también la capacidad de obrar, entre ellos, Siria, Egipto, Kuwait, Polonia, Estonia y Venezuela. Un segundo modelo, que puede definirse como moderado, en el que los Estados han expresado su aprobación del cambio de paradigma, especificando, sin embargo, que hay situaciones en las que el Estado puede mantener ciertas medidas que limitan la capacidad de obrar y el nombramiento de un representante que tomará decisiones en nombre y en interés de la persona con discapacidad, entre ellos, Noruega, Australia o el Canadá. Por último, un tercer modelo que puede definirse como efectos indirectos, en el que los Estados expresan su oposición a las disposiciones de la Convención que, indirectamente (por ejemplo, los arts. 15, 23 o 29), se relacionan con el cambio de paradigma propuesto por el art. 12, entre ellos, Francia, los Países Bajos, Noruega y Singapur. La mayoría de los Estados no han hecho reservas.

²⁸ PÉREZ GALLARDO, L. B., “Autonomía progresiva...”, *cit.*, p. 21.

Se aclara que la palabra “apoyo” tiene un significado amplio, que abarca todo tipo de comportamiento, que puede ir desde el mero acompañamiento amistoso hasta la ayuda técnica para emitir la declaración, el asesoramiento y, por último, el apoyo en la toma de decisiones. No puede haber un único apoyo, el mismo para todas las personas con discapacidad, pues el apoyo debe construirse específicamente para cada persona, ya que cada persona puede tener necesidades diferentes y el apoyo puede también referirse únicamente a su esfera jurídica personal, o a su esfera patrimonial, o a ambas.²⁹ El apoyo no es una medida rígida siempre igual a sí misma, sino una medida flexible que debe construirse sobre la persona, teniendo en cuenta la individualidad de cada uno.

Además, el apoyo no es solo la medida ordenada por la autoridad judicial, ya que también sirve para los casos de apoyo voluntario y las situaciones de hecho.

El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de ofrecer varían considerablemente de una persona a otra en relación con la diversidad de las personas con discapacidad, también de conformidad con el apartado d) del art. 3 de la Convención.

Desde este punto de vista, es evidente que debe producirse un cambio radical en la forma de entender la medida de protección de la persona, lo que no implica solo el apoyo como medida judicial, sino también el apoyo de forma voluntaria³⁰ y, lo que es más importante, el apoyo de facto.³¹

²⁹ GARCÍA RUBIO, M. P., “La necesaria y urgente...”, *cit.*, p. 174.

³⁰ GARCÍA RUBIO, M. P., “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de derecho civil*, p. 35 (pp. 29-60): “es indudable que con este tipo de medidas se ahorran costes al sistema, al evitar que se ponga en marcha el mecanismo institucional necesario para el nombramiento de un curador, pero, sobre todo, se protege al máximo la libre determinación de los ciudadanos adultos, lo cual, como vengo diciendo, es uno de los postulados básicos de la nueva comprensión de la discapacidad. Con los poderes preventivos y otras directivas anticipadas reconocidos en el Anteproyecto de Ley, se cumplen además los dictados de la Recomendación CM/Rec (2009)11, de 9 de diciembre de 2009, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios relativos a las autorizaciones permanentes y las directivas anticipadas relacionadas con la incapacidad. Este documento europeo expresamente recomienda a los gobiernos de los Estados miembros que promueva la autonomía de la voluntad de los adultos a través de instrumentos otorgados en previsión de una eventual futura incapacidad, enfatizando además la exigencia de que tales instrumentos tengan prioridad sobre cualesquiera otras medidas de protección. Todo ello es perfectamente concorde con las exigencias de la CDPD y, en particular, con lo establecido en su importante artículo 12, precepto central de la misma y principal inspirador del texto de la reforma que aquí nos ocupa”.

³¹ PEREÑA VICENTE, M., “La transformación de la guarda de hecho en anteproyecto de ley”, *Revista de derecho civil*, p. 62 (pp. 61-83): “el Anteproyecto de Ley, si se nos permite la licencia, convierte

En la elección de la persona que se encargará del cuidado y la protección, la decisión de la persona con una discapacidad se hace indispensable;³² hasta el punto de que en la Observación general No. 1 se afirma claramente que la persona tiene derecho a negar el apoyo, a poner fin a la medida y a pedir un reemplazo en cualquier momento, sin que el modo de comunicación de la persona sea un obstáculo, incluso cuando la comunicación se realiza por medios no convencionales o es comprendida por unas pocas personas.

No se trata solo de reforzar el poder de elección de la persona, sino también de prever que esta, ante una posible discapacidad, pueda dictar disposiciones sobre el funcionamiento y el contenido del apoyo y, más concretamente, sobre el cuidado de la persona, la administración y disposición de sus propios bienes, la remuneración del responsable, la exención de la obligación o el contenido de la obligación de hacer un inventario, las medidas de control y supervisión y las personas que deben cumplir esta función.

en princesa a la Cenicienta de las instituciones de protección de las personas mayores, otorgando a la guarda de hecho la categoría de "institución jurídica de apoyo". La autora señala que para prestar apoyo de facto es necesario tener una discapacidad, lo que implica una dificultad para tomar decisiones. De lo contrario, "no se podría hablar propiamente de guarda de hecho, sino más bien de mandatario o apoderado, aunque sea verbal la mayor parte de las veces, o bien de un asistente personal de los que entran en el ámbito de aplicación de la Ley de Dependencia, cuyo supuesto de hecho es diferente, ya que no presupone una falta de capacidad para tomar decisiones" (p. 75 y ss.). La autora llega a la conclusión de que una disciplina de apoyo de facto, para ser adecuada, "exige que se dote al guardador de legitimación para poder realizar actos jurídicos con una cierta agilidad y, al mismo tiempo, que se establezcan las salvaguardias adecuadas, al menos para la generalidad de sus destinatarios, que son los españoles con un patrimonio medio en el que el bien que se ha de proteger es la vivienda habitual" (p. 82).

