

**CAPACIDAD JURÍDICA Y APOYO EN LA TOMA DE DECISIONES.
ENSEÑANZAS DE LAS RECIENTES REFORMAS LEGISLATIVAS
EN ARGENTINA E IRLANDA**

*LEGAL CAPACITY AND ASSISTED DECISION-MAKING.
LESSONS FROM THE RECENT LEGAL REFORMS
IN ARGENTINA AND IRELAND*

ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ
Universidad Miguel Hernández

Fecha de recepción: 6-2-17

Fecha de aceptación: 8-4-17

Resumen: *El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reclama una profunda revisión de las legislaciones nacionales, para reconocer a las personas con discapacidad el derecho a gozar de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, y a recibir los apoyos que precisen para su ejercicio. El presente estudio examina, concretamente, las reformas legislativas en el ámbito de la capacidad jurídica recientemente aprobadas en Argentina e Irlanda, evaluando su conformidad con la Convención. El análisis realizado demuestra que ambas reformas suponen un sustancial avance y muestran a otros Estados el camino a seguir, si bien no resultan plenamente satisfactorias.*

Abstract: *Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities calls for a thorough review of State legislations, to recognise persons with disabilities the right to enjoy legal capacity on an equal basis with others, and to receive the support they need for its exercise. The present study examines, in particular, legislative reforms in the area of legal capacity adopted recently in Argentina and Ireland, assessing its conformity with the Convention. The analysis reveals that both reforms mean a substantial advance and show the way for other States to follow, although they are not fully satisfactory.*

Palabras clave: discapacidad, capacidad jurídica, toma de decisiones.

Keywords: disability, legal capacity, decision making.

1. INTRODUCCION: EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Como han señalado ya muy diversos autores, el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención) contiene una de las innovaciones jurídicas más significativas de las últimas décadas, que está llamada a ejercer potencialmente un notable impacto sobre los ordenamientos nacionales, y que obliga a un profundo replanteamiento de instituciones jurídicas tradicionales que han sido asumidas pacíficamente durante siglos¹. En efecto, al obligar a los Estados a reconocer que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”, y afirmar que “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”, la Convención desautoriza todas aquellas regulaciones legislativas –que son las existentes en la actualidad en la práctica totalidad de los Estados– que permiten privar a las personas con discapacidad de su capacidad jurídica (expresión que, en la Convención, ha de entenderse como comprensiva de la “capacidad de obrar” –como se desprende claramente de la alusión al “ejercicio de la capacidad”–, esto es, no se refiere tan sólo a la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, sino que incluye la capacidad de realizar actos jurídicos o la capacidad para el ejercicio de los derechos²), y que establecen un sistema de representación legal que implica la sustitución de las

¹ Cfr. vg. T. RECOVER, “Hacia la reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad” en M.C. GARCIA GARNICA (ed.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 22-23; L. C. PEREZ BUENO, “La capacidad jurídica a la luz de la Convención. Aportaciones para delinear un nuevo modelo legal de apoyos a la toma de decisiones” en L. C. PEREZ BUENO (ed.), *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en homenaje a Paulino Azúa*, Cinca, Madrid, 2010, pp. 147-155, que llega a hablar del “enorme desafío que plantea el intrépido paso dado por el artículo 12 de la Convención” (p. 150; el subrayado es nuestro).

² Cfr. R. DINERSTEIN, “Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making”, *Human Rights Brief*, núm. 19, 2012, pp. 1-5; F. J. BARIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, prólogo de F. Mariño y presentación de J. M. Fernández, Cinca, Madrid, 2014, pp. 301-306; COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general nº 1*, 2014, n. 11.

personas con discapacidad en la toma de decisiones. No se trata, por lo demás, de un aspecto menor de la Convención, pues el reconocimiento de la capacidad jurídica constituye, por el contrario, la condición básica para hacer posible el pleno ejercicio de sus derechos por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU ha tenido que referirse a esta cuestión en la práctica totalidad de sus Observaciones Finales a los Estados³. Es más, sobre la base de los primeros informes iniciales de los Estados que fue examinando, el Comité constató “que hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención. Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas”. Esta convicción le llevó a formular la primera de sus Observaciones Generales, en la que trata de proporcionar una interpretación del artículo 12 y de precisar las obligaciones generales que surgen de este precepto para los Estados Partes⁴.

La interpretación de la expresión “capacidad jurídica” como comprensiva de la “capacidad de obrar” resulta indiscutible, asimismo, a la luz de los debates producidos sobre la cuestión durante los trabajos preparatorios de la Convención: cfr. A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, prólogo de R. de Asís, Cinca, Madrid, 2008, pp. 417-462.

³ Por citar sólo alguna de las más recientes, en las Observaciones Finales a Bolivia se indica que “preocupa al Comité que persistan en el Estado parte los regímenes que limitan parcial y totalmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, así como la inexistencia de medidas para derogar dichas figuras jurídicas” (n. 27), y en sus Observaciones Finales a Italia el Comité expresa su preocupación por que “se siga practicando la sustitución en la toma de decisiones a través del mecanismo de apoyo administrativo llamado “*Amministrazione di Sostegno*” (n. 27). Estas Observaciones Finales fueron aprobadas, respectivamente, el 30 de agosto y 1 de septiembre de 2016. En las Observaciones Finales a España, de 23 de septiembre de 2011, se señala por su parte: “Preocupa al Comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica. El Comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona”.

⁴ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general n° 1*, 2014; la cita textual es del n. 3.

Nos encontramos, en efecto, ante un cambio de paradigma que sin exageración cabe calificar de revolucionario, y que exige una revisión a fondo de las legislaciones nacionales, que los Estados se muestran sin embargo reacios a realizar⁵, tanto por la dificultad en la configuración del nuevo régimen legal, como por la resistencia de ciertos sectores jurídicos, especialmente en el ámbito del Derecho Privado, a la supresión de instituciones jurídicas consolidadas. Sin embargo, algunos Estados, como es el caso de Irlanda y Argentina, se han atrevido recientemente a llevar a cabo profundas modificaciones legislativas con el objeto de adecuar sus ordenamientos jurídicos al artículo 12 de la Convención. Pues bien, el propósito de este trabajo es examinar a la luz de la Convención las nuevas regulaciones jurídicas de los dos países señalados, tratando de dilucidar en qué medida pueden constituir un modelo para los cambios legislativos que han de llevarse a cabo en los restantes Estados, entre ellos el nuestro.

Antes de proceder a este análisis, parece oportuno, sin embargo, ofrecer previamente una breve síntesis de las exigencias del artículo 12 de la Convención, que serán el parámetro desde el que valorar las nuevas legislaciones nacionales de los dos países mencionados⁶. Concretamente, cabe

⁵ Concretamente en España, la disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, dio al Gobierno un plazo de seis meses para remitir a las Cortes un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial para su adaptación a las previsiones de la Convención; y posteriormente la disposición adicional 7ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, confirió un nuevo plazo de un año, precisando que el nuevo proyecto de Ley “establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”. Lo cierto es, sin embargo, que ambos plazos quedaron sucesivamente incumplidos, y han pasado cerca de nueve años desde la entrada en vigor de la Convención sin que se conozca propuesta legislativa alguna.