³² Es cuestionable si la elección debe hacerse mediante documento público, como se prevé ahora en términos de administración de apoyo, o si basta con el documento privado. Se entiende que la pregunta tiene efectos concretos amplios, si consideramos que la persona también puede definir el contenido y la función del apoyo y que ello implica también la posibilidad de tomar decisiones relacionadas con el fin de la vida. A este respecto, aunque no podemos ocultar las muchas ventajas que están vinculadas al documento público y a la actividad de asesoramiento asociada que proporciona el notario, no creo que debamos descartar *a priori* la posibilidad de considerar válida la declaración hecha en un documento privado, al menos para las cuestiones que no se refieren a los bienes. A favor de una escritura pública, ESCARTÍN IPIENS, J. A., "La autotutela en el Anteproyecto de ley sobre modificación del código civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad", *Revista de derecho civil*, p. 92 (pp. 85-119): "baste decir, en el tema que nos ocupa, que es adecuada para la seguridad jurídica preventiva, en lo referente a los títulos jurídicos de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad; cumple además con los principios constitucionales de seguridad jurídica y con los principios que en la misma línea mantiene la Convención de Nueva York en su artículo 12, cuando al anunciar las medidas de salvaguardia, previene los sistemas de control jurisdiccionales y públicos para hacerlos efectivos".

En otras palabras, se trata de prever que la persona tenga un amplio poder de autonomía, no solo indicando de antemano la persona que se encargará del apoyo, sino también dictando todas las normas sobre el ejercicio y la función de su propio futuro apoyo.

Esta medida es de gran importancia no solo en vista del aumento de la esperanza media de vida y, por consiguiente, del envejecimiento de la población y la hipótesis de la demencia senil, sino, sobre todo, debido a los progresos médicos en cuanto a la posibilidad de un diagnóstico precoz de posibles enfermedades neurodegenerativas. Además, el poder de elección incluye inevitablemente también las elecciones de fin de vida (o sea del llamado testamento biológico), por lo que se necesita una importante coordinación con esa disciplina, con la clara conciencia de que, en el amplio concepto de apoyo, no se puede excluir un aspecto tan importante de la vida de una persona.³³

Asimismo, el titular del apoyo directamente de la persona con una discapacidad debe tener un reconocimiento jurídico accesible, y para ello es necesario crear instrumentos que permitan a terceros probar la identidad del titular del apoyo e impugnar la decisión de esa persona cuando se suponga que no está cumpliendo la voluntad y las preferencias de la persona con una discapacidad.

Por último, se especifica que los Estados están obligados a adoptar medidas para proporcionar acceso al apoyo necesario, velando por que todas las personas puedan acceder a la medida de protección a un costo simbólico o gratuitamente, de modo que los recursos económicos no sean un obstáculo para su integración social.

Es obvio que el concepto mismo de apoyo a una persona con discapacidad está destinado a cambiar radicalmente, no solo porque se debe dar una importancia decisiva a la elección de la persona en cuestión, sino sobre todo porque la medida de protección no tiene que pasar necesariamente por un procedimiento judicial, siendo relevante tanto los casos de apoyo voluntario o *ex ante*, es decir, los casos en que la persona con discapacidad asigna más o menos formalmente otro tipo de apoyo, independientemente de que se trate de apoyo para la realización de un negocio único o de apoyo de carácter general, como

³³ Así, GARCÍA RUBIO, M. P., "Las medidas de apoyo...", *cit.*, p. 42: "sin duda, los poderes para el cuidado de la salud son instrumentos preventivos, basados en la autonomía de la voluntad de la persona y en su poder de decidir sobre sus asuntos, tanto si se incluyen en una ley llamada civil, como si lo hacen en otra que tenga el apellido sanitario u otro similar, pues la sede donde se decida situar una determinada norma no puede de ninguna manera mudar su naturaleza".

los casos de apoyo de facto, es decir, los casos en que el apoyo se basa en el mero ejercicio.

Ello hace necesario también replantearse, en una cuestión que históricamente está muy alejada de este ámbito, la cuestión de las relaciones jurídicas de hecho, identificando, aunque en términos generales, los criterios sobre cuya base es posible determinar si y cuándo existe un apoyo de hecho. Y esto cobra importancia porque permite dar relevancia a hipótesis que hoy en día están completamente alejadas de la valoración jurídica.

Además, habrá que imaginar, como se ha hecho, por ejemplo, en el anteproyecto de reforma español de 2020,³⁴ que cuando la naturaleza del acto requiera una actividad formal de representación, la persona que ejerza el apoyo de hecho podrá solicitar la autorización necesaria al juez, que deberá decidir al respecto teniendo en cuenta la voluntad y las preferencias de la persona discapacitada.

La figura positiva del administrador de apoyo, prevista en el ordenamiento jurídico italiano, constituye, sin duda, una base útil para la concreción del apoyo, así como está regulado en la Convención, siempre que se refuercen los mecanismos de elección de la persona con discapacidad, incluida la posibilidad de rechazo de la medida, que se admita el apoyo sobre una base voluntaria, identificando los casos en los que es admisible, y el apoyo de hecho. Sobre todo, es necesario que la administración de apoyo no conduzca a una sustitución en la toma de decisiones, sino que se concrete en un apoyo en la toma de decisiones, reservando la sustitución para casos excepcionales³⁵ para los que cualquier otra solución sea imposible.³⁶

³⁴ Proyecto de Ley 121/000027 del 17 de julio de 2020, publicado en *BOCG*, No. 271, Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

³⁵ Así, aunque con mayor apertura a la excepcionalidad del remedio, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., "La Convención internacional...", *cit.*, p. 362. De manera similar, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., "La protección de las personas con discapacidad: se acabó la tutela", *Familia y sucesiones*, No. 6, p. 24 y ss. (pp. 22-25): "pero habrá casos, cada vez más frecuentes, dado el avance de la esperanza media de vida, en que, necesariamente, habrá que acudir a un sistema de adopción de medidas sustitutivas a través de la actuación de un representante legal que obre en nombre de la persona con discapacidad ... de lo contrario, con el loable propósito de fomentar el libre desarrollo de la personalidad del discapacitado (art. 10.1 CE), desde un punto de vista práctico, se puede llegar a obstaculizar gravemente la protección a la que constitucionalmente también tiene derecho (art. 49 CE), haciendo inviable la toma de decisiones en los asuntos que le conciernan".

³⁶ LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica...*, *cit.*, p. 32 y ss., especifica que las medidas de apoyo deben ser diferentes debido a la discapacidad de la persona, por lo que es esencial encontrar

5. DEL “MEJOR INTERÉS” AL “INTERÉS PREFERIDO”

El último aspecto en el que se debe centrar la atención es la función y las modalidades de apoyo a la persona con discapacidad. Este es el aspecto más innovador de la Convención, que tiene un impacto muy significativo en el ordenamiento jurídico italiano y que puede considerarse en dos líneas distintas. Por una parte, como hemos tenido la oportunidad de señalar en varias ocasiones, es necesario abandonar la idea del llamado *apoyo sustitutivo* en favor del *apoyo colaborativo*; en segundo lugar, es esencial garantizar el respeto de los derechos, la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad. Los dos perfiles están fuertemente interconectados y cambian radicalmente (*rectius*: deberían cambiar) la forma de concebir la medida de protección de la persona con discapacidad.

No se trata solo de abandonar la perspectiva típicamente patrimonial, que ha caracterizado y sigue caracterizando las medidas de protección y cuidado italianas, que son esencialmente instrumentos de protección del patrimonio de la persona y no de la persona (a diferencia de la administración de apoyo que, en cambio, es una medida de protección y cuidado de la persona), sino que se trata de abandonar la idea del apoyo sustitutivo.

La capacidad de obrar de la persona con discapacidad no puede ser eliminada, ni limitada, de modo que el titular del apoyo no pueda tomar decisiones en su nombre, sino que debe cooperar para que la persona con discapacidad pueda tomar todas las decisiones por sí misma.

No basta con decir que la persona puede realizar todos los actos necesarios para satisfacer las necesidades de su vida cotidiana, ya que la representación o la asistencia deben ser verdaderamente excepcionales, expresamente justificadas en relación con situaciones o actos individuales y extraordinarios y de conformidad con los principios de necesidad y proporcionalidad,³⁷ de modo

instrumentos adecuados para cada persona. La función de representación debe reservarse para casos extremos.

³⁷ Sobre la importancia de los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo, establecidos en los arts. 2 y 12 de la Convención, GARCÍA RUBIO, M. P., “Las medidas de apoyo...”, *cit.*, p. 34: “de los mencionados principios se deriva que las medidas de apoyo no podrán exceder de lo que precisa la persona con discapacidad (principio de necesidad), pero también que han de ser suficientes para que con ese apoyo pueda ejercer su capacidad jurídica en plenitud de condiciones (principio de proporcionalidad). En relación con lo primero, y tomando la expresión que resulta muy cara a la jurisprudencia más reciente,

que la preservación de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad no sea una mera proclamación formal, superada por una práctica cansadamente anclada en los viejos modelos,³⁸ sino una medida concreta y eficaz.

Debe quedar claro, de manera explícita, que el único propósito del apoyo es permitir el pleno desarrollo de la persona y, sobre todo, que el apoyo debe inscribirse en el respeto de la dignidad de la persona y de sus derechos fundamentales.³⁹ Esto significa que la persona que proporciona el apoyo debe asegurarse de que la persona con discapacidad puede tomar todas sus propias decisiones y, por lo tanto, debe guiarla en esta difícil tarea, informándola, ayudándola a comprender y a razonar. Esto, por supuesto, tiene un impacto significativo en la realización de los documentos notariales y entre ellos, el testamento público y, en cierto modo, el testamento cerrado, así como los documentos privados como, por ejemplo, el testamento holográfico. En relación con todos estos actos, es evidente que una discapacidad física nunca puede considerarse un impedimento, con la consecuencia de que el apoyo debe considerarse como una medida adecuada para favorecer a la persona de modo que pueda expresar sus decisiones, aunque sea de manera no convencional, y que una discapacidad intelectual debe ser capaz de impedir la realización de estos actos no *a priori*, sino de acuerdo con una evaluación concertada, que también tiene en cuenta el momento en que se realiza el acto.⁴⁰

se parte de una concepción del apoyo como un 'traje a medida', o mejor aún, como 'tantos trajes a medida como sean necesarios', pues el apoyo ha de ajustarse a las necesidades y deseos de la persona que lo requiere".

³⁸ La norma establecida en el párrafo 1 del art. 409 del Código civil italiano dispone que el beneficiario de la administración de apoyo conserva la capacidad de obrar para todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria del titular de apoyo. Aunque la norma es clara, se sabe que en su aplicación, esta norma ha dado lugar esencialmente a una mera proclamación formal, ya que en la mayoría de los casos, aplicando la norma establecida en el art. 411 del Código civil italiano, se ha aplicado a la persona con discapacidad la regulación de la curatela, cuando ni siquiera se prevé la extensión de la disciplina de la tutela. Me parece, por lo tanto, que la afirmación de que el beneficiario de la administración de apoyo conserva la plena capacidad de obrar ha seguido siendo una proclamación formal, con poca relevancia de aplicación.

³⁹ ÁLVAREZ LATA, N. y J. A. SEOANE, "El proceso de toma de decisiones..."; *cit.*, p. 21: "la dignidad instituye una obligación universal de respeto incondicionado, pero se trata de un principio formal, sin contenido determinado, que ha de ser completado y actualizado mediante otros principios. Es el caso de la no discriminación y la igualdad de oportunidades y de los principios de independencia personal y autonomía individual, que se perfilan y completan con los principios del respeto de la diferencia y la diversidad, la participación e inclusión sociales y el principio de accesibilidad".