⁶ No llevo a cabo un detenido análisis de los complejos problemas que plantea el artículo 12, pues excedería de los propósitos del presente trabajo, y es una materia sobre la que se han publicado ya excelentes estudios, a los que remito: cfr. vg. P. CUENCA, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, prólogo de R. de Asís, Universidad de Alcalá de Henares-Defensor del Pueblo, Madrid, 2012, especialmente pp. 200-215; F. J. BARIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, cit., especialmente pp. 289-398. Asimismo, se abordan con extensión esos problemas en la Observación General nº 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, que proporciona una “interpretación auténtica” del artículo 12.

definir tres principios básicos que conforme al artículo 12 han de inspirar la regulación legal de la capacidad jurídica:

- 1) Los ordenamientos jurídicos han de reconocer la plena capacidad de las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos (lo que en Derecho español se denomina “capacidad de obrar”), excluyéndose por tanto de plano cualesquiera figuras –como la tradicional tutela o “guardianship”– que supongan la sustitución de las personas con discapacidad en la toma de decisiones. Como se ha señalado, “el modelo de sustitución en la toma de decisiones no tiene cabida dentro de la exigencia de igual capacidad jurídica, ni siquiera como excepción”⁷.
- 2) Los ordenamientos jurídicos han de instituir los mecanismos de apoyo que puedan resultar precisos para el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, basados siempre en el respeto a su voluntad y sus preferencias y encaminados a facilitarles el proceso de adopción y expresión de sus decisiones, y que deberán ser suficientemente amplios y flexibles para ser capaces de adaptarse a la situación, circunstancias y necesidades de cada persona. Podemos encontrarnos, con todo, ante situaciones en las que no sea posible conocer de ningún modo la voluntad de la persona y ésta no sea capaz de hecho de prestar su consentimiento, y sea preciso sin embargo adoptar una decisión o concluir un acto jurídico; en tales casos extremos, el apoyo consistirá en realizar la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona, basada por ejemplo en su historia de vida, en sus deseos y preferencias anteriores, o en su expresión de confianza a determinadas personas, lo que podrá llevar en la práctica a otorgar un consentimiento por representación para determinados actos jurídicos, que, no obstante, se distancia netamente de la sustitución en la toma de decisiones prohibida por el artículo 12 de la Convención⁸.

⁷ P. CUENCA, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, cit., p. 212.

⁸ Cfr., en este sentido, COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general n° 1*, cit., n. 21; A. ARSTEIN-KERSLAKE - E. FLYNN, “The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities; a roadmap for equality before the law”, *The International Journal of Human Rights*, núm. 20, 2016, pp. 471-490; P. CUENCA, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, cit., pp. 212-213. En contra, F. J. BARIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, cit., pp. 383-385, quien sostiene “que existe incompa-

- 3) Finalmente, los ordenamientos jurídicos han de establecer las oportunas salvaguardas –que habrán de ser más intensas en la medida en que lo sean los apoyos– para garantizar que los mecanismos de apoyo respeten efectivamente los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona apoyada y para evitar cualquier abuso, entre las que se incluye su revisión periódica por la autoridad judicial.

2. LA NUEVA REGULACION DE LA CAPACIDAD JURIDICA EN ARGENTINA

La nueva regulación de la capacidad jurídica en Argentina forma parte de una reforma legislativa mucho más ambiciosa: en efecto, Argentina cuenta desde fecha reciente con un nuevo Código civil y comercial, que fue aprobado por el Congreso el 1 de octubre de 2014 y entró en vigor el 1 de agosto de 2015⁹. Es de destacar que, durante su elaboración, se contó con la participación de la sociedad civil, y particularmente, en lo que se refiere a la materia abordada en el presente estudio, de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad.

El régimen jurídico instituido por el nuevo Código Civil y Comercial en relación con la capacidad jurídica y su ejercicio puede resumirse en los siguientes aspectos esenciales:

- a) Se afirma expresamente la *capacidad jurídica de toda persona*, que se refiere tanto a lo que el Código denomina “capacidad de derecho”, que puede ser definida como la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos, como a la “capacidad de ejercicio”, que es la capacidad para ejercer por uno mismo los derechos reconocidos por el ordenamiento (artículos 22 y 23). En consecuencia, la capacidad siempre se presume (artículo 32 a), y las limitaciones a la capacidad

tibilidad absoluta entre el modelo de los apoyos y cualquier tipo de representación legal, incluso aquella de tipo específico y excepcional”, y considera sin embargo compatible con la Convención la declaración de incapacidad de la persona y su sujeción a un curador, siempre que se realice fuera del modelo de los apoyos y el motivo no sea la discapacidad.

⁹ El anteproyecto fue elaborado por una Comisión de expertos, la “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”, creada por Decreto de la Presidenta de la República de 23 de febrero de 2011. Culminado el anteproyecto el 27 de febrero de 2012, inició su tramitación parlamentaria el 8 de junio siguiente, que concluyó con su aprobación por el Congreso el 1 de octubre de 2014.

- sólo pueden acordarse de modo excepcional, tras un proceso judicial en el que se lleve a cabo una evaluación individualizada de la situación de la persona, y siempre en su beneficio (artículo 32 b), es decir, con la finalidad de promover sus derechos y proteger su autonomía personal, como precisa el artículo 43 en su párrafo segundo.
- b) El Código prevé, no obstante, que puedan establecerse *restricciones a la capacidad*. Concretamente, el párrafo primero del artículo 32 dispone que “el juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes”. Como puede observarse, la situación habilitante de la restricción de la capacidad queda configurada por la concurrencia simultánea de dos presupuestos: en primer lugar, es necesario que la persona tenga una adicción o alteración mental grave permanente o prolongada; pero no basta con ello, sino que es preciso además que se prevea que de la conservación de la plena capacidad de ejercicio pueda resultar un daño a su persona o bienes. La restricción de la capacidad se acuerda sólo respecto de actos determinados –que deben precisarse en la sentencia–, de modo que, respecto de aquellos actos sobre los que la sentencia no se haya pronunciado, rige la regla general de presunción de la capacidad de ejercicio; el artículo 38 ordena además “que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”, por lo que el alcance de la restricción habrá de ser el mínimo imprescindible.
- c) El efecto principal de la restricción de la capacidad es la *provisión de medidas de apoyo*, que el artículo 43 configura de forma muy flexible, pues se trata de “cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general”. Como se ha señalado, “en virtud del reconocimiento de la diversidad propia a la discapacidad, la toma de decisiones con apoyo adopta numerosas modalidades, debiendo diseñarse a partir de las circunstancias y necesidades concretas de la persona. Puede ser singular o plural. Conformarse con familiares, operadores externos, trabajadores sociales, instituciones, o bien

una o varias de estas opciones”¹⁰. Ello significa, por tanto, que la naturaleza, alcance y efectos de los mecanismos de apoyo deberán precisarse de forma individualizada en la sentencia. No obstante, la regulación contenida en el Código permite delinear algunas características generales. En primer lugar, como muestra con claridad el inciso inicial del artículo 43, los mecanismos de apoyo no se proyectan únicamente en el estricto ámbito de los actos jurídicos, sino que están encaminados a facilitar la toma de decisiones en todos aquellos aspectos de la vida en que la persona pueda precisarlos, pudiendo abarcar, pues, tanto aspectos personales como patrimoniales. En segundo lugar –y esta es quizás la característica más relevante de los mecanismos de apoyo–, la intervención principal del prestador de apoyos no se produce sustituyendo o completando la capacidad de la persona para la adopción de decisiones con eficacia jurídica y para la celebración de actos jurídicos –como sucede en las instituciones tradicionales reguladas por nuestro Código civil, la tutela y la curatela–, sino con carácter previo, en el proceso de formación de la voluntad: el apoyo está orientado a que la persona pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisión, informándole, ayudándole en su comprensión y razonamiento, y facilitando que pueda expresar sus preferencias¹¹. Así lo indica con toda claridad el segundo párrafo del artículo 43: “las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”. En tercer lugar, el incumplimiento de los mecanismos de apoyo establecidos puede afectar a la validez de los actos jurídicos de la persona con capacidad restringida,

¹⁰ S. FERNANDEZ, “Comentario al artículo 43”, en M. HERRERA – G. CAMELO – S. PICASSO (eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Infojús, Buenos Aires, 2015, p. 113.