⁴⁰ A este respecto, aunque se refieren al anteproyecto de 2018, las consideraciones CORVO LÓPEZ, F. M., "La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual", *Revista de*

En cualquier caso –y llegamos al segundo y más relevante aspecto–, la persona que presta el apoyo debe actuar de manera que siempre se realicen la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad.

Solo en casos excepcionales en que, a pesar del mayor esfuerzo posible imaginable, no haya sido posible determinar la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con una discapacidad, la persona que presta apoyo podrá tomar una decisión en sustitución. Sin embargo, en esos casos excepcionales, será necesario considerar la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias, sus valores, sus elecciones pasadas y todos aquellos elementos que ella hubiera tomado en consideración, para tomar una decisión similar a la que hubiera tomado la persona con discapacidad si la función representativa no hubiera sido necesaria.⁴¹

En otras palabras, debemos pasar de un modelo inspirado en el *superior interés* de la persona con discapacidad a un sistema inspirado en el *interés preferido* de la persona con discapacidad.

El apoyo no significa tomar la mejor decisión para la persona con una discapacidad, sino permitir que la persona tome su propia decisión, aunque esta no sea la mejor decisión o no realiza el mejor interés de la persona con discapacidad.

En el caso excepcional de que la persona no pueda tomar la decisión por sí misma, no se debe tomar la mejor decisión posible, sino la que sea más coherente con la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con una

derecho civil, p. 165 y ss. (pp. 135-170), que observa: “lo importante, en nuestra opinión, es garantizar que la persona otorga testamento con el suficiente entendimiento y voluntad, evitando que se pueda captar su voluntad o viciarla con dolo, intimidación o violencia. Para ello, contamos con el juicio notarial de capacidad y, en su caso, con el dictamen de dos facultativos. La propia función notarial constituye la medida de apoyo que precisa la persona con discapacidad intelectual que pretende otorgar testamento notarial. De esta forma, obtendremos un nivel de seguridad razonable; ahora bien, el riesgo estará siempre presente. Sin embargo, dado que es posible impugnar ante los tribunales el testamento otorgado por falta de capacidad del otorgante, vale más asumir dicho riesgo que negar a la persona de entrada la posibilidad de ejercitar este derecho personalísimo”.

⁴¹ PÉREZ GALLARDO, L. B., “Autonomía progresiva...”, *cit.*, p. 21, escribe: “El modelo de apoyos estipulado en la CDPD parte de la premisa de que la persona no necesita una medida de protección que la prive del ejercicio de su capacidad jurídica, sino que se requiere medidas de promoción destinadas a proporcionar los apoyos necesarios para potenciar el ejercicio de dicha capacidad jurídica”.

discapacidad, si bien esa decisión no sea la que corresponde a su mejor interés o a su interés superior.⁴²

A este respecto, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la Observación general No. 1 añade muy eficazmente que el riesgo de que la persona con discapacidad pueda ser objeto de "influencia indebida" no puede justificar una solución diferente, ya que el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias incluye también el derecho a correr ese riesgo y, lo que es más importante, el derecho a cometer errores.

Por consiguiente, la piedra angular de la Convención es tomar una decisión de acuerdo con la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona con una discapacidad.

Se trata de reescribir, en su totalidad, el capítulo relativo a la protección de las personas con discapacidad, porque hay que pasar de un *apoyo sustitutivo basado en el interés superior de la persona incapacitada*, a un sistema de *apoyo colaborativo basado en el interés preferido de la persona con discapacidad*. Solo con este cambio de paradigma puede la persona con discapacidad beneficiarse de la capacidad "legal" de ser igual a los demás.

En esta perspectiva resulta fundamental distinguir los actos de autonomía negocial pura y exclusivamente patrimoniales, de los actos de autonomía negocial con contenido extrapatrimonial o de relevancia personal, precisamente por la diferente incidencia que tienen en la vida de las personas con discapacidad. No debería existir ninguna limitación relativamente a los actos personales, como el ejercicio del derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, la responsabilidad parental y el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, el derecho al tratamiento médico, las opciones de fin de vida y, más en general, los derechos relacionados con el ejercicio de las libertades fundamentales.

⁴² En el texto de la Observación general No. 1 (2014), *cit.*, se lee: "Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del 'interés superior' debe ser sustituida por la 'mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias'. Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del 'interés superior' no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de 'la voluntad y las preferencias' debe reemplazar al del 'interés superior' para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás".

El camino trazado por la Convención implica no solo la superación de la patrimonialidad, sino también la plena conciencia de que un apoyo basado en los derechos humanos no debe entrañar las menores limitaciones posibles en las elecciones de contenido económico y patrimonial y ninguna limitación en las decisiones que afectan a situaciones jurídicas personales.

6. ALGUNAS MEDIDAS URGENTES PARA ADAPTAR EL DERECHO CIVIL ITALIANO AL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad no es, por lo tanto, una norma internacional como muchas otras, sino una norma que, en su ámbito preceptivo, impone (*rectius*: debería imponer) un cambio radical, un giro copernicano.⁴³ No se trata de hacer uno u otro ajuste a alguna norma del Código civil, ni tampoco de abrogar alguna norma aquí y allá, o de superar la concepción fuertemente patrimonialista de la protección de la persona, sino de repensar sistemáticamente toda la disciplina de la persona con discapacidad, abandonando, en primer lugar, el uso de la expresión “incapacidad” y superando el rígido binomio capacidad-incapacidad, que ha constituido históricamente el paradigma de la protección de la persona.⁴⁴

⁴³ GARCÍA RUBIO, M. P., “Algunas propuestas...”, *cit.*, p. 173.