¹¹ Cfr. en este sentido F. J. BARRIFFI, “Restricción a la capacidad y capacidad civil. Tensiones constitucionales y Código Civil y Comercial”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 77, 2016, pp. 65-66. Es, en cambio, la incorrecta comprensión de los mecanismos de apoyo lo que lleva a algunos autores a entender como tales las tradicionales instituciones de la tutela y la curatela: cfr. en este sentido C. MARTINEZ DE AGUIRRE, “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en S. DE SALAS (ed.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 15-40 (especialmente pp. 32-35).

si bien tampoco en este ámbito se establece una regla general, pues el artículo 38 se remite nuevamente a la sentencia, que habrá de “señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación”. Una vez más, cabe aquí una amplia gama de posibilidades: la sentencia puede establecer, por ejemplo, que los actos jurídicos concluidos por la persona con discapacidad sean plenamente válidos, siempre que haya contado con la ayuda del apoyo designado antes de la adopción de la decisión; puede exigir para su validez que cuenten también con el consentimiento del prestador de apoyo; o podría incluso otorgar validez a actos relativos a la persona o bienes del apoyado que cuenten únicamente con la manifestación de voluntad expresa del prestador de apoyo (lo que tiene sentido sobre todo si el apoyado no tiene forma alguna de comunicar su voluntad), como admite de forma explícita el artículo 101 en su inciso c) al prever que los apoyos puedan tener funciones representativas respecto de determinados actos previstos en la sentencia. Naturalmente, esta representación no cabe en relación con los actos de naturaleza personalísima, para los que en principio se encuentra excluido el consentimiento por representación¹²; y, aun-

¹² En este sentido, debe tenerse en cuenta el régimen específico establecido por el Código para determinados actos jurídicos de naturaleza personalísima. Así, por ejemplo, en relación con el matrimonio, los artículos 403 y 405 prevén que, cuando la persona se encuentre en una situación de falta permanente o transitoria de salud mental que impida el discernimiento para el acto matrimonial, ya tenga la capacidad restringida o no, sólo podrá contraer matrimonio con autorización judicial, que requerirá previamente el dictamen de un equipo interdisciplinar “sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada”, y la entrevista personal del juez con los futuros contrayentes. Por su parte, en el campo de las decisiones acerca de la salud sólo cabe el consentimiento por representación “si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente”, y media una “situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida y salud” (artículo 59, párrafo final). Respecto de otro derecho personalísimo como el derecho al voto, el artículo 3 a) del Código Electoral excluye del mismo a “los dementes declarados tales en juicio”, pero debe entenderse que esta norma ha quedado derogada por el nuevo régimen establecido por el Código Civil y Comercial, dado que éste ha suprimido la categoría jurídica de demente, y así lo ha señalado el Procurador Fiscal ante la Corte Suprema en dictamen de 6 de abril de 2016, por lo que, de aceptarse esta tesis, hoy no existiría en Argentina la posibilidad de privar del derecho de sufragio a las personas con discapacidad, que como es lógico sólo podrían ejercerlo de forma personal, aun cuando cuenten para ello con los debidos apoyos.

que el Código no lo indica expresamente, debe entenderse que es de aplicación al apoyo con funciones representativas la exigencia de autorización judicial para la celebración de determinados actos que impone el artículo 121 al tutor de los menores de edad, pues parece lógico que, si se requiere esa autorización para una figura de representación que goza de más amplios poderes, deba exigirse con mayor motivo para una representación con poderes más limitados. Por supuesto, la sentencia puede establecer distintos regímenes y designar diversas figuras de apoyo en relación con los diferentes actos jurídicos. Finalmente, y como indica el artículo 32 en su párrafo tercero, todos los mecanismos de apoyo deben favorecer siempre las decisiones que respondan a las preferencias de la persona apoyada. Por lo que se refiere a la designación de los mecanismos de apoyo, el último párrafo del artículo 43 prevé que “el interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo”, si bien la decisión corresponde al juez, que ha de “procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida”.

- d) El Derecho argentino mantiene, no obstante, un supuesto residual de *incapacitación* tradicional: concretamente, el último párrafo del artículo 32 del Código dispone que “cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad”. El efecto de esta declaración de incapacidad es la provisión de una figura, a la que el Código civil argentino denomina “curador”, que tiene las mismas funciones que el tutor de los menores de edad (artículo 138, párrafo primero), ostentando por tanto la plena representación legal del incapaz en las cuestiones de carácter patrimonial (artículo 117) y sustituyéndole pues en la adopción de decisiones, con las limitaciones establecidas por los artículos 120 a 127, que, comportan, por ejemplo, la exigencia de autorización judicial para ciertos actos jurídicos; respecto del curador, se precisa que su función principal es “cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud” (artículo 138, párrafo segundo). La persona capaz puede designar al curador mediante una directiva anticipada, pero la decisión corresponde al juez, que puede aprobar o no esta designación (artículo 139).

- e) Finalmente, debe reseñarse que el Código civil argentino, en sus artículos 31 a 40, rodea el proceso de restricción de la capacidad de un conjunto riguroso de *garantías*, encaminadas a que la decisión judicial sea la más adecuada para la persona con discapacidad y la que en mayor medida promueva su autonomía personal. Pueden destacarse, en este sentido, tres aspectos fundamentales. En primer lugar, se reconoce el derecho de la persona interesada a participar en el proceso (artículo 31 e), otorgándole incluso el carácter de parte (artículo 36, párrafo 1º), lo que implica que puede aportar todas las pruebas que estime oportunas, ya sea en defensa de su capacidad o para solicitar determinadas restricciones o medidas de apoyo. El interesado debe comparecer además con asistencia letrada, “que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios”, de suerte que, si comparece sin abogado, el juez debe nombrarle uno de inmediato (artículo 36, párrafo segundo). El Código exige además (artículo 36) que se garantice la inmediatez con el interesado durante el proceso, de suerte que el juez no podrá tomar su decisión con base únicamente en determinados dictámenes externos, sino que habrá de tener un conocimiento directo de la situación de la persona que le permita comprender sus habilidades, aptitudes y necesidades; se obliga además al juez a celebrar una entrevista personal con el interesado antes de adoptar resolución alguna, en la que deberán estar presentes el abogado que le preste asistencia y el Ministerio Público. Para lograr que la participación del interesado en el proceso sea plenamente efectiva, se exige asegurar su accesibilidad (no solo física, sino también comunicacional o cognitiva), realizando los ajustes razonables que resulten oportunos, y garantizando el derecho del interesado a recibir información “a través de medios y tecnologías adecuados para su comprensión” (artículo 31, letra d). Una segunda garantía de extraordinaria relevancia es la interdisciplinarietà, que se traduce concretamente en que, previamente a dictar la sentencia que pone fin al proceso de restricción de la capacidad, el juez ha de contar con el dictamen de un equipo interdisciplinar (artículo 37 *in fine*), es decir, la evaluación de la persona no puede ser únicamente médica, sino que exige la intervención de otros profesionales como psicólogos o trabajadores sociales, lo que resulta coherente con un enfoque de la discapacidad propio del modelo social y no del modelo médico-rehabilitador. Finalmente, el artículo 40 ordena

la revisión periódica de las restricciones a la capacidad, que puede ser solicitada en cualquier momento por el interesado, y ha de realizarse imperativamente en el plazo de tres años, revisión que habrá de incluir nuevos dictámenes interdisciplinarios y una nueva audiencia personal con el interesado; para reforzar el deber del juez de proceder de oficio a la revisión, se establece además el deber del Ministerio Público de instarla si el juez no la hubiere efectuado. Como consecuencia de tal revisión, puede decretarse el cese de la incapacidad o de las restricciones a la capacidad (artículo 47), o bien reducirse los actos jurídicos para los que la persona tiene su capacidad restringida, o cualquier otra modificación en las medidas de apoyo o en su alcance y efectos.

Procede ahora confrontar esta nueva regulación legislativa con las disposiciones de la Convención. En este sentido, el primer aspecto que salta a la vista es que el Código civil y comercial argentino continúa hablando de restricciones a la capacidad; es más, al definir la situación que habilita para una restricción de la capacidad sigue haciéndose referencia a la discapacidad –a una alteración mental permanente o prolongada–, aun cuando no es éste el único requisito, sino que se exige además la previsión que del ejercicio de la plena capacidad pueda resultar un daño a la persona o bienes. Pero, en definitiva, nos encontramos con que a las personas con discapacidad –y sólo a éstas– se les puede privar de su capacidad jurídica, aunque sea sólo parcialmente, respecto de actos específicos y con carácter excepcional, lo que implica que no se les reconoce “capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”, como reclama el artículo 12 de la Convención en su apartado segundo. Resulta indudable, por supuesto, que la provisión de apoyos a la toma de decisiones puede incidir, como se ha mostrado, en la validez de los actos jurídicos, que en determinados casos requerirán contar con el consentimiento del prestador de apoyo, e incluso, en situaciones extremas, podrán concluirse únicamente con su consentimiento, lo que permite afirmar que ciertos efectos jurídicos de la provisión de apoyos pueden ser similares a los de una restricción de la capacidad. No se trata, sin embargo, de una cuestión meramente terminológica. En primer lugar, porque es necesario eliminar por completo la sospecha, que se encuentra tan profundamente anclada en la mentalidad común –y que, en cierto modo, el artículo 32 del Código Civil y Comercial argentino perpetúa–, de que la protección de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial requiere restringir su capacidad jurídica. Pero, sobre todo, porque un correcto entendimiento del modelo de apoyos exi-

ge comprender que éstos constituyen ayudas precisamente para que la persona pueda adoptar sus propias decisiones y ejercer su capacidad jurídica, y por tanto no parece necesario ni razonable que hayan de tener como presupuesto una restricción de la capacidad. Por supuesto, valga la insistencia, la ausencia de una restricción formal de la capacidad es plenamente compatible con que se establezca, en su caso, como condición para la validez de los actos jurídicos, el cumplimiento de los mecanismos de apoyo establecidos. En definitiva, el paradigma al que apunta la Convención nos obliga a huir del rígido esquematismo de los regímenes jurídicos tradicionales, que asociaban una figura de protección a una previa declaración de incapacidad, y diseñar un modelo que ofrece una solución individualizada para la situación de cada persona, con el fin de hacer posible el pleno ejercicio de sus derechos, lo que sin duda es enormemente más complejo.

En esta misma línea, el reparo más grave que, desde mi punto de vista, cabe hacer a la nueva regulación legislativa argentina es que se haya mantenido una figura que supone la privación completa de la capacidad jurídica y la sustitución en la toma de decisiones. Es cierto que se trata de un supuesto residual, y que la circunstancia habilitante de la declaración de incapacidad no es la discapacidad de la persona, sino una situación de hecho –la absoluta imposibilidad fáctica de interactuar con el entorno–; pero, por las razones apuntadas más arriba, se trata en mi opinión de una previsión radicalmente incompatible con el artículo 12 de la Convención, y que, dado que con toda probabilidad se aplicará principalmente a personas con discapacidad, constituye una discriminación por motivos de discapacidad prohibida por el artículo 5. Se trata, además, de una previsión que no resultaba en absoluto necesaria, pues, como se ha indicado, el modelo de apoyos previsto por el Código permite expresamente que los apoyos puedan ejercer funciones representativas, y adoptar por tanto decisiones con eficacia jurídica cuando la persona apoyada se encuentra imposibilitada de adoptarlas.

El modelo de apoyos es, sin duda, el aspecto más innovador de la nueva legislación, y el que merece en cambio una valoración más positiva. Resulta particularmente encomiable la notable flexibilidad con la que se han configurado las medidas de apoyo, permitiendo una gran variedad de modalidades y una amplia diversidad de efectos jurídicos, lo que hará posible su diseño y aplicación individualizada en atención a las circunstancias de cada persona¹³.

¹³ Cfr. en este sentido L. PAGANO, “El papel de los curadores, los apoyos y otros profesionales de la salud en los procesos de restricción a la capacidad”, *Derecho de Familia. Revista*

El Código insiste además, reiteradamente, en que las medidas de apoyo han de favorecer la voluntad y las preferencias de la persona, mostrando de este modo con claridad el fin que cualquier prestador de apoyos ha de perseguir, que, como explícitamente ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no es la protección del “interés superior” de la persona con discapacidad, sino el respeto de su voluntad y sus preferencias, que incluyen “el derecho a asumir riesgos y cometer errores”¹⁴. Resulta incoherente, sin embargo, que no se respete esa voluntad en cuanto a la propia designación de las figuras de apoyo, pues el Código permite al juez apartarse de la propuesta realizada por el interesado; en mi opinión, sería más correcto establecer como regla general la sujeción del juez a la designación efectuada por el interesado, de tal forma que sólo pueda prescindir de ella en casos graves y por causas justificadas.

Por lo que se refiere, finalmente, a las salvaguardas para garantizar que los apoyos respeten la voluntad de la persona y evitar los abusos, podemos incluir en esta categoría la regulación de las garantías del procedimiento judicial, que resulta muy acertada y completa, en particular en lo que se refiere al derecho del interesado a participar con asistencia letrada y a la exigencia de que la evaluación de la persona sea realizada por un equipo interdisciplinar. Pero sin duda la más importante y valiosa es la revisión periódica de los mecanismos de apoyo por la autoridad judicial, siempre que lo solicite el interesado y en todo caso cada tres años; no obstante, quizás debería haberse ampliado la legitimación para solicitar la revisión antes de cumplirse el plazo citado de tres años, al menos al Ministerio Público, a los propios prestadores de apoyo y a los familiares que conforme al artículo 33 pueden solicitar la restricción de la capacidad, pues nos encontramos ante la vía más eficaz para poner fin al posible abuso, conflicto de intereses o influencia indebida por parte de alguna de las figuras de apoyo. En aquellos supuestos de apoyos más intensos motivados por la imposibilidad de la persona de dar a conocer su voluntad, constituye también una salvaguarda eficaz la exigencia de autorización judicial para determinados actos jurídicos, entre ellos todos los actos de disposición, que establece el artículo 121; no obstante, pienso que, para estos casos, el Código debería haber recogido también explícitamente

Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, núm. 77, 2016, pp. 113-125, que examina diversas Sentencias judiciales posteriores a la promulgación del nuevo Código que han hecho uso de esa variedad de modalidades de apoyo.