⁴⁴ En la Observación general No. 1 (2014), *cit.*, punto 29, se afirma que todos los Estados, aunque puedan aplicar la Convención de diferentes maneras, deben en todo caso prever ciertas disposiciones esenciales para garantizar el cumplimiento del art. 12 de la Convención. Entre ellas se encuentran las siguientes: “a) El apoyo para la adopción de decisiones debe estar disponible para todos. El grado de apoyo que necesite una persona, especialmente cuando es elevado, no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones. b) Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo. c) El modo de comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones, incluso cuando esa comunicación sea no convencional o cuando sea comprendida por muy pocas personas. d) La persona o las personas encargadas del apoyo que haya escogido oficialmente la persona concernida deben disponer de un reconocimiento jurídico accesible, y los Estados tienen la obligación de facilitar la creación de apoyo, especialmente para las personas que estén aisladas y tal vez no tengan acceso a los apoyos que se dan de forma natural en las comunidades. Esto debe incluir un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad del titular del apoyo, así como un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión del titular del apoyo si creen que no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida. e) A fin de cumplir con la prescripción enunciada en el artículo 12, párrafo 3, de la Convención de que los Estados partes deben adoptar medidas para ‘proporcionar acceso’ al apoyo necesario, los Estados partes deben velar por que las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un costo simbólico o gratuitamente-

El sistema tradicional de protección de la persona, que se basa, en gran medida, en la protección del patrimonio, parte del supuesto de que la persona "in-capaz", como tal, es decir, como persona con capacidades cognitivas disminuidas, no es capaz de tomar de forma autónoma decisiones relativas a su esfera jurídica, por lo que el sistema identifica a otra persona que debe tomar, por ella o con ella, una decisión que redunde en su interés. "Se parte, pues, de un sistema de sustitución en la toma de decisiones de carácter eminentemente paternalista, basado en una concepción médica de la discapacidad y transido de la idea del mejor interés de la persona que la padece".⁴⁵

Este sistema tradicional de protección de la persona o, más precisamente, de protección del patrimonio de la persona, ya no es coherente con los principios y valores de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y requiere que se supere rápidamente. Para ello no basta, aunque es una medida necesaria y extremadamente urgente, con abrogar las instituciones jurídicas italianas de la tutela y de la curatela (que, en mi opinión, debe ser eliminada del ordenamiento jurídico italiano lo antes posible), sino que también es necesario reescribir la misma regulación de la administración de apoyo.

El replanteamiento requiere tanto el fortalecimiento de ciertos principios que ya se expresan en la regulación existente, que, sin embargo, se ven fuertemente debilitados por ciertas prácticas, por un lado, ancladas cansinamente a los viejos modelos de la tutela y de la curatela y, por otro, basadas en la simplicidad de soluciones que ofrecen la comodidad formal de la repetitividad, como en la modificación de ciertos principios, afirmando con convicción que la medida de apoyo debe basarse en los principios de necesidad y proporcionalidad

te y por que la falta de recursos financieros no sea un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. f) El apoyo en la adopción de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad, especialmente el derecho de voto, el derecho a contraer matrimonio, o a establecer una unión civil, y a fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad. g) La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y a poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento. h) Deben establecerse salvaguardias para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El objetivo de las salvaguardias es garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona. i) La prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental; para ese apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se requieren indicadores nuevos y no discriminatorios de las necesidades de apoyo". *Vid.* PAU, A., "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil", *Revista de derecho civil*, p. 12 y ss. (pp. 5-28).

⁴⁵ GARCÍA RUBIO, M. P., "La necesaria y urgente...", *cit.*, p. 152.

y en la cláusula general del llamado “interés preferido”. También es necesario pensar en una disciplina sobre el apoyo de hecho, a fin de ofrecer una protección sustancial a los casos en que el apoyo es esencialmente la expresión y concreción del principio de solidaridad.

En primer lugar, debe afirmarse, para que quede muy claro y constituya el principio rector en la interpretación y aplicación de toda la materia, que el apoyo debe garantizar siempre el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos y libertades fundamentales de la persona con discapacidad, para la afirmación de su dignidad.⁴⁶

Además, es necesario superar la lógica típica de la concepción médica de la incapacidad y reconocer que es una regulación para la protección de la persona con discapacidad, en la clara conciencia del amplio alcance de esta expresión, como capaz de considerar no solo a las personas con una discapacidad mental, sino también a las que tienen una deficiencia física, intelectual o sensorial.

El concepto de discapacidad es mucho más amplio que el de incapacidad y los dos raramente se cruzan y en los casos en que lo hacen, con diferente intensidad. Desde este punto de vista, se considera que esta disciplina debe tener un alcance más amplio que el aparentemente propio de la administración de apoyo, porque debe, por ejemplo, ir más allá de la regulación actual dictada para los ciegos o la disciplina de los discapacitados auditivos, de modo que pueda absorber tanto la disciplina general dictada al respecto como las normas específicas, como, por ejemplo, las contenidas en el Derecho notarial, que en muchos casos terminan limitando las posibilidades de la persona que no puede “ver” o la que no puede “oír”. Evidentemente, se trata de tener en cuenta que el apoyo necesario en el caso de la deficiencia sensorial es muy distinto del necesario en el caso de la deficiencia mental, ya que en el primer caso se trata de ayudar a la persona a expresar libremente sus decisiones sin que la deficiencia sensorial sea un obstáculo, mientras que en el segundo caso se trata de apoyar a la persona, ayudándola a comprender y razonar, para que pueda tomar una decisión autónoma y consciente.

⁴⁶ El proyecto de ley español prevé que el nuevo texto del párrafo 1 del art. 249 del Código civil debe formularse de la manera siguiente: *“Las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad”*.

Dos principios ya están presentes en la disciplina de la administración de apoyo, pero en esta nueva clave es esencial que sean reforzados y fortalecidos de manera convincente, también para evitar que en su ámbito de aplicación puedan verse concretamente comprometidos. Me refiero, en particular, tanto a las facultades preventivas o anticipatorias de elección de la persona con discapacidad, como al impacto del apoyo en la capacidad de la persona.