¹⁴ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general n° 1*, cit., nn. 21-22.

el criterio formulado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Observación General n° 1 (n. 21), que obliga a la figura de apoyo a actuar de acuerdo con la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona apoyada, lo que es sustancial para distinguir estos apoyos intensos de la sustitución en la toma de decisiones.

La nueva regulación legislativa de la capacidad jurídica en Argentina presenta, pues, en síntesis, luces y sombras. Sin lugar a dudas, el diseño del sistema de apoyos representa un sustancial avance respecto de los modelos tradicionales del Derecho privado –y, concretamente, respecto de las figuras de la tutela, la curatela y la prórroga de la patria potestad contempladas por el Código civil español–, pues con toda claridad el centro de atención se desplaza de la protección del supuesto “interés superior” de la persona con discapacidad sustituyéndole en la toma de decisiones a la protección de su libertad facilitándole la toma de decisiones. Nos encontramos, pues, ante una regulación que puede servir como pauta de inspiración para otras reformas legislativas, como también lo es la del procedimiento judicial para la determinación de apoyos. Debe evitarse, sin embargo, la asociación entre la provisión de apoyos y la restricción de la capacidad. Y, por supuesto, no es oportuno que permanezca en los ordenamientos jurídicos –ni siquiera para casos extremos y excepcionales– figura alguna que responda al tradicional paradigma de la toma de decisiones sustitutiva. No está de más recordar en este contexto un principio general de política legislativa, muy útil para el Derecho de la Discapacidad, que es la conveniencia de evitar la elaboración de normas legales para casos-límite, que más tarde tenderán inevitablemente a ser objeto de una interpretación extensiva¹⁵.

3. LA LEY IRLANDESA DE APOYO EN LA TOMA DE DECISIONES

Irlanda, aunque firmó prontamente (el 30 de marzo de 2007) la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no la ha

¹⁵ Como se ha señalado, “los casos-límite podrán ser resueltos con más eficacia por instancias judiciales, capaces de apreciar en miniatura posibles circunstancias agravantes, atenuantes o incluso eximentes. La ley, por el contrario, se ve obligada a plantear situaciones generales, como si pintara con brocha gorda; aplicada a casos estadísticamente atípicos, tenderá a convertir la excepción en regla con efectos tan imprevisibles como arriesgados” (A. OLLERO, “Política legislativa”, en C. ROMEO CASABONA (ed.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, vol. II, Comares, Granada, 2011, p. 1282). En relación con la cuestión examinada en el presente trabajo, el caso-límite puede ser perfectamente atendido con las amplias facultades conferidas a la autoridad judicial para el diseño de los apoyos.

ratificado hasta el momento, siendo el único Estado miembro de la Unión Europea que no es parte en el Tratado (y dándose además la curiosa circunstancia de que sí lo es la Unión Europea en su conjunto). Este retraso en la ratificación se encuentra motivado por el deseo, reiteradamente expresado por el Gobierno, de llevar a cabo las reformas legislativas necesarias para dar cumplimiento a la Convención antes de proceder a su ratificación. De las distintas reformas programadas por el Gobierno, sin duda la más importante era la relativa a la capacidad jurídica y los mecanismos de guarda legal, materia regida hasta ahora en Irlanda por una normativa obsoleta, contenida en la llamada “Ley de Regulación de la Locura” –*Lunacy Regulation Act*– de 1871. La nueva Ley, denominada “de Apoyo en la Toma de Decisiones” –*Assisted Decision Making (Capacity) Act*– fue promulgada el 30 de diciembre de 2015, si bien al cierre de estas páginas todavía no han entrado en vigor más que algunas disposiciones menores de naturaleza básicamente administrativa¹⁶, relativas concretamente a la creación del nuevo Servicio de Apoyo a la Toma de Decisiones, al que más adelante se hará referencia.

Probablemente el aspecto más relevante de la nueva Ley irlandesa es la pretensión de que sea la propia persona la que adopte las previsiones necesarias acerca del ejercicio de su capacidad. Para ello contempla tres instituciones fundamentales –la toma de decisiones con apoyo, la codecisión y el apoderamiento preventivo (*enduring powers of attorney*):

- a) Por un lado, una persona mayor de 18 años que considere que su capacidad para la adopción de decisiones sea dudosa o pueda serlo en el corto plazo puede nombrar –a través de un acuerdo de apoyo en la toma de decisiones– a una o varias personas de apoyo, que le ayudarán en la adopción de las decisiones en aquellos asuntos personales y/o patrimoniales que se contemplen en el acuerdo (artículo 10). La persona de apoyo no tomará las decisiones en lugar de la persona apoyada, ni siquiera las complementará, sino que las decisiones se considerarán como adoptadas únicamente por ésta; las funciones de la persona de apoyo se circunscriben, tal y como las expresa el artículo 14, a ayudar a la persona apoyada a obtener la información relevante para las decisiones, aconsejarle, verificar su voluntad y sus preferencias y ayudarle a comunicarlas, ayudarle

¹⁶ Como es bien sabido, en el Derecho anglosajón normalmente la entrada en vigor de las leyes no aparece datada en la ley, sino que se remite a una posterior orden –u órdenes– del Ministro competente.

- a adoptar y expresar su decisión y esforzarse para asegurar que sus decisiones son llevadas a efecto. En caso de que las personas de apoyo sean varias, el acuerdo deberá especificar si actuarán conjunta o solidariamente.
- b) En segundo lugar, en las mismas circunstancias la persona puede también optar por nombrar, a través de un acuerdo de codecisión, un codecisor, es decir, una persona que adopte con él las decisiones en los asuntos personales y/o patrimoniales a que se refiere el acuerdo, si bien en este caso ha de tratarse necesariamente de un familiar o amigo que esté unido con quien le designa por una relación de confianza (artículo 17). Para la validez de un acuerdo de codecisión se requiere un dictamen médico que declare que la persona que nombra al codecisor tiene capacidad de adoptar la decisión de concluir el acuerdo, y tiene capacidad de adoptar las decisiones a las que éste se refiere con el apoyo del codecisor (artículo 21.4, letra f). Las funciones del codecisor incluyen las de la persona de apoyo mencionadas en la figura anterior, pero además el codecisor ha de tomar la decisión conjuntamente con la persona que le ha designado, es decir, ha de prestar su consentimiento, y, en caso de que la decisión dé lugar a un acto jurídico, este será nulo si no cuenta con el consentimiento de ambos (con la firma de ambos si se formaliza en un documento escrito). Pueden existir también varios codecisores, pero –a diferencia de lo que ocurría con la primera de las instituciones examinadas– habrán de ser nombrados en acuerdos de codecisión distintos y respecto a materias o decisiones diferentes. Finalmente, es relevante señalar que existe un límite objetivo del alcance de la codecisión, pues ésta no podrá incluir actos de disposición de los bienes a título gratuito (artículo 17.4).
- c) Por último, cualquier persona mayor de 18 años, en previsión de una futura falta de capacidad para la adopción de decisiones, puede designar un mandatario o apoderado al que confiera un poder general respecto de su patrimonio o un poder específico para determinados asuntos personales o patrimoniales, poderes que no entrarán en vigor hasta tanto el poderdante carezca de capacidad para adoptar esas decisiones (artículo 59)¹⁷. Existen algunas limitaciones res-

¹⁷ Se trata de una institución semejante a la contemplada en nuestro Derecho por el artículo 1732.2 del Código Civil, en su segundo inciso: cfr. al respecto M. J. GARCIA ALGUACIL,

pecto del contenido de estos poderes: en relación con la esfera personal, el poder no puede comprender decisión alguna relacionada con el rechazo de los tratamientos necesarios para el mantenimiento de la vida, ni tampoco las que hayan sido objeto de directivas médicas anticipadas preexistentes –además, el apoderado nunca podrá hacer uso de la fuerza sobre el poderdante (imponiendo, por ejemplo, un internamiento involuntario o cualquier otra medida coercitiva), salvo en circunstancias de emergencia excepcional, y siempre y cuando la medida sea necesaria y proporcionada (artículo 62); por su parte, en relación con la esfera patrimonial la Ley dispone que el apoderado no podrá realizar actos de disposición a título gratuito salvo que se encuentren expresamente autorizados por el poder, e, incluso en este caso, habrán de limitarse a regalos a personas relacionadas con el poderdante en ocasiones acostumbradas, o donaciones a entidades sin ánimo de lucro de una cuantía razonable en relación con el valor de los bienes y las obligaciones financieras del poderdante (artículo 63). Un poderdante puede designar varios apoderados, debiendo el poder establecer si actuarán mancomunada o solidariamente; en defecto de disposición expresa, se entenderá que actúan mancomunadamente.

Puede suceder, sin embargo, que una persona que no haya adoptado previsión alguna devenga en la práctica incapaz de adoptar decisiones. En tal caso, puede ser declarado incapaz judicialmente en relación con una o más decisiones en la esfera personal y/o patrimonial, existiendo dos modalidades de esta incapacidad: el órgano judicial puede declarar que la persona es incapaz a menos que cuente con la asistencia de un codecisor, o que es incapaz aun cuando pudiera contar con la asistencia de un codecisor (artículo 37). En el primero de los casos, el órgano judicial concederá un plazo al interesado para adoptar un acuerdo de codecisión; en el segundo de los casos –y también en el primero, si transcurre el plazo sin que se haya concluido el acuerdo de codecisión– el órgano judicial nombrará un representante en la toma de decisiones. Para determinar la capacidad de la persona, el artículo 3 de la Ley ordena una evaluación funcional, señalando concretamente que una persona será considerada incapaz para tomar una decisión

“Algunos instrumentos de asistencia al discapacitado: la guarda de hecho y los apoderamientos otorgados antes o en atención a la discapacidad”, en M. C. GARCIA GARNICA (ed.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad...*, cit., pp. 136-145.

si no puede entender la información relevante para adoptar la decisión, retenerla el tiempo suficiente para hacer una elección voluntaria, usarla como parte del proceso de adopción de la decisión o comunicar su decisión por cualquier medio. El representante tomará las decisiones a que se refiere su representación en nombre de la persona declarada incapaz, si bien deberá, en la medida de lo posible, verificar la voluntad y las preferencias de aquélla y ayudarle a comunicarlas (artículo 41). Por lo demás, se aplican al representante, respecto del contenido de su poder, los mismos límites señalados más arriba respecto del apoderado –si bien podrá realizar actos de disposición a título gratuito con autorización judicial–, y se prevé asimismo que podrán designarse varios representantes, debiendo la resolución judicial especificar si actuarán mancomunada o solidariamente. La declaración de incapacidad y, por tanto, la designación del representante deberán ser revisadas judicialmente en cualquier momento en que lo solicite la persona declarada incapaz, y de oficio cada 12 meses, o cada 3 años si el órgano judicial estima que no es probable que la persona recupere su capacidad (artículo 49).

Es preciso destacar que todos los mecanismos de intervención en relación con la capacidad jurídica de las personas a que se acaba de hacer referencia –desde el apoyo en la toma de decisiones a la representación– están sujetos a los principios generales que define el artículo 8 de la Ley, que naturalmente son más relevantes en la medida en que la intervención es más intensa. En primer lugar, no podrá considerarse que una persona es incapaz para tomar una decisión a menos que se hayan dado todos los pasos viables para ayudarle a hacerlo, y no podrá ser considerada incapaz sólo por el hecho de que haya adoptado o sea probable que adopte una decisión errónea. En segundo lugar, la intervención sólo se llevará a cabo si resulta necesaria, y deberá hacerse de la forma menos restrictiva de la libertad de la persona, y con respeto a su integridad corporal, privacidad y autonomía. Finalmente, al adoptar cualquier decisión, la persona que realiza la intervención deberá poner en práctica, siempre que sea viable, la voluntad y preferencias actuales y pretéritas de la persona afectada que sean verificables, y deberá tener en cuenta sus creencias y valores. En caso de que sea probable que la persona pueda recuperar su capacidad, sólo se realizará la intervención si existe una razón de urgencia.

Por lo que se refiere a las salvaguardas destinadas a evitar los abusos y conflictos de intereses, la Ley contiene un amplio conjunto de medidas con esta finalidad. Además de los principios y límites ya señalados respecto del

contenido de las intervenciones, es relevante mencionar, por ejemplo, que se establecen un conjunto de causas de inidoneidad para asumir cualquiera de las figuras de apoyo reguladas por la Ley. No pueden ser designados para tales funciones, entre otros, los menores de 18 años; quienes hayan sido condenados por un delito contra la persona a la que se debe prestar apoyo o contra su patrimonio; o los propietarios, responsables o empleados de un Centro para personas con discapacidad en el que resida el interesado, salvo que sean sus familiares inmediatos. Asimismo, si la persona de apoyo es cónyuge o pareja de hecho de la persona apoyada o convive con ésta, incurre en inidoneidad sobrevenida si se disuelve el matrimonio o pareja de hecho, si se produce su separación legal o las partes firman un acuerdo de separación, o si las partes cesan en su convivencia durante más de 12 meses. Otro de los aspectos más relevantes de la Ley es, igualmente, la creación de un organismo administrativo –denominado Servicio de Apoyo en la Toma de Decisiones (*Decision Support Service*)–, ante el que cualquier persona puede denunciar que una figura de apoyo no está cumpliendo adecuadamente sus funciones; si el Director del Servicio estima que la denuncia es fundada, podrá solicitar judicialmente que estas funciones le sean retiradas. Asimismo, las figuras de apoyo deberán remitir al citado Servicio informes periódicos acerca del cumplimiento de sus funciones, y se atribuye al Servicio una competencia general de evaluación y supervisión.

Una vez expuestos de un modo sintético los aspectos sustanciales de la nueva regulación legislativa irlandesa, procede ahora examinar su acomodación a las disposiciones de la Convención. En primer lugar, debe destacarse que la orientación principal de la Ley es el respeto a la voluntad de la persona que pueda tener dificultades en relación con la adopción de decisiones, ofreciéndole incluso un variado elenco de posibilidades para que ella misma pueda establecer las previsiones adecuadas acerca del ejercicio de su capacidad jurídica; concretamente, pienso que las figuras del acuerdo de apoyo en la toma de decisiones y el acuerdo de codecisión pueden ofrecer una respuesta satisfactoria a la mayor parte de las situaciones en las que pueden encontrarse las personas con discapacidad intelectual o psicosocial. En este sentido, cabe afirmar sin duda alguna que el modelo irlandés –que, como recomienda el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, abandona por completo el criterio del “interés superior” para sustituirlo por el criterio de la “voluntad y preferencias”– constituye un trascendental avance en la dirección adecuada.