Es importante reforzar las medidas de apoyo *preventivo o anticipatorio*,⁴⁷ es decir, la facultad de la persona interesada no solo de elegir *ex ante* a la persona o personas que han de ejercer el apoyo, sino también la facultad de establecer normas específicas sobre cómo debe ejercerse en concreto. Además, es cuestionable que esta facultad se confiera únicamente a la persona mayor, ya que, al tratarse de un acto que afecta a las elecciones personales y tiene un contenido extrapatrimonial, también debería permitirse, al menos en lo que se refiere a la elección de la persona que debe prestar apoyo, al niño con capacidad de discernimiento.⁴⁸ La cuestión afecta a la capacidad de los menores, y es cierto que si la Convención nos obliga a ir más allá de la estricta lógica del binomio capacidad-incapacidad, deberíamos también repensar la disciplina de protección de los menores de edad, previendo, nada menos, que el niño con capacidad de discernimiento pueda realizar válidamente todos los actos y negocios jurídicos de contenido extrapatrimonial y, en todo caso, todos aquellos que inciden en sus situaciones jurídicas existenciales.

El poder de autodeterminación de la persona no debe limitarse a la facultad de elección de la persona que presta el apoyo, que es una medida ya prevista en la regulación italiana sobre la administración de apoyo, sino que debe extenderse a la facultad de conformar y construir el ejercicio del poder, dictando todas las reglas apropiadas y útiles, como por ejemplo, las relativas al cuidado personal, a la administración y disposición de los bienes, a la indemnización del titular del apoyo, a la exención de la obligación de hacer un inventario o al contenido de esta obligación, a las medidas de control y a la elección de las personas encargadas de ejercer el control.⁴⁹ También quedaría por establecer

⁴⁷ Por todos, GARCÍA RUBIO, M. P., "Las medidas de apoyo...", *cit.*, p. 29 ss.

⁴⁸ SENIGAGLIA, R. (a cura di), *Autodeterminazione e minore di età*; BIANCA, M. (a cura di), *The best interest of child*; OLIVA BLÁZQUEZ, F., "El menor maduro...", *cit.*, p. 28 y ss.; GARCÍA RUBIO, M. P., "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, p. 14 y ss. (pp. 14-49).

⁴⁹ El proyecto de ley español prevé que el nuevo texto del art. 253 del Código civil debe formularse de la manera siguiente: "Cualquier persona mayor de dieciséis años, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad

si en el caso de la determinación de las facultades de apoyo por parte del interesado, se aplicarían las normas que establecen las autorizaciones necesarias para la realización de determinados actos (por ejemplo, los arts. 374 y 375 del Código civil italiano). A este respecto, me parece que si bien estas normas deben aplicarse en el caso del apoyo *ex post*, no pueden, en cambio, aplicarse en el caso del apoyo preventivo, a menos que la persona interesada las haya invocado expresamente.⁵⁰

La facultad de autodeterminación debe ser amplia, de manera que la persona interesada pueda determinar el alcance de las facultades de la persona que ha de prestar el apoyo, el régimen concreto de apoyo, las medidas *ad hoc* tanto de carácter patrimonial, como, por ejemplo, la elección del bien que se ha de vender primero en caso de necesidad, la explotación concreta de los bienes o los métodos de administración de uno o más bienes; como de carácter personal, como, por ejemplo, la elección del domicilio, la casa en que se ha de vivir, la atención y el tratamiento médicos, la gestión de las redes sociales y los bienes digitales no patrimoniales.

Todo esto significa que será necesario coordinar esta nueva regulación con la relativa al llamado testamento biológico o medidas de fin vida y los tratamientos médicos, con todas las complicaciones que conlleva tal reorganización y con la clara evidencia de que esta debe basarse no en la protección de la vida en sí, sino en la protección de la elección y la libre determinación de la persona, incluso si la persona se orientara hacia una interrupción voluntaria de su vida. La ley italiana vigente sobre el testamento biológico merece una reconsideración general sobre las modalidades de la elección del cuidado, del rechazo

jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo. Podrá igualmente otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador. Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias. Los documentos públicos referidos serán comunicados de oficio y sin dilación al Registro Civil por el Notario autorizante, para su constancia en el registro individual del otorgante”.

⁵⁰ En este sentido, aunque en la perspectiva del Derecho español, ESCARTÍN IPIENS, J. A., “La autocuratela...”, *cit.*, p. 97 y ss.: “Así que, con todo respeto, y a efectos dialécticos, me atrevo a proponer las siguientes conclusiones: 1a.- Que, en el régimen común de la curatela, rige el artículo 285 como norma de carácter imperativo. 2a.- Que en el régimen especial de la autocuratela el artículo 285 rige con carácter supletorio [...]. 4a.- Que el artículo 269 debería contener al final de su párrafo con un texto similar a éste: ‘Las disposiciones otorgadas según lo dispuesto en los párrafos anteriores tendrán preferencia sobre las normas que establece este Código con carácter general, en las Secciones segunda y tercera de este Capítulo’”.

del cuidado y, finalmente, de las medidas más dramáticas de interrupción de la vida misma. También merece ser reconsiderada la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida y la ley sobre la adopción, según esta nueva perspectiva, ya que es necesario excluir que la discapacidad por sí sola pueda ser una razón válida para excluir o limitar el recurso a esas técnicas o para realizar la adopción. Por último, igualmente sería una oportunidad para formular una hipótesis sobre la llamada voluntad digital, es decir, sobre las elecciones que hace el sujeto en relación con el destino del patrimonio digital.⁵¹

Considerando, además, que la voluntad del interesado debe considerarse preeminente, debe establecerse claramente el carácter prioritario y preponderante del apoyo preventivo, de manera que las medidas de apoyo *ex post*, es decir, las establecidas una vez comprobada la necesidad del apoyo, deben considerarse siempre complementarias y válidas en ausencia del llamado apoyo preventivo. Con la clara aclaración de que si no hay un verdadero apoyo preventivo, pero sí decisiones *ad hoc*, estas últimas deben, sin embargo, tener prioridad y ser estrictamente observadas.