Asimismo, parecen suficientes las salvaguardas encaminadas a garantizar el respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona apoyada y a evitar los abusos; pueden encuadrarse en esta categoría, por ejemplo, los mecanismos de supervisión administrativa y judicial de las diversas figuras de apoyo instituidos por la Ley, las limitaciones respecto de los actos que pueden ser objeto del acuerdo de codecisión o de los poderes del representante o apoderado o, en el caso de una incapacidad declarada judicialmente, la obligación de revisar de oficio la declaración cada tres años. Se echan en falta, en cambio, salvaguardas más rigurosas que garanticen en lo posible la adopción de la decisión más adecuada en los procedimientos judiciales relativos a la capacidad jurídica –como las establecidas por el Código civil y comercial argentino–, asegurando concretamente la plena participación del interesado en el proceso, con las medidas de apoyo y ajustes razonables que sean necesarios, la audiencia directa del órgano judicial al interesado, y la puesta a disposición del órgano judicial de toda la información necesaria, incluyendo una evaluación interdisciplinar de la persona cuya capacidad se cuestiona (la Ley irlandesa ni siquiera requiere que el órgano judicial cuente con un dictamen médico antes de la declaración de incapacidad, que el artículo 50 prevé únicamente con carácter facultativo, mientras que no hace mención alguna a informes de otros profesionales como psicólogos o trabajadores sociales).

La principal sombra de la nueva Ley irlandesa es, sin embargo, una vez más, la posibilidad de que pueda declararse judicialmente la incapacidad de una persona, declaración que lleva necesariamente aparejada la designación de un representante que le sustituya en la toma de decisiones, permaneciendo por tanto inalterado, en este aspecto, el modelo tradicional: como se ha dicho, nos encontramos con que “la premisa básica de la nueva legislación es que un cierto estándar de capacidad mental es un requisito previo para el reconocimiento de la capacidad jurídica del individuo”¹⁸, lo que obviamente vulnera el artículo 12 de la Convención, que exige que se reconozca a las personas con discapacidad la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás (una consecuencia particular de la mencionada premisa básica, residuo del modelo médico de la discapacidad, es la exigencia de un dictamen médico

¹⁸ E. FLYNN – A. ARSTEIN-KERSLAKE, “The Support Model of Legal Capacity: Fact, Fiction, or Fantasy?”, *Berkeley Journal of International Law*, núm. 32, 2014, p. 134. Los autores hacen esta valoración respecto del Proyecto de Ley, que fue presentado en 2013, pero naturalmente puede aplicarse al texto legal finalmente aprobado, que no ha sido objeto de modificación en este aspecto.

para poder formalizar un acuerdo de codecisión, lo que me temo que dificultará notablemente la aplicación de una figura potencialmente tan fecunda¹⁹). Llama además la atención –frente a la flexibilidad del modelo argentino que hemos examinado previamente– la rigidez de la Ley irlandesa, que, como se acaba de señalar, asocia inexorablemente a la declaración de incapacidad la designación de un representante, sin permitir la opción por modelos menos intensos de intervención, como el apoyo en la toma de decisiones o la codecisión (la codecisión sólo cabe si la declaración judicial ha establecido que la persona es incapaz a menos que cuente con la asistencia de un codecisor, y la persona adopta libremente el acuerdo de codecisión; dándose la paradoja de que el juez puede designar una persona que sustituya a la persona declarada incapaz en la toma de decisiones, pero no puede designar una persona que realice una intervención menos intensa). Por lo demás, en la designación del representante el órgano judicial tiene la obligación de tener en cuenta la voluntad y las preferencias de la persona que ha sido declarada incapaz, pero no se encuentra en absoluto vinculado a ellas; para el representante en cambio esa vinculación es algo mayor, pues el principio general establecido en el párrafo séptimo del artículo 8 para todas las modalidades de intervención le obliga a poner en práctica, siempre que sea viable, la voluntad y preferencias actuales y pretéritas de la persona afectada que sean verificables. No obstante, habría sido deseable sin duda un modelo más flexible, en el que, sin necesidad de una previa declaración de incapacidad, se pudieran establecer judicialmente los mecanismos de apoyo necesarios para la toma de decisiones por una persona que tenga dificultades para adoptarlas o comunicarlas –y que no haya efectuado las previsiones necesarias por sí misma a través de las distintas figuras previstas en la Ley–, adecuados a las específicas circunstancias de cada persona, que, sólo en los casos en que la persona esté absolutamente imposibilitada de comunicar su voluntad y sea necesario tomar una decisión, permitirían tomar la decisión por ella, actuando siempre de acuerdo con la mejor interpretación posible de su voluntad y sus preferencias, criterio este último que no aparece contemplado en la Ley.

¹⁹ Asimismo, se ha criticado la limitación consistente en que el codecisor deba ser un familiar o amigo de quien lo designa, lo que deja fuera de esta previsión a personas que pudieran no contar con una red de apoyo familiar, y vulneraría el artículo 12.3 de la Convención, que ordena a los Estados adoptar todas las medidas pertinentes “para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Cfr. K. HEALY, “The Assisted Decision-Making (Capacity) Bill 2013: A step in the right direction, but does it go far enough?”, *Cork Online Law Review*, núm. 14, 2015, pp. 22-36.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

El examen que se acaba de hacer de los nuevos regímenes legales de la capacidad jurídica en Argentina e Irlanda pone de manifiesto, en primer lugar, la dificultad objetiva que sin duda entraña el diseño de un modelo plenamente acorde con el exigente estándar fijado por el artículo 12 de la Convención. Esta dificultad se refleja en que, incluso cuando se llevan a cabo ambiciosas iniciativas legislativas orientadas explícitamente por el objetivo de dar cumplimiento a la Convención, esta acomodación no se produce plenamente, y las nuevas disposiciones continúan vulnerando la Convención, como se ha podido constatar en los dos casos examinados en estas páginas. Ahora bien, que la tarea sea ardua no justifica que no se aborde, y que se opte por seguir dejando las cosas como están, pues lo que desde luego han demostrado Argentina e Irlanda (e igualmente algún otro país que ha emprendido reformas legales análogas, como la República Checa) es, cuando menos, que es posible instituir regímenes que favorezcan en mayor medida el ejercicio de la capacidad jurídica y que sean, por tanto, sustancialmente más acordes con la Convención que las legislaciones civiles tradicionales.

En este sentido, la principal aportación de los modelos examinados, y la razón por la que constituyen un decisivo paso adelante en la buena dirección, radica en mi opinión en que reflejan un cambio de perspectiva, que ha de ser la principal orientación de cualquier innovación legislativa en este ámbito. En efecto, el criterio rector de todas las instituciones de asistencia jurídica a las personas con discapacidad no puede ser ya, como se ha indicado reiteradamente, el “interés superior” de la persona asistida, ni siquiera un supuesto beneficio de la persona determinado heterónomamente, sino que ha de ser la protección de su libertad, que incluye, por supuesto, el derecho a adoptar decisiones equivocadas. En este sentido, resulta acertada la insistencia del Código civil y comercial argentino en que las figuras de apoyo “deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida”, como indica expresamente el párrafo tercero del artículo 32; insistencia que se refleja también en la Ley irlandesa de Apoyo en la Toma de Decisiones, en la que reviste particular relevancia, como ya se ha indicado, el principio general contenido en el párrafo séptimo del artículo 8, en virtud del cual toda persona que realiza una intervención deberá poner en práctica, siempre que sea viable, la voluntad y preferencias actuales y pretéritas de la persona afectada que sean verificables.