El segundo principio que hay que reforzar es, sin duda, el relativo a la “capacidad”. Es necesario reiterar que la medida de apoyo no importa ninguna incapacidad, en el sentido de que el apoyo solo sirve para ayudar a la persona con discapacidad a desarrollar un proceso autónomo de toma de decisiones, informándola, ayudándola a comprender y razonar y facilitando la manifestación de sus preferencias.

Desde este punto de vista, es esencial reiterar que la persona para la que existe el apoyo puede realizar válidamente todos los actos, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, necesarios para satisfacer las necesidades de su vida cotidiana.

Hay que reiterar con firmeza que el apoyo no implica ninguna limitación de la capacidad de la persona con discapacidad y que toda limitación a la realización de un acto debe estar específicamente justificada, limitando a casos excepcionales la adopción de una decisión en sustitución y, en todo caso, excluyendo una función representativa con respecto a la realización de actos de importancia predominantemente existencial.

⁵¹ A este respecto, considérese la solución adoptada por la Comunidad autónoma de Cataluña, que ha aprobado, aunque todavía está pendiente su eficacia, la Ley No. 10/2017, de 27 de junio de 2017, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña.

Desde este punto de vista, me parece que las normas establecidas en el párrafo 4 del art. 411 del Código civil italiano deben, sin duda alguna, ser eliminadas, ya que con demasiada frecuencia se ha convertido en un conveniente y fácil expediente de privación y limitación de la capacidad de la persona, a causa de su discapacidad. El recurso a una función representativa debe ser excepcional y, en todo caso, solo admisible cuando, a pesar de haberse realizado todos los esfuerzos imaginables, no se haya podido determinar realmente la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona.⁵²

Es necesario, y aquí estamos empezando a considerar principios más innovadores no previstos expresamente en la regulación italiana en materia, que la medida de apoyo se inspire en los principios de necesidad y proporcionalidad.

La medida de apoyo no puede exceder lo que la persona con discapacidad realmente necesita y debe ser suficiente para que la persona pueda ejercer su capacidad en condiciones plenas.⁵³

La necesidad y la proporcionalidad sirven, es decir, para confirmar que la persona con discapacidad conserva su plena capacidad, que la persona encargada de prestarle apoyo debe simplemente ayudarle para que pueda tomar su propia decisión de manera independiente, que la función de representación debe considerarse excepcional y que, en cualquier caso, la decisión de la persona debe tomarse siempre en el marco de las elecciones existenciales que afectan a la dimensión humana. Esto es aún más cierto si consideramos que las opciones de carácter existencial que afectan a libertades fundamentales como la vida y la salud, la vida independiente y la inclusión en la comunidad, la mo-

⁵² No se excluye *a priori* un apoyo representativo, solo debe considerarse en casos excepcionales. Recordando las consideraciones de PEREÑA VICENTE, MUNAR BERNAT, observa que “tan contrario a la CDPD es abusar del sistema de representación, como no recurrir a él cuando sea necesario, porque ‘el apoyo’ es la finalidad perseguida, no la medida en sí; de ahí que ese apoyo en alguna ocasión exige una intervención mínima mientras que en otros casos necesita de la representación porque es la única vía para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica”. Vid. MUNAR BERNAT, P. A., “La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de derecho civil*, p. 124.

⁵³ En este sentido el proyecto de ley español, que prevé que el nuevo texto del art. 268 del Código civil debe formularse de la manera siguiente: “*Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Las medidas de apoyo adoptadas serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años y, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas.*”

vilidad, la libertad de expresión, el respeto de la vida privada, el derecho a la vida familiar y a la paternidad, el acceso a los cuidados y la elección de estos, la participación en la vida cultural, recreativa y deportiva, la libertad de asociación, la participación en la vida política, están reconocidas como derechos humanos fundamentales en las cartas y convenios internacionales más importantes de Europa y en la propia Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La afirmación de un modelo de protección de la persona con discapacidad basado en los derechos humanos significa el pleno reconocimiento de estas libertades y el reconocimiento de que la persona siempre puede tomar sus decisiones, independientemente de su estado y grado de discapacidad.

La medida de apoyo no está preconstituida por el legislador, sino que debe ser cosida en la persona como un traje a medida, evitando, como hasta ahora, la conveniente hipostatización o estructuración apriorística. Es tarea indispensable de los intérpretes y responsabilidad de quienes deberán aplicar la ley concretar los principios y valores de la Convención y construir cada medida de apoyo a la persona según la persona con discapacidad, de modo de garantizarle, en la medida máxima posible, el pleno desarrollo de la personalidad y el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con todas las demás.

Por último, solo para considerar los aspectos más macroscópicos, es esencial que la regulación de la administración de apoyo afirme de manera convincente que toda la materia debe estar inspirada en el respeto de la voluntad, los deseos, las preferencias de la persona con discapacidad, de modo que pasemos de un modelo inspirado en el "interés superior" de la persona con discapacidad a un modelo inspirado en el "interés preferido", o en la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

La persona que presta el apoyo debe actuar siempre de manera que se tengan en cuenta y se fomenten los deseos y preferencias de la persona con discapacidad, y para ello debe esforzarse por ayudarla a tomar su propia decisión independiente.

En casos excepcionales, en que la persona con discapacidad no pueda tomar la decisión de manera autónoma y tenga que ser asistida o sustituida, la persona encargada no debe tomar la mejor decisión posible para la persona, sino

la decisión que hubiera tomado la persona con discapacidad.⁵⁴ Para ello, la persona encargada debe considerar el curso de la vida de la persona con una discapacidad, sus creencias, sus valores, elecciones pasadas y todos los elementos que la persona con discapacidad habría tenido en cuenta al tomar esa decisión.

Se rompe la ecuación “protección de la persona – incapacidad” y se establece un nuevo paradigma de protección de la persona con discapacidad. En el entendimiento de que la protección significa un apoyo colaborativo inspirado en el interés preferido, en el que el titular del apoyo solo en casos excepcionales tendrá que ayudar o sustituir a la persona con discapacidades a asumir la responsabilidad. Se trata de un giro copernicano⁵⁵ que requiere ciertamente una importante intervención del legislador, pero que, sobre todo, exige una internalización de estos principios por parte de los juristas y de los que tendrán que aplicar la ley. Si, de hecho, se puede hacer mucho desde el punto de vista legislativo, es indiscutible que también se puede hacer mucho a nivel interpretativo.