En coherencia con este cambio de perspectiva, tanto el Derecho irlandés como el argentino diseñan acertadamente el eje en torno al cual han de girar las nuevas regulaciones legislativas en materia de capacidad jurídica: el apoyo en la toma de decisiones. Lo que debe procurar el Derecho, como indica el artículo 12.3 de la Convención, es el apoyo que las personas con discapacidad puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Pero debe tenerse en cuenta que apoyar en el ejercicio de la capacidad jurídica no consiste en otorgar un consentimiento sustitutivo o complementario en los actos jurídicos, ni se produce principalmente en relación con la decisión jurídica misma, sino que se traduce sobre todo en ayudar durante el proceso de toma de decisiones, para facilitar que la persona con discapacidad pueda tomar una decisión plenamente informada y libre. En este sentido, es muy acertada la descripción del apoyo en la toma de decisiones que aparece en el artículo 14.1 de la Ley irlandesa, que señala que la persona de apoyo debe: a) ayudar a la persona apoyada a obtener la información relevante; b) aconsejarle, explicándole la información relevante y las circunstancias que afectan a la decisión; c) verificar la voluntad y las preferencias de la persona apoyada sobre la materia objeto de la decisión y ayudarle a comunicarlas; d) ayudarle a adoptar y expresar la decisión; y e) esforzarse por asegurar que la decisión de la persona apoyada sea llevada a la práctica. En algunos casos, y para evitar cualquier posible abuso, será conveniente además que el apoyo incluya el consentimiento de la persona de apoyo en la celebración de determinados actos jurídicos. Y sólo en supuestos muy excepcionales, cuando no sea posible conocer de ningún modo la voluntad de la persona ni ésta sea capaz de manifestarla o comunicarla por ningún medio, y sea preciso tomar una decisión, la persona de apoyo deberá realizar la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona, y adoptar la decisión en nombre de la persona apoyada. Lo cierto es, sin embargo, que tanto el Derecho irlandés como el argentino se quedan a medio camino. No son plenamente coherentes con la orientación fundamental que los preside, ni con el modelo de apoyo en la toma de decisiones que definen; pues, por un lado, conservan figuras que responden netamente al paradigma tradicional de sustitución en la toma de decisiones, y, por otro, permiten que pueda declararse la incapacidad parcial o total de la persona, cuando, como ya se ha señalado, no se armoniza con la nueva perspectiva señalada que la provisión de apoyos en la toma de decisiones

responda a una previa declaración de incapacidad, pues se trata, por el contrario, de ayudar para que pueda ejercerse la capacidad²⁰.

Por lo demás, un aspecto interesante de la nueva Ley irlandesa, que puede servir también de pauta para futuras regulaciones legislativas, es la previsión de que el apoyo en la toma de decisiones pueda ser establecido no sólo por resolución judicial, sino a través de un acuerdo libremente adoptado por la persona que precisa el apoyo. El acuerdo de apoyo en la toma de decisiones o de codecisión, así como el apoderamiento preventivo²¹, son, en mi opinión, figuras enteramente coherentes con el cambio de perspectiva que reclama la Convención; el que puedan existir mecanismos de apoyo sin necesidad de un previo procedimiento judicial permitirá además aliviar de algún modo la sobrecarga de trabajo que sin duda recaerá sobre los órganos judiciales con los nuevos procedimientos –que requerirán una evaluación más compleja y personalizada de las medidas de apoyo precisas, así como su revisión periódica–, y ello con independencia de que los mecanismos de apoyo que no han sido instituidos por resolución judicial deban ser objeto también de supervisión administrativa y judicial, por cauces análogos a los previstos por la Ley irlandesa y anteriormente mencionados.

²⁰ En este sentido, no aparece declaración alguna de incapacidad, sino meramente un procedimiento judicial “de provisión de apoyos en la toma de decisiones”, del que pueden ser objeto aquellas personas que “precisen acompañamiento y asistencia para la gestión de sus proyectos y elecciones vitales”, en la propuesta normativa planteada por L. PEREZ BUENO, “La capacidad jurídica a la luz de la Convención...”, cit., pp. 158-162; ni tampoco en la “Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, de 13 de junio de 2012, elaborada por el Real Patronato sobre Discapacidad (puede consultarse en la página web de la Fundación Aequitas: http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=ad9a08fd-4a33-49e5-b3de-5ed711e787c3&groupId=10228).

²¹ Como se ha indicado anteriormente, el apoderamiento preventivo es una institución ya contemplada por la legislación española, en el artículo 1732.2 del Código civil; ahora bien, su regulación actual resulta claramente disconforme con la Convención, tanto porque el juez puede decretar libremente su extinción al declarar la incapacidad y constituir la tutela, o bien posteriormente, a solicitud del tutor (artículo 1732.2 *in fine*), de forma que, en cualquiera de los casos, no se respetan la voluntad y las preferencias de la persona que otorgó el poder, como por el hecho de que su escuetísima regulación normativa impide verificar el cumplimiento de las salvaguardas exigidas por el artículo 12.4 de la Convención. Cfr. en este sentido I. LLORENTE, *La pretutela de personas con discapacidad por entidades privadas*, Reus, Madrid, 2013, pp. 60-63, que examina la figura del apoderamiento preventivo a la luz de la Convención.

Finalmente, las nuevas regulaciones legislativas irlandesa y argentina muestran también qué tipo de salvaguardas pueden ser aptas para garantizar las exigencias del artículo 12.4 de la Convención, concretamente evitar los abusos y conflictos de intereses y preservar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona para la que se establecen medidas de apoyo. En las legislaciones examinadas, esas salvaguardas pueden agruparse en cinco categorías principales: a) las garantías que ha de revestir el procedimiento judicial para la determinación de apoyos, entre las que deben destacarse sobre todo la plena participación de la persona interesada –con derecho a asistencia letrada, así como a las medidas necesarias para asegurar la accesibilidad y a los apoyos y ajustes razonables que precise–, así como la exigencia de que el órgano judicial cuente con una evaluación interdisciplinar de la situación de la persona; b) la declaración de inidoneidad de ciertas personas para asumir la función de provisión de apoyos; c) la exigencia de autorización judicial para la celebración de determinados actos jurídicos; d) la supervisión administrativa y judicial del funcionamiento de los mecanismos de apoyo; y e) la revisión periódica por la autoridad judicial de las medidas de apoyo establecidas, que es sin duda, en mi opinión, la salvaguarda más relevante.

Como se ha indicado al inicio de estas páginas, son muchos los ordenamientos jurídicos que requieren una modificación sustancial de las previsiones legales relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, para acomodarlas a las exigencias de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Las nuevas legislaciones argentina e irlandesa nos muestran el camino a seguir, pero también los defectos en los que no deberíamos incurrir de nuevo.

ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ
Edificio Torrevaíllo
Universidad Miguel Hernández
Avda. de la Universidad, s/n
03202 – Elche
e-mail: almart@umh.es