Hasta que esta revolución tan esperada en el sistema se lleve a cabo, es esencial que los juristas y operadores interpreten la regulación existente de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.⁵⁶ Una interpretación conforme excluye la aplicación

⁵⁴ En este exacto sentido, el proyecto de ley español, que prevé que el nuevo texto de los apartados 2, 3 y 4 del art. 249 del Código civil se redacte de la manera siguiente: “1. Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. 2. En casos excepcionales, cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las instituciones de apoyo podrán asumir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación. 3. El Juez 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”.

⁵⁵ GARCÍA RUBIO, M. P., “Algunas propuestas...”, *cit.*, p. 173.

⁵⁶ En este sentido, las consideraciones del fiscal y los argumentos que se pueden leer en la nota STS 2362/2009 de 29 de abril de 2009, ponente E. Roca Trías: “la aplicación del Art. 12 la Convención supone un desafío para nuestro sistema, pues no solo afecta a los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar y a las consecuencias que su unificación

concreta de la tutela y de la curatela, induce a exaltar la regla del art. 409 del Código civil italiano sobre la capacidad del beneficiario de la administración de apoyo y la del art. 408 sobre la elección del titular de apoyo, estimula a devaluar el alcance aplicativo de la regla del art. 411, párrafo 4, del Código civil italiano, ayuda a interpretar tanto la regulación de las personas que no pueden “ver” u “oír” como la ley sobre el llamado testamento biológico.

Una buena reforma es siempre deseable, pero es indispensable una interpretación acorde con la Constitución y con las convenciones internacionales. Las convenciones internacionales y los importantes principios que ellas expresan merecen una mayor prominencia tanto en los discursos de los juristas como en las sentencias de los jueces y en los actos de los notarios, ya que se trata de fuentes de Derecho que tienen relevancia y, de hecho, mayor importancia que la ley ordinaria.

En un momento en que el poder legislativo nacional no logra realizar una reforma del Derecho civil, debe prestarse mayor atención a las convenciones internacionales, especialmente cuando proponen un Derecho cada vez más cercano a la persona y que pone en el centro el valor fundamental de la persona y de su dignidad inherente.

representa, sino que incide de lleno en el proceso especial de ‘capacidad de las personas’, fundamentalmente en la incorporación del ‘modelo de apoyos’, que se enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional [...] Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta”. El Tribunal concluye lo siguiente: “la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado [...] Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona [...] sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1 Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC. 2 La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”. En este mismo sentido, STS 6810/2012 del 11 octubre de 2012, ponente J. A. Seijas Quintana; STS 3441/2013 del 24 junio de 2013, ponente J. A. Seijas Quintana; y, por último, STS 146/2018, 846/2018 y 936/2018, todas del 15 marzo de 2018, ponente M. Ángeles Parra.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ LATA, J. A. y N. SEOANE, "El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. De los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *Derecho privado y Constitución*, 2009.
- BARIFFI, F. J., "El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos", *Tesis doctoral*, Madrid, 2014.
- BARRANCO, M. C., P. CUENCA y M. A. RAMIRO, "Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de derechos de las personas con discapacidad", *Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, V, 2012.
- BIANCA, M. (a cura di), *The best interest of child*, Roma, 2020.
- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., "Nuevos retos para el notariado tras la Convención de Nueva York", en M. M. Heras Hernández (coord.) y M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín (dirs.), *Nuevos retos para el notariado tras la Convención de Nueva York*, en *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, Cizur Menor, 2015.
- CORVO LÓPEZ, F. M., "La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual", *Revista de derecho civil*, 2019.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., "La protección de las personas con discapacidad: se acabó la tutela", *Familia y sucesiones*, No. 6, 2019.
- ESCARTÍN IPIENS, J. A., "La autotutela en el Anteproyecto de ley sobre modificación del código civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad", *Revista de derecho civil*, 2018.
- GARCÍA RUBIO, M. P., "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020.
- _____, "Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil", *Revista de derecho civil*, 2018.
- _____, "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*, t. LVIII, 2017/2018.
- _____, "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de derecho civil*, 2018.
- GUASTINI, R., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, 2006.
- _____, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998.

La protección de las personas con discapacidad en el Derecho civil italiano...

- LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Madrid, 2020.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F., *Derecho Internacional público: Parte general*, 4ª ed., Madrid, 2005.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., "El menor maduro ante el derecho", *Rev. de la fundación de ciencias de la salud*, 2014.
- PAU, A., "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil", *Revista de derecho civil*, 2018.
- PEREÑA VICENTE, M., "La transformación de la guarda de hecho en anteproyecto de ley", *Revista de derecho civil*, 2018.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., "La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar", en *Derecho privado y Constitución*, 2009.
- PÉREZ GALLARDO, L. B., "Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad", en *El derecho de sucesiones que viene*, Santiago, 2020.
- PERLINGIERI, P., "Fonti del diritto e ordinamento del caso concreto", *Riv. dir. priv.*, 2010.
- _____, "Il principio di legalità nel diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 2010, ahora en PERLINGIERI, P., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012.
- PINO, G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010.
- _____, *Teoria analitica del diritto. I. La norma giuridica*, Pisa.
- SENIGAGLIA, R. (a cura di), *Auodeterminazione e minore di età*, Pisa, 2019.
- TORRÉS COSTAS, M. E., "La capacidad de obrar a la luz del artículo 12 de la Convención de naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Tesis doctoral*,
Santiago de Compostela, 2019.
- _____, *La capacidad jurídica a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, 2020.
- VAQUER ALOY, A., "El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria", *Anuario de Derecho Civil*, 2020.

Recibido: 2/9/2020
Aprobado: 29/9/2